

# 6 MittBayNot

Begründet 1864

November/Dezember 2016 Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

## Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

## Herausgeberbeirat:

Dr. Hermann Amann,  
Notar a. D., Berchtesgaden

Dr. Johann Frank,  
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,  
Notarin in München

Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,  
Notar in Regensburg

Prof. Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München

Dr. Eckhard Wälzholz,  
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,  
Notar in Roth

## Schriftleitung:

Dr. Katharina Hermannstaller,  
Notarassessorin

David Sommer,  
Notarassessor

ISSN 0941-4193

## Aufsätze

*Falkner*: Vorkaufsrechte im Grundstücksverkehr – Teil II: Umgang mit Vorkaufsrechten: Wirkungsweise, Vertragsgestaltung, Ausübung 465

*Rapp*: Wohnungseigentum und aufteilungsplanwidrige Bauausführung – zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 20.11.2015, V ZR 284/14 474

*Weber*: Erwerb von Grundstücken durch Ehegatten mit ausländischem Güterstand – Teil I: Ermittlung des anwendbaren Güterrechts und Prüfung durch das Grundbuchamt 482

## Rechtsprechung

Beschlusskompetenz für Grundstückserwerb durch die WEG (BGH, Urteil vom 18.3.2016, V ZR 75/15) 494

mit Anmerkung *Kreuzer* 498

Bauträger-AGB und „Nachzügler“

(BGH, Urteile vom 25.2.2016, VII ZR 156/13, VII ZR 49/15) 499

mit Anmerkung *Basty* 502

Teilnahme am automatisierten Grundbuchabrufverfahren

(OLG Hamm, Beschluss vom 13.6.2016, I-15 VA 4/15) 508

mit Anmerkung *Hecht* 510

Ausschluss gemäß § 749 BGB bei späterer Untergemeinschaft

(OLG München, Beschluss vom 23.2.2015, 34 Wx 7/14) 511

mit Anmerkung *Voran* 513

Anfechtung wechselbezüglicher Verfügungen eines

Erstverstorbenen durch Dritten

(OLG Stuttgart, Urteil vom 19.3.2015, 19 U 134/14) 518

mit Anmerkung *C. Braun* 522

Wirkung einer Testamentsanfechtung gemäß § 2079 BGB

(OLG Schleswig, Beschluss vom 7.12.2015, 3 Wx 108/15) 526

mit Anmerkung *Litzenburger* 529

Verjährung des Pflichtteils- und des Auskunftsanspruchs

(OLG Schleswig, Urteil vom 5.5.2015, 3 U 98/14) 530

mit Anmerkung *S. Braun* 533

Aufsichtsbeirat eines Vereins und Grundbuchnachweis

(KG, Beschluss vom 3.5.2016, 1 W 507/15) 541

mit Anmerkung *Otto* 542

Prüfungsmaßstab bei Überleitung eines Pflichtteilsanspruchs

(LSG NRW, Beschluss vom 11.6.2015, L 9 SO 410/14 B) 552

mit Anmerkung *Doering-Striening* 553

Gewerbliche Prägung einer Einheits-GmbH & Co. KG

(FG Münster, Urteil vom 28.8.2014, 3 K 743/13 F) 559

mit Anmerkung *Demuth* 559

## Inhalt

### Aufsätze

*Falkner*: Vorkaufsrechte im Grundstücksverkehr – Teil II: Umgang mit Vorkaufsrechten: Wirkungsweise, Vertragsgestaltung, Ausübung **465**

*Rapp*: Wohnungseigentum und aufteilungsplanwidrige Bauausführung – zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 20.11.2015, V ZR 284/14 (nachstehende Entscheidung Nr. 4) **474**

*Weber*: Erwerb von Grundstücken durch Ehegatten mit ausländischem Güterstand – Teil I: Ermittlung des anwendbaren Güterrechts und Prüfung durch das Grundbuchamt **482**

### Tagungsbericht

*Fußeder*: Bestimmtheitsgrundsatz/Mehrheitsklauseln **487**

### Buchbesprechungen

Kersten/Bühling: Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (*Suttmann*) **490**

Heinemann: Kölner Formularbuch Grundstücksrecht (*Sammet*) **490**

Süß/Wachter: Handbuch des internationalen GmbH-Rechts (*Graf Wolffskeel v. Reichenberg*) **491**

Tillmann/Schiffers/Wälzholz/Rupp: Die GmbH im Gesellschafts- und Steuerrecht (*Weigl*) **492**

### Rechtsprechung

#### Bürgerliches Recht

##### Allgemeines

1. Beschlusskompetenz für Grundstückserwerb durch die Wohnungseigentümergeinschaft (BGH, Urteil vom 18.3.2016, V ZR 75/15) **494**  
mit Anmerkung *Kreuzer* **498**
2. Verkauf zuvor vermieteter Wohnung durch Bauträger und Transparenz von AGB (BGH, Urteil vom 25.2.2016, VII ZR 156/13) **499**  
mit Anmerkung *Basty* (zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 25.2.2016, VII ZR 49/15, nachstehende Entscheidung Nr. 3) **502**
3. Abnahme des Gemeinschaftseigentums bei „Nachzüglern“ in der AGB-Gestaltung (BGH, Urteil vom 25.2.2016, VII ZR 49/15) **503**
4. Sondereigentum bei planwidriger Errichtung – „Verschobene“ Kellertrennwand (BGH, Urteil vom 20.11.2015, V ZR 284/14) **505**

##### Sachen- und Grundbuchrecht

5. Widerruf der Teilnahmegenehmigung am automatisierten Grundbuchabrufverfahren (OLG Hamm, Beschluss vom 13.6.2016, I-15 VA 4/15) **508**  
mit Anmerkung *Hecht* **510**
6. Wahrung des Ausschlusses des Aufhebungsrechts bei späterer Untergemeinschaft (OLG München, Beschluss vom 23.2.2015, 34 Wx 7/14) **511**  
mit Anmerkung *Voran* **513**

##### Familienrecht

7. Betreuung zur Grundstücksveräußerung bei privatschriftlicher Vorsorgevollmacht (BGH, Beschluss vom 3.2.2016, XII ZB 454/15) **516**
8. Verkauf des Vermögens ohne Zustimmung des Ehepartners (OLG Koblenz, Beschluss vom 27.5.2015, 13 UF 156/15) **517**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Erbrecht

9. Anfechtung wechselbezüglicher Verfügungen eines erstverstorbenen Ehegatten durch einen Dritten  
(OLG Stuttgart, Urteil vom 19.3.2015, 19 U 134/14, Vorinstanz zu BGH, Urteil vom 25.5.2016, IV ZR 205/15, nachstehende Entscheidung Nr. 10) **518**  
mit Anmerkung *C. Braun* (zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 25.5.2016, IV ZR 205/15, nachstehende Entscheidung Nr. 10) **522**
10. Drittanfechtung wechselbezüglicher Verfügungen des erstversterbenden Ehegatten im gemeinschaftlichen Testament  
(BGH, Urteil vom 25.5.2016, IV ZR 205/15) **524**
11. Wirkung einer erfolgreichen Testamentsanfechtung gemäß § 2079 BGB  
(OLG Schleswig, Beschluss vom 7.12.2015, 3 Wx 108/15) **526**  
mit Anmerkung *Litzenburger* **529**
12. Verjährung des Pflichtteilsanspruchs und des Auskunftsanspruchs in seinen unterschiedlichen Stärkegraden  
(OLG Schleswig, Urteil vom 5.5.2015, 3 U 98/14) **530**  
mit Anmerkung *S. Braun* **533**

### Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

13. Zustimmungspflicht eines GmbH-Gesellschafters aufgrund seiner Treuepflicht  
(BGH, Urteil vom 12.4.2016, II ZR 275/14) **535**
14. Eintragung eines Nießbrauchs an einem Kommanditanteil  
(OLG München, Beschluss vom 8.8.2016, 31 Wx 204/16) **538**
15. Satzungsänderung bei der GmbH einer Einheits-GmbH & Co. KG  
(OLG Celle, Beschluss vom 6.7.2016, 9 W 93/16 – Ls.) **541**
16. Nachweis der Stellung eines Aufsichtsbeirates eines eingetragenen Vereins im Grundbuchverfahren  
(KG, Beschluss vom 3.5.2016, 1 W 507/15) **541**  
mit Anmerkung *Otto* **542**

### Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

17. Bewilligungsbefugnis des eingetragenen Eigentümers bei gelöschtem Insolvenzvermerk  
(OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 1.3.2016, 20 W 26/16) **544**

### Beurkundungs- und Notarrecht

18. Haftung des Notars für versehentlich unterbliebene Mitübertragung eines Stellplatzes bei Wohnungskauf  
(LG München I, Urteil vom 30.9.2015, 15 O 2197/15) **546**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Kostenrecht

19. Geschäftswert bei Anmeldung der Auflösung einer GmbH und weiterer Änderungen  
(LG Düsseldorf, Beschluss vom 25.5.2016, 19 T 12/16) **548**

### Öffentliches Recht

20. Berechtigung der Gemeinden zur Erhebung von Erschließungsbeiträgen bei Baulastübernahme durch öffentlichrechtliche Vereinbarung  
(BVerwG, Urteil vom 9.12.2015, 9 C 27.14) **549**
21. Sozialgerichtlicher Prüfungsmaßstab bei Überleitung eines Pflichtteilsanspruchs auf den Sozialhilfeträger  
(LSG NRW, Beschluss vom 11.6.2015, L 9 SO 410/14 B) **552**  
mit Anmerkung *Doering-Striening* **553**

### Steuerrecht

22. Gewerblicher Grundstückshandel bei Einbringung von Grundstücken in eine Personengesellschaft, die ihrerseits als Grundstückshändlerin tätig ist  
(BFH, Urteil vom 28.10.2015, X R 22/13) **554**
23. Gewerbliche Prägung einer vermögensverwaltenden Einheits-GmbH & Co. KG  
(FG Münster, Urteil vom 28.8.2014, 3 K 743/13 F – Ls.) **559**  
mit Anmerkung *Demuth* **559**

### Standesnachrichten 561

### Sonstiges 562

Mitteilungsblatt für die im Bereich der Notarkasse  
tätigen Notare und Notarassessoren  
sowie für die Beamten und Angestellten der Notarkasse

Herausgeberbeirat: Notar a. D.  
Dr. Hermann Amann, Notare Dr. Johann Frank,  
Dr. Susanne Frank, Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,  
Prof. Dr. Dieter Mayer, Dr. Eckhard Wälzholz,  
Dr. Dietmar Weidlich

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Katharina Hermannstaller,  
Notarassessor David Sommer  
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,  
80333 München

Druck: Universal Medien GmbH  
Geretsrieder Straße 10, 81379 München  
Gedruckt auf Papier aus 100 % chlorfrei  
gebleichten Faserstoffen

## AUFSÄTZE

### Vorkaufsrechte im Grundstücksverkehr

#### Teil II: Umgang mit Vorkaufsrechten: Wirkungsweise, Vertragsgestaltung, Ausübung

Von Notarin Dr. *Melanie Falkner*, Ochsenfurt

#### A. Auswirkungen von Vorkaufsrechten – Konsequenzen der Nichtbeachtung

Bevor der Umgang mit Vorkaufsrechten bei der Vertragsgestaltung und -abwicklung behandelt wird, sollen die Auswirkungen und möglichen rechtlichen Konsequenzen aufgezeigt werden, die sich ergeben, wenn ein Vorkaufsrecht schlicht ignoriert würde.

#### I. Verschiedene Wirkungsmechanismen

Bekannt ist die Unterscheidung von Vorkaufsrechten mit dinglicher Wirkung im Gegensatz zu solchen, die nur schuldrechtlich wirken. Diese Differenzierung knüpft an die Sicht des Vorkaufsberechtigten an, der entweder seinen Eigentumserwerb nach Vorkaufsausübung trotz zwischenzeitlichem Eigentumserwerb des Drittkäufers durchsetzen kann (dingliche Wirkung, § 1098 Abs. 2, § 883 Abs. 2 Satz 1 BGB) oder der trotz Vorkaufsausübung gegenüber dem Erstkäufer das Nachsehen hat und auf bloße Schadensersatzansprüche gegen den Vorkaufsverpflichteten zu verweisen ist (schuldrechtliche Wirkung, §§ 280 ff. BGB). Nur schuldrechtliche Wirkung kommt dabei dem schuldrechtlichen Vorkaufsrecht (§ 463 BGB) – sofern es nicht durch Vormerkung (§ 883 BGB) dinglich gesichert ist – sowie dem Mietervorkaufsrecht nach § 577 BGB zu.

Die Vielgestaltigkeit der Vorkaufsrechte wartet daneben mit weiteren Wirkungsmechanismen auf: So ist das gemeindliche Vorkaufsrecht (§ 24 BauGB) vor allem verfahrensrechtlich abgesichert, indem die Möglichkeit einer Vorkaufsausübung eine Grundbuchsperrung mit sich bringt, § 28 Abs. 1 Satz 2 BauGB.<sup>1</sup> Aufgrund der Koppelung des siedlungsrecht-

lichen Vorkaufsrechtes (§ 4 RSG) mit der Genehmigung nach dem GrdstVG greift auch hier eine Verfahrenssperre, weil nach § 7 Abs. 1 GrdstVG dem Grundbuchamt die Genehmigung nachzuweisen ist. Einer zusätzlichen dinglichen Wirkung bedarf es zum Schutz des Vorkaufsberechtigten daher nicht.

Obleich das Miterbenvorkaufsrecht nach § 2034 BGB nicht Gegenstand dieses Beitrages ist, ist der „dingliche“ Mechanismus dieses Vorkaufsrechtes interessant. § 2035 Abs. 1 Satz 1 BGB sieht vor, dass sich das Miterbenvorkaufsrecht auch gegenüber einem dinglich vollendeten Rechtserwerb durchsetzt, indem das Vorkaufsrecht auch dem Erbteilkäufer gegenüber ausgeübt werden kann.<sup>2</sup> Der Vorkaufsberechtigte muss also je nach Abwicklungsstadium entscheiden, wem gegenüber er das Vorkaufsrecht ausübt (nämlich gegenüber dem jeweiligen Inhaber des Erbteils, §§ 2034 und 2035 BGB).<sup>3</sup> Sein eigener dinglicher Rechtserwerb ist dabei nicht grundsätzlich gefährdet, es sei denn beim Erstkäufer droht Insolvenz oder Pfändung. Damit bleibt die Wirkung des § 2035 BGB hinter einem Vormerkungsschutz (§ 1098 Abs. 2, § 883 Abs. 2 BGB) zurück.

<sup>2</sup> Nach § 2035 Satz 2 BGB ist der Verkäufer als ursprünglich Vorkaufsverpflichteter in diesem Fall überhaupt nicht mehr zu beteiligen.

<sup>3</sup> Für die Vertragsgestaltung sei darauf hingewiesen, dass diese Vorkaufsausübung gegen den Erbteilerwerber in vielen Musterformulierungen nicht bedacht wird, weil bei § 2035 BGB ein Rücktrittsrecht des Verkäufers oder eine Abtretung aller aus der Vorkaufsausübung entstehenden Ansprüche an den Erwerber nicht zielführend sind. Der Kaufvertrag zwischen dem (ursprünglich) vorkaufsverpflichteten Verkäufer und dem Erbteilerwerber ist vielmehr vollständig abgewickelt und zwischen Erwerber und Vorkaufsberechtigtem entsteht durch die Vorkaufsausübung ein gesetzliches Schuldverhältnis. Problembehaftet ist auch der Vollzug, bzw. die Person, gegenüber der das Vorkaufsrecht auszuüben ist, wenn der Erbteil auflösend bedingt abgetreten wird.

<sup>1</sup> Die verfahrensrechtliche Grundbuchsperrung galt kurzzeitig auch in Baden-Württemberg nach § 29 WasserG BW für das Vorkaufsrecht an Grundstücken mit Gewässerrandstreifen. Dies erwies sich allerdings als nicht praktikabel für den Grundbuchvollzug.

## II. Die dingliche Wirkung von Vorkaufsrechten

Die dingliche Wirkung ist in § 1098 Abs. 2 BGB statuiert, wonach dem Vorkaufsrecht vormerkungsgleiche Wirkung im Sinne des § 883 Abs. 2 BGB zukommt. Dingliche Wirkung entfalten auch durch Vormerkung gesicherte schuldrechtliche Vorkaufsrechte und öffentlichrechtliche Vorkaufsrechte – sofern sie auf § 1098 Abs. 2 BGB verweisen. So steht das naturschutzrechtliche Vorkaufsrecht zwar nicht im Grundbuch (§ 66 Abs. 3 Satz 1 BNatSchG, Art. 39 Abs. 4 Satz 2 BayNatSchG), § 66 Abs. 3 Satz 4 BNatSchG, Art. 39 Abs. 7 Satz 2 BayNatSchG verweisen aber auf § 1098 Abs. 2 BGB.

Die dingliche Wirkung nach § 1098 Abs. 2, § 883 Abs. 2 BGB bewirkt keine Grundbuchsperrung, sondern allein die relative Unwirksamkeit von Verfügungen gegenüber dem Vorkaufsberechtigten. Dabei greift der Schutz erst ab dem Zeitpunkt des Eintritts des Vorkaufsfalles. Die Vormerkungswirkung gilt somit nur gegenüber Grundstücksbelastungen, die nach Eintritt des Vorkaufsfalles eingetragen werden.<sup>4</sup> Daher muss der Vorkaufsberechtigte seinem dinglichen Vorkaufsrecht nachfolgende dingliche Grundstücksrechte – die ja auch im Kaufvertrag durch Übernahmeerklärung des Erwerbers oder durch Lösungsverpflichtung des Veräußerers berücksichtigt sind – gegen sich gelten lassen. Dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksame Eintragungen nach Eintritt des Vorkaufsfalles sind insbesondere eine Vormerkung für oder der Eigentumserwerb durch den Erstkäufer oder dessen Finanzierungsgrundschuld.

Die Wirkung einer zur Sicherung eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechtes bestellten Vormerkung greift dagegen unmittelbar und nicht erst bei Eintritt des Vorkaufsfalles. Trotzdem dürfte es sich in der Regel bei einer nachfolgenden Eintragung um kein Recht handeln, das nach § 883 Abs. 2 Satz 1 BGB den gesicherten „Anspruch vereiteln oder beeinträchtigen würde“, weil und solange die nachfolgenden Rechte im Kaufvertrag berücksichtigt werden. Denn der Vorkaufsberechtigte kann nach § 464 Abs. 2 BGB nur gemäß dem Inhalt des mit dem Dritten abgeschlossenen Kaufvertrages erwerben.<sup>5</sup> Die Durchsetzung der Lastenfreistellungspflicht des Verkäufers ist jedoch besonders gesichert, die Lastenfreistellung kann nicht – insbesondere nicht an § 275 BGB – scheitern.<sup>6</sup>

<sup>4</sup> H. M.: Hertel, Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 2, Kap. 8, Rdnr. 178; a. A. BeckOK-BGB/Omlor, Stand: 8.1.2015, § 1098, Rdnr. 18 ff.; differenzierend *Schöner/Siöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012: Rdnr. 1426 f., und *Palandt/Bassenge*, 75. Aufl. 2016, § 1098 Rdnr. 5: Vormerkungsschutz gegenüber Eigentumsumschreibung bereits ab Eintragung des Vorkaufsrechtes und Vormerkungsschutz gegenüber dinglichen Grundstücksbelastungen erst ab Eintritt des Vorkaufsfalles.

<sup>5</sup> Das kann ausnahmsweise ein Unterschied sein, wenn der Kaufvertrag ins Blaue hinein eine Löschung vorsieht, welche der Berechtigte versagen würde, was ihm aufgrund der Vormerkungswirkung gegenüber dem Vorkaufsberechtigten dann verwehrt sein kann.

<sup>6</sup> Die Gefahr, dass sich der Verkäufer zum Nachteil von Grundbuchberechtigten zu einer Lastenfreistellung verpflichtet, die er gegenüber dem Drittkäufer gar nicht einhalten könnte, besteht nur, wenn für den Verkäufer die Ausübung des Vorkaufsrechtes gewiss wäre. Wirken Verkaufsberechtigter und -verpflichteter kollisiv zusammen, ist eine „Beseitigung“ unliebsamer Grundbuchrechte denkbar, so dass nur ein Rangrücktritt oder die ausdrückliche Zustimmung des Vormerkungsberechtigten zur getroffenen Verfügung sicherstellt, dass die der Vormerkung zeitlich nachfolgenden Grundbuchrechte wirksam bleiben.

## III. Exkurs: Rangrücktritt von Vorkaufsrechten hinter Grundschulden

Da für das dingliche Vorkaufsrecht die Vormerkungswirkung erst mit Eintritt eines Vorkaufsfalles eingreift, kann grundsätzlich – absolut wirksam – eine Grundschuld im Rang hinter einem eingetragenen Vorkaufsrecht bestellt werden.<sup>7</sup> Trotz Rangstelle hinter einem Vorkaufsrecht kann die Bank später eine Versteigerung betreiben. Bei der Versteigerung ist gemäß § 1098 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 471 BGB das Vorkaufsrecht ausgeschlossen, sodass der Vorkaufsberechtigte die Versteigerung nicht behindern oder während der Ausübungsfrist (§ 469 Abs. 2 Satz 1 BGB) im Ungewissen lassen kann. Oftmals wird von Banken trotzdem ein Rangrücktritt (§ 879 Abs. 3 BGB) gefordert.<sup>8</sup>

Bei den Interessen der Bank ist zum einen die allgemeine Wertminderung eines Grundstückes durch Belastung mit einem Vorkaufsrecht zu berücksichtigen. Zum anderen besteht das (Rest-)Risiko, dass bei Grundschuldbestellung bereits ein Vorkaufsfall eingetreten ist, wenn der grundschuldbestellende Eigentümer zuvor einen Kaufvertrag unterschrieben hätte.<sup>9</sup> Dies wäre häufig – aber nicht immer – durch Eintragung einer Eigentumsvormerkung erkennbar. Handelt es sich um eine Finanzierungsgrundschuld eines Erwerbers, ist der Eintritt des Vorkaufsfalles der Bank freilich unmittelbar ersichtlich.

Beim geforderten Rangrücktritt werden hingegen die Interessen des Vorkaufsberechtigten nicht gewahrt, weil im Falle einer Zwangsversteigerung das nachrangige Vorkaufsrecht erlischt (§ 52 Abs. 1 Satz 2, § 44 Abs. 1 ZVG), selbst wenn es für den ersten echten oder für mehrere oder für alle Verkaufsfälle bestellt ist.<sup>10</sup> Eleganteste Lösung zum Ausgleich der widerstreitenden Interessen wäre hier die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks (§ 883 Abs. 2 Satz 1 BGB) dahingehend, dass die Grundschuld gegenüber dem Vorkaufsberechtigten wirksam ist.<sup>11</sup> Bewilligt der Vorkaufsberechtigte die Eintragung eines solchen Vermerks<sup>12</sup> (ein Unrichtigkeitsnachweis nach § 22 GBO dahingehend, dass kein Vorkaufsfall eingetreten ist, ist in Form des § 29 GBO nicht zu führen), sind die Interessen der Bank am rechtssicheren Entstehen und dauerhaftem Fortbestand der Grundschuld hinreichend gewahrt.<sup>13</sup> Ein Wirksamkeitsvermerk im Grundbuch ist bereits anerkannt zum Vermerk der Wirksamkeit eines dinglichen Rechts gegenüber einem Vormerkungsberechtigten (§ 883 Abs. 2 Satz 1 BGB) oder gegenüber einem Nacherben (§ 2113 Abs. 1 BGB), also in den gleichen Fällen einer möglichen relativen

<sup>7</sup> Vgl. BeckOK-BGB/Wegmann, Stand: 1.5.2013, § 1098 Rdnr. 13.

<sup>8</sup> Amann, NotBZ 2010, 201, 202.

<sup>9</sup> Amann, NotBZ 2010, 201, 202.

<sup>10</sup> Hiergegen lässt sich einwenden, dass dem Vorkaufsberechtigten die Möglichkeit bleibt, das Grundstück zu ersteigern, sodass sein Erwerbsinteresse realisiert werden kann.

<sup>11</sup> Hertel, Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 2, Kap. 8, Rdnr. 91, sieht eine Pflicht des Vorkaufsberechtigten hierzu.

<sup>12</sup> Fraglich ist, ob die Eintragung des Wirksamkeitsvermerkes bei einem Vorkaufsrecht Grundbuchkosten auslöst. Ein Wirksamkeitsvermerk bei einer Vormerkung wird als kostenfrei eingestuft, *Korintenberg/Heyl*, GNotKG, 19. Aufl. 2015, Nr. 14130 KV Rdnr. 5. M. E. stellt der Vermerk keine Eintragung einer „Veränderung“ des Vorkaufsrechtes dar, so dass Eintragungskosten auch beim Vorkaufsrecht nicht entstehen.

<sup>13</sup> Eine mögliche Wertminderung des Grundstückes aufgrund des Vorkaufsrechtes ist ein rein wirtschaftlicher Aspekt, der von der Bank im Rahmen der Bewertung der Kreditsicherheit zu berücksichtigen ist.

Unwirksamkeit, wobei der Vermerk gerade Klarheit über die endgültige Wirksamkeit schafft und so zur Grundbuchpublizität beiträgt. Auch ohne Eintragung im Grundbuch dürfte eine unterschrittsbeglaubigte Zustimmung des Vorkaufsberechtigten zur Grundschuldbestellung bzw. eine Bestätigung darüber, dass zum Zeitpunkt der Grundschuldbestellung kein Vorkaufsfall eingetreten war, zur Absicherung der Bank ausreichend sein. Eine Zustimmung zur Verfügung (§ 185 BGB) bewirkt im Rahmen des § 883 Abs. 2 BGB, dass keine beeinträchtigende Verfügung vorliegt und der Vormerkungsberechtigte eine Löschung des nachrangigen Rechts (§ 888 Abs. 1 BGB) auch später nicht mehr verlangen kann.

#### IV. Nichtberücksichtigung von Vorkaufsrechten

##### 1. Dinglich wirkende Vorkaufsrechte

Dinglich wirkende Vorkaufsrechte gefährden aufgrund der relativen Unwirksamkeit gegenüber dem Vorkaufsberechtigten den Eigentumserwerb des Käufers (§ 1098 Abs. 2, § 883 Abs. 2, § 888 BGB). Das rechtliche Können des Verkäufers ist eingeschränkt. Diese durchschlagende Konsequenz bringt es mit sich, dass der Notar, der für die Sicherstellung des Eigentumserwerbs gegenüber dem Käufer verantwortlich ist, dingliche Vorkaufsrechte grundsätzlich streng zu beachten hat.

Eine vollständige Überwachung des Notars über die Vorkaufsausübung einer Privatperson ist dabei nicht möglich, weil das Vorkaufsrecht nach § 1098 Abs. 1 Satz 1, § 464 Abs. 1 Satz 1 BGB auch durch Erklärung gegenüber dem vorkaufsverpflichteten Verkäufer ausgeübt werden kann (wovon der Notar nichts mitbekommen muss), sodass Notar und Käufer auf die ordnungsgemäße Mitwirkung des Verkäufers und dessen Redlichkeit angewiesen sind.<sup>14</sup> Letztlich ist aber ein weitergehender Blick in die Vergangenheit zu richten: Der Notar kann ebenso wenig gewährleisten, dass nicht bereits bei einem früheren Vorkaufsfall das Vorkaufsrecht ausgelöst und anschließend entweder ausgeübt wurde oder – mangels wirksamen Fristbeginns (§ 1098 Abs. 1 Satz 1, § 469 BGB) – immer noch ausgeübt werden könnte. So stellt sich die Frage, ob z. B. die Naturschutzbehörde für einen beliebigen früheren Kaufvertrag – unterstellt eine Vorkaufsausübung (Art. 39 Abs. 7 Satz 2 BayNatSchG i. V. m. § 469 Abs. 1 BGB) ist unterblieben – noch ein Vorkaufsrecht ausüben könnte, oder ob dem eine Verwirkung nach § 242 BGB entgegensteht und man die Behörde auf den aktuellen Kaufvertrag verweisen kann. Notar und Käufer müssen sich also nicht nur auf den Verkäufer, sondern auch auf frühere Verkäufer und frühere Notare verlassen. Eine fehlende Vorkaufsausübung kann sich bei dinglich wirkenden Vorkaufsrechten demnach als „tickende Zeitbombe“ erweisen.

##### 2. Das Mietervorkaufsrecht, § 577 BGB

Das Mietervorkaufsrecht nach § 577 BGB wirkt nur schuldrechtlich, sodass allein das rechtliche Dürfen des Verkäufers betroffen ist, wohingegen seine Verfügungsmacht uneingeschränkt besteht.<sup>15</sup> Ignoriert der Vertragsgestalter ein vorhandenes Mietervorkaufsrecht – evtl. auf ausdrückliche Anweisung des Verkäufers, der „keine Pferde scheu machen will“ – so trägt hieraus der Käufer keinen Schaden, weil sein Eigentumserwerb nach Eintragung einer Vormerkung gewährleistet

ist. Das rein schuldrechtlich wirkende Mietervorkaufsrecht hat dieser Vormerkung nichts entgegenzusetzen; ohne Mitwirkung des vormerkungsberechtigten Drittkäufers kann der Mieter keinen Eigentumserwerb erwirken.

Der Verkäufer, der ja zugleich Vermieter ist, verletzt aber eine vertragliche Nebenpflicht aus dem Mietverhältnis (§§ 535, 241, 577 Abs. 1 Satz 3 i. V. m. §§ 469, 577 Abs. 2 BGB), wenn er die Vorkaufsausübung an den Mieter unterlässt und dessen Erwerbsinteressen nicht berücksichtigt.<sup>16</sup> Der Notar hat das Mietervorkaufsrecht also allein deswegen zu beachten, um den vorkaufsverpflichteten Verkäufer vor Schadensersatzansprüchen (§§ 280 ff. BGB) zu bewahren. Daher muss dem ausdrücklichen Wunsch eines Verkäufers, der über die Konsequenzen entstehender Ersatzansprüche aufgeklärt wurde, auf Nichtanzeige des Vertrages beim Mieter nachgegeben werden.

Die möglichen ersatzfähigen Schäden des Mieters, für die der verkaufende Vermieter bei Verletzung der Anzeigepflicht (§ 577 Abs. 1 Satz 3 i. V. m. §§ 469, 577 Abs. 2 BGB) als mietvertraglicher Nebenpflicht einzustehen hat, wurden ebenfalls vom BGH präzisiert.<sup>17</sup> Der gegenteiligen Annahme, dass das Mietervorkaufsrecht den Mieter vor einer Verdrängung schützen soll, nicht aber den Vermögensinteressen des Mieters dahingehend diene, kostengünstig eine Immobilie zu erwerben,<sup>18</sup> hat der BGH eine klare Absage erteilt: Die Pflicht des vermietenden Verkäufers über die Mitteilung des Vorkaufsausübungs und des Vorkaufsfalles soll vielmehr auch unmittelbar das Erfüllungsinteresse des Mieters schützen.<sup>19</sup> Grundsätzlich kann Schadensersatz statt der Leistung nach § 280 Abs. 3, §§ 281 oder 283 BGB dann verlangt werden, wenn der Mieter sein Vorkaufsrecht ausübt (§ 577 Abs. 1 Satz 3, § 464 Abs. 2, § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB) und die Eigentumswohnung anschließend nicht übereignet erhält, weil der Vermieter-Verkäufer an den Drittkäufer übereignet. Aber auch ohne Ausübung des Vorkaufsausübungs und ohne Kaufvertrag zwischen dem Mieter und dem Vermieter-Verkäufer kann der Mieter Schadensersatz statt der Leistung verlangen. Der BGH stellt nämlich überzeugend darauf ab, dass die Ausübung des Vorkaufsausübungs (§ 464 Abs. 2 BGB) für den Mieter eine überflüssige Förmerei und ein sinnloser Zwischenschritt ist,<sup>20</sup> wenn bereits der Drittkäufer als Eigentümer eingetragen wurde und somit die Erfüllung eines durch Vorkaufsausübung zustande kommenden Kaufvertrages von vornherein ausgeschlossen ist.

Als Schadensersatz ist die Differenz zwischen dem Verkehrswert der Wohnung und dem mit dem Drittkäufer vereinbarten Kaufpreis abzüglich der Erwerbsnebenkosten, inklusive Finanzierungskosten, auszugleichen.<sup>21</sup> Denn mit Erfüllung eines durch Vorkaufsausübung zustande gekommenen Kaufvertrages wäre die Wohnung ins Vermögen des Mieters gelangt. Dabei ist zu vermuten, dass der Mieter das Vorkaufsrecht ausgeübt und den Kaufvertrag ordnungsgemäß erfüllt

<sup>16</sup> BGH, Urteil vom 17.3.2003, V ZR 137/02, DNotZ 2003, 431, 432; BGH, Urteil vom 21.1.2015, VIII ZR 51/14, NJW 2015, 1516, Rdnr. 12; BGH, Urteil vom 6.4.2016, VIII ZR 143/15, BeckRS 2016, 9347, Rdnr. 21.

<sup>17</sup> BGH, Urteil vom 21.1.2015, VIII ZR 51/14, NJW 2015, 1516.

<sup>18</sup> BGH, Urteil vom 21.1.2015, VIII ZR 51/14, NJW 2015, 1516, Rdnr. 20 und Rdnr. 34 zur Auffassung der Vorinstanz.

<sup>19</sup> So bereits BGH, Urteil vom 14.12.2001, V ZR 212/00, BeckRS 2001, 30227433; Bestätigt nochmals in BGH, Urteil vom 6.4.2016, VIII ZR 143/15, BeckRS 2016, 9347 Rdnr. 21.

<sup>20</sup> BGH, Urteil vom 21.1.2015, VIII ZR 51/14, Ziffer II. 1. cc) und II. 2. a) a)).

<sup>21</sup> BGH, Urteil vom 21.1.2015, VIII ZR 51/14, Ziffer II. 2. a) bb).

<sup>14</sup> Amann, NotBZ 2010, 201.

<sup>15</sup> Ausnahme ist der wohl seltene Fall, dass der Mieter mit einer gerichtlichen Verfügung eine Vormerkung im Grundbuch erwirkt, noch bevor die im Kaufvertrag für den Erwerber bewilligte Vormerkung eingetragen wurde.

hätte (insbesondere die Kaufpreiszahlung),<sup>22</sup> was im Einzelfall freilich widerlegt werden kann (z. B. bei schlechter Vermögenslage des Mieters).

Im Ergebnis ist dem BGH beizupflichten. Damit ist das Mietvorkaufsrecht kein „stumpfes Schwert“, das der Vermieter gefahrlos ignorieren könnte.

### 3. Schuldrechtliches Vorkaufsrecht ohne dingliche Sicherung

Die Schadensersatzpflicht gilt gleichfalls für ein rein schuldrechtliches Vorkaufsrecht (§ 463 BGB). Auch hier folgt aus der fehlenden Mitteilung des Vorkaufsfalles, dass der Verkäufer dem Vorkaufsberechtigten das positive Erfüllungsinteresse zu ersetzen hat.<sup>23</sup> Z. B. kann ein Schaden entstehen, weil durch Verkauf an einen Dritten und dessen geplante Bebauung das dem Vorkaufsinhaber gehörende Nachbargrundstück eine Wertminderung erfährt.<sup>24</sup>

## B. Berücksichtigung bei der Vertragsgestaltung

Nachfolgend sind nur vereinzelte Aspekte für die Vertragsabwicklung herausgegriffen, ohne dass der Anspruch auf eine lückenlose Darstellung erhoben würde.

### I. Mitteilung des Vorkaufsfalles

#### 1. Allgemeines

Die Vorkaufsrechtsanzeige als Mitteilung des Vorkaufsfalles (§ 469 Abs. 1 BGB) ist erst fristauslösend für die Ausübungsfrist des Vorkaufsberechtigten (§ 469 Abs. 2 BGB), wenn der wirksame Kaufvertrag – unter Einschluss erteilter Genehmigungen und Eintritt etwaiger Bedingungen – mitgeteilt wird.<sup>25</sup> Für eine rasche Vertragsabwicklung sollte dennoch mit der Anzeige nicht zugewartet werden, weil es auf die Fristauslösung nicht ankommt, wenn der Berechtigte ohnehin vor Fristablauf auf die Rechtsausübung verzichtet. Zum anderen kann die Anzeige sukzessive erfolgen, so dass der Eintritt weiterer Wirksamkeitserfordernisse gesondert nachträglich mitgeteilt werden kann.

Die „verkürzte Vorkaufsrechtsanfrage“ an die Gemeinde, bei der ohne Übersendung einer Kaufvertragsabschrift nur angefragt wird, ob ein Vorkaufsrecht nicht besteht bzw. nicht ausgeübt wird, ist nicht ausreichend für den Fristbeginn nach § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB. Beim Vorkaufsrecht nach Naturschutzrecht kommt sowohl Landes- als auch Bundesrecht in Betracht. Für die Vertragsabwicklung kann beides parallel angezeigt und abgefragt werden, weil die Mitteilung bei derselben Behörde (Landratsamt) zu erfolgen hat (Art. 39 Abs. 3 Satz 3 BayNatSchG, § 469 BGB, § 3 Abs. 1 Nr. 1 BNatSchG).<sup>26</sup>

Die Mitteilung des Vorkaufsfalles nach § 469 Abs. 1 BGB kann grundsätzlich formfrei, also auch mündlich, erfolgen.<sup>27</sup>

<sup>22</sup> BGH, Urteil vom 21.1.2015, VIII ZR 51/14, Ziffer II. 2. a) bb) (2).

<sup>23</sup> BGH, Urteil vom 14.12.2001, V ZR 212/00, BeckRS 2001, 30227433.

<sup>24</sup> BGH, Urteil vom 14.12.2001, V ZR 212/00, BeckRS 2001, 30227433.

<sup>25</sup> Maaß, Notar 2013, 395, 396.

<sup>26</sup> Hecht, DNotZ 2010, 323, 330.

<sup>27</sup> BeckOK-BGB/Wegmann, Stand: 1.5.2013, § 1098 Rdnr. 4; Palandt/Weidenkaff, 75. Aufl. 2016, § 469 Rdnr. 2; OLG Stuttgart, Urteil vom 31.10.2012, 3 U 18/12, BeckRS 2014, 11656, stellt hohe Anforderungen an eine mündliche Mitteilung.

Für das Mietvorkaufsrecht ist die Anzeige nach § 577 Abs. 2 BGB zusätzlich mit der Unterrichtung des Mieters über sein Vorkaufsrecht zu verbinden.

## 2. Vorgehen bei privatrechtlichen Vorkaufsrechten

Die Vorkaufsrechtsanzeige (§ 469 Abs. 2) an den Inhaber eines privatrechtlichen Vorkaufsrechtes (§ 1098 Abs. 1 Satz 1 BGB) wird mitunter per Gerichtsvollzieher zugestellt (§§ 166 ff., § 176 ZPO).

Dies erfolgt nicht für grundbuchrechtliche Nachweiszwecke. Ein Nachweis des Beginns der Ausübungsfrist (§ 469 Abs. 2 BGB) in öffentlich beglaubigter Form (§ 29 GBO), ist für eine Löschung des Vorkaufsrechtes im Grundbuch nicht zielführend. Denn die Nichtausübung des Rechtes innerhalb der Frist kann als negative Tatsache ohnehin niemals in Form des § 29 GBO nachgewiesen werden.<sup>28</sup> Eine eidesstattliche Versicherung des Vorkaufsverpflichteten, dass innerhalb der Ausübungsfrist keine Ausübungserklärung erfolgt ist, ist nicht ausreichend. Wo nicht das Gesetz selbst ausnahmsweise eine eidesstattliche Versicherung als Nachweismittel zulässt (so in § 35 Abs. 3 Satz 2 GBO), ist eine Ausnahme vom Grundsatz der Beweismittelbeschränkung (§ 29 GBO) nur anerkannt, wenn bereits ein Erfahrungssatz für das Vorliegen oder Nichtvorliegen der nachzuweisende Tatsache spricht (z. B. Entgeltlichkeit eines Geschäfts, fehlender Widerruf einer Vollmacht).<sup>29</sup> Die allgemeine Lebenserfahrung spricht aber nicht dafür, dass Vorkaufsrechte nicht ausgeübt werden. Eine Löschung des Vorkaufsrechtes durch Unrichtigkeitsnachweis (§ 22 GBO) und ohne Bewilligung des Berechtigten (§ 19 GBO) ist folglich ausgeschlossen.

In einem möglichen Prozess zwischen Verkäufer und Vorkaufsberechtigtem über die rechtzeitige Ausübungserklärung (§ 464 Abs. 2, § 469 Abs. 2 Satz 1, § 1098 Abs. 1 Satz 1 BGB) ist freilich ein Nachweis des Fristbeginns im Streitfall erforderlich. Letztlich sollte der Notar Sorge tragen für einen prozessual tauglichen Nachweis, ohne dass die Anforderungen durch grundbuchtaugliche Nachweise überspannt werden müssten. Die Zustellung per Gerichtsvollzieher erbringt im Gegensatz zu einem Einschreiben gegen Rückschein zusätzlich den Beweis auch des Inhalts der übersendeten Nachricht, der ansonsten nur anhand der Nebenakte und Zeugenaussage des Notars bzw. dessen Mitarbeiter dargetan werden kann. Möglich ist auch, zunächst die Mitteilung des Vorkaufsfalles gegen Empfangsbestätigung<sup>30</sup> oder mit der Aufforderung zuzusenden, innerhalb von zwei Wochen eine Erklärung beim Notar abzugeben, und erst anschließend – für den Fall der verweigerten Mitwirkung des Vorkaufsberechtigten – förmlich zuzustellen.

Die Übersendung in Form einer Ausfertigung erfolgt allein zum Zwecke des Nachweises der Vollmacht des Notars (§ 172 BGB, § 47 BeurkG), den Vorkaufsfall in Vertretung der Beteiligten mitzuteilen (§ 469 Abs. 1 BGB). Im Übrigen – z. B. wenn der Verkäufer selbst den Vorkaufsfall mitteilt – genügt die Übersendung einer einfachen Kopie des Kaufvertrages<sup>31</sup> (ausreichend wäre ja selbst eine mündliche Mitteilung des Vorkaufsfalles).

<sup>28</sup> Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1432a, insbesondere Fn. 120.

<sup>29</sup> Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 159.

<sup>30</sup> Vorschlag von Hagemann, Beck'sches Notarhandbuch, 6. Aufl. 2015, A. I. Rdnr. 185.

<sup>31</sup> BeckOK-BGB/Daum, Stand: 1.10.2015, § 469 Rdnr. 9; BeckOK-BGB/Wegmann, Stand: 1.5.2013, § 1098 Rdnr. 4.

## II. Vorkaufsrecht für den ersten (echten) Verkaufsfall

Ist ein Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall (§ 1097 BGB) bereits erloschen, ist das Grundbuch zu berichtigen (nach § 22 Abs. 1 GBO, soweit der Vorkaufsberechtigte an der Ausübung gehindert war oder unter Mitwirkung des Vorkaufsberechtigten nach § 19 GBO, wenn eine mögliche Ausübung beim ersten Verkauf unterblieben ist). Ist das Vorkaufsrecht für den ersten (echten) Verkaufsfall noch relevant, so ist eine Erklärung des Vorkaufsberechtigten über die Nichtausübung des Vorkaufsrechtes und den Verzicht einzuholen. Eine Nichtausübungserklärung, eine Verzichtserklärung oder eine Aufhebungserklärung (§ 875 BGB) sind hierbei inhaltsgleich, weil das Recht nur für einen Verkaufsfall besteht und ausgeübt werden kann.

Die negative Erklärung des Vorkaufsberechtigten, dass er das Recht nicht ausübt, ist *nicht formbedürftig*, da selbst die positive Ausübungserklärung nicht formbedürftig ist, § 464 Abs. 1 Satz 2 BGB (allerdings besteht eine Ausnahme nach § 577 Abs. 3 BGB, der Schriftform verlangt), überdies das Gesetz kein Formerfordernis aufstellt und auch durch bloßes Schweigen innerhalb der Ausübungsfrist das Recht erlischt. Eine Löschung des Vorkaufsrechtes im Grundbuch erfordert freilich eine öffentlich beglaubigte Erklärung des Berechtigten über die Nichtausübung (§§ 19, 29 GBO). Eine privatschriftlich oder mündlich abgegebene Nichtausübungserklärung ist jedoch materiellrechtlich wirksam, sodass der Verkäufer – oder der Käufer als späterer Eigentümer – eine Löschung des Vorkaufsrechtes zumindest gerichtlich erzwingen könnte (§ 894 BGB).

Als zusätzliche Alternative zur Erklärung des Vorkaufsberechtigten (in grundbuchtauglicher Form nach § 29 GBO) kann der Vertragsgestalter auch den Ablauf der Ausübungsfrist (§ 469 Abs. 2 Satz 1 BGB) für die Vertragsabwicklung – als Kaufpreisfälligkeit voraussetzung – vorsehen. Mit Fristablauf erlischt zwar das Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall, doch gelingt eine Löschung des Rechtes im Grundbuch nicht, weil die negative Tatsache der fehlenden Vorkaufsausübung nicht in Form des § 29 GBO nachweisbar ist. Lässt man auch den Fristablauf als Fälligkeit voraussetzung genügen, sollte erst recht eine formlose Nichtausübungserklärung gegenüber dem Notar ausreichen.

Dann ist zu regeln, wer die Nachteile der fehlenden Löschung des Rechtes trägt. Der Käufer – der wirksam Eigentum erwirbt – kann das eingetragene Vorkaufsrecht zunächst vorsorglich übernehmen und nach Eigentumsumschreibung die Berichtigung des Grundbuches durch Löschung des zu Unrecht eingetragene Vorkaufsrecht nach § 894 BGB selbst betreiben, will er die Unrichtigkeit nicht dauerhaft hinnehmen. Trotz der Unrichtigkeit des eingetragene Vorkaufsrechtes bedeutet dies für den Käufer eine Wertminderung des Grundstückes und eine erschwerte Beleihbarkeit. Ohne Übernahmeerklärung des Käufers bliebe der Verkäufer – trotz wirksamer Eigentumsumschreibung auf den Käufer – zur Lastenfreistellung verpflichtet (§ 433 Abs. 1 Satz 2, § 435 Satz 2, § 442 Abs. 2 BGB) und müsste seinerseits die Löschung notfalls gerichtlich durchsetzen, was ihm kaum bewusst sein wird, bei entsprechender notarieller Aufklärung freilich eine angemessene Lösung sein kann. Möchte keine Partei ein (Prozess-)Risiko tragen, sollte allein eine Verzichtserklärung des Berechtigten in grundbuchtauglicher Form Fälligkeit voraussetzung sein, ohne dass die Alternative eines Fristablaufes zur Wahl geboten wird. Ohne Mitwirkung des Vorkaufsberechtigten wäre der Vollzug des Vertrages dann einzustellen und das

Vorkaufsrecht zwar erloschen,<sup>32</sup> würde jedoch zu Unrecht weiterhin im Grundbuch stehen.

Fraglich ist, ob sich der Berechtigte eines Vorkaufsrechtes nur für den ersten Verkaufsfall seine Rechtsausübung „vorbehalten“ kann; der Verzicht auf die Rechtsausübung also durch ein Vorkaufsrecht für den nächsten oder für alle künftigen Verkaufsfälle „erkauft“ werden muss. Meines Erachtens ist eine Inhaltsänderung des Vorkaufsrechtes nach § 877 BGB dahingehend möglich, dass sich Berechtigter und Verpflichteter einigen, dass das Vorkaufsrecht nunmehr für alle Verkaufsfälle oder für den nächsten (ggf. echten) Verkaufsfall gelten soll. Eine Löschung und Neubestellung ist nicht erforderlich, weil nur einzelne Befugnisse des Berechtigten inhaltlich geändert werden und der Charakter des dinglichen Rechts als Vorkaufsrecht gewahrt bleibt. Die Inhaltsänderung nach § 877 BGB ist nur solange möglich, wie das Recht noch besteht, so dass nach Ablauf der Ausübungsfrist (§ 1098 Abs. 1 Satz 1, § 469 Abs. 2 BGB) nur noch eine Neubestellung möglich ist. Nach § 1103 BGB ist allerdings die Umwandlung von einem persönlichen Vorkaufsrecht in ein Vorkaufsrecht zugunsten eines jeweiligen Grundstückseigentümers und umgekehrt ausgeschlossen: Hier kommt stets nur eine Löschung und Neubestellung in Betracht.

## III. Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle

Bei einem Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle kann das dingliche Vorkaufsrecht nach dem Kaufvertragsvollzug – sowohl formell- als auch materiellrechtlich – fortbestehen. Entweder der Vorkaufsberechtigte verzichtet auf das Vorkaufsrecht insgesamt (§ 875 BGB) und bewilligt die Löschung im Grundbuch (§ 19 GBO) oder der Vorkaufsberechtigte übt sein Recht nur für den eingetretenen Verkaufsfall nicht aus. In diesem Fall muss der Käufer das eingetragene Vorkaufsrecht übernehmen, weil es weiterhin für künftige Verkaufsfälle fortbesteht, und der Verkäufer muss insoweit von seiner Lastenfreistellungspflicht befreit werden.

Die Erklärung des Vorkaufsberechtigten, dass er sein Vorkaufsrecht für den konkret eingetretenen Verkaufsfall nicht ausübe, ist materiellrechtlich wiederum formlos möglich. Da das Vorkaufsrecht bestehen bleibt, ist ein grundbuchtauglicher Nachweis über die fehlende Ausübung nicht erforderlich, die öffentlich beglaubigte Form der Erklärung (§ 129 BGB) kann der Notar allein aus allgemeinen Gründen der Rechtssicherheit vorsehen. Zum Schutz des Käufers, dessen Eigentumserwerb in Frage steht, sollte auf die öffentlich beglaubigte Form nur im Ausnahmefall oder in Absprache mit den Beteiligten verzichtet werden (z. B. wenn eine Institution, Stiftung oder dem Notar als zuverlässige bekannte Person, deren Unterschrift auch überprüft werden kann, vorkaufsberechtigt ist oder der Erwerber selbst den Berechtigten kennt und auf die Form verzichtet). Lässt man wiederum den Ablauf der Ausübungsfrist genügen (§ 469 Abs. 2 BGB), sollte auch eine privatschriftliche Nichtausübungserklärung ausreichend sein. Diese bietet meines Erachtens mehr Rechtssicherheit als der Fristablauf.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Hertel, Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 2, Kap. 8, Rdnr. 59.

<sup>33</sup> Z. B. könnte sonst der Vorkaufsberechtigte nach Fristablauf eine mündliche Ausübungserklärung behaupten. Zudem kommt es bei einer privatschriftlichen Verzichtserklärung auf den Zeitpunkt der Vorkaufsrechtsmitteilung nicht an.

#### IV. Erlassvertrag versus einseitige Verzichtserklärung

Für privatrechtliche Vorkaufsrechte (§§ 463, 1094 BGB) ist umstritten,<sup>34</sup> ob ein einseitiger Verzicht des Vorkaufsberechtigten ausreicht,<sup>35</sup> oder ob ein zweiseitiger Erlassvertrag<sup>36</sup> zwischen Vorkaufsberechtigten und -verpflichteten erforderlich ist. Der Streit spielt oftmals keine Rolle, weil die zweite Willenserklärung des Vorkaufsverpflichteten in der Regel keine zusätzlich Hürde darstellt. Denn der Wille zur Erklärung eines Angebots auf Abschluss eines Erlassvertrages ist dem Vorkaufsberechtigten in der Regel erkennbar und wird vom Verkäufer – zumindest stillschweigend – zum Ausdruck gebracht. Im Zweifel wird man zumindest eine konkludente Einigung annehmen können,<sup>37</sup> ggf. durch Vertretung des Vorkaufsverpflichteten durch den im Kaufvertrag bevollmächtigten Notar. Darüber hinaus führt die einseitige Verzichtserklärung nach § 242 BGB dazu, dass der Vorkaufsberechtigte sich mit einer späteren Vorkaufsrechtsausübung widersprüchlich verhält und die Ausübung verwirkt ist.<sup>38</sup> An einem Erlassvertrag fehlt es aber dann, wenn nicht der vorkaufsverpflichtete Verkäufer, sondern der Käufer in Kontakt mit dem Vorkaufsberechtigten tritt.<sup>39</sup>

Das Erfordernis eines zweiseitigen Erlassvertrages ist meines Erachtens überflüssig.<sup>40</sup> Für eine einseitige Verzichtserklärung spricht meines Erachtens, dass der weitreichendere Verzicht auf das Vorkaufsrecht insgesamt – im Gegensatz zum Verzicht auf die Rechtsausübung für den konkreten Vorkaufsfall – nach § 875 BGB einseitig erklärt werden kann<sup>41</sup> (wobei diese einseitige Erklärung in § 875 BGB ergänzt wird um das zusätzliche Wirksamkeitserfordernis der konstitutiven Grundbucheintragung zur Aufhebung des Rechtes). Auch die Ausübung des Rechts erfolgt nach § 464 Abs. 1 Satz 1 BGB spiegelbildlich durch einseitige Erklärung.<sup>42</sup>

#### V. Rechtssicherheit bereits vor Kaufvertragsabschluss?

Da die Abwicklung eines Kaufvertrages unter Berücksichtigung eines Vorkaufsrechtes immer Unwägbarkeiten mit sich bringt, fragt sich, ob nicht bereits vor Beurkundung Rechtsklarheit geschaffen werden kann. Unproblematisch kann die öffentliche Hand auch vor Eintritt des Vorkaufsfalles bereits eine Verzichtserklärung abgeben, was z. B. § 28 Abs. 5 BauGB belegt. Für die privatrechtlichen Vorkaufsrechte ist ein vorheriger Verzicht bzw. Erlassvertrag – also vor Eintritt des Vorkaufsfalles durch Beurkundung eines Kaufvertrages – allein beim Mietervorkaufsrecht nach § 577 BGB ausge-

schlossen, im Übrigen dagegen zulässig.<sup>43</sup> Es kann also bereits vor Abschluss des Kaufvertrages auf Veranlassung des Verkäufers eine Löschungsbewilligung eingeholt werden oder eine schriftliche Verzichtserklärung eingefordert bzw. vom Verkäufer beschafft werden. Auch eine vorherige mündliche Verzichtserklärung oder die Zusicherung, das Recht nicht auszuüben, ist materiellrechtlich relevant und muss – ggf. unter Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe – zum Eigentumserwerb des Drittkäufers führen.

Allerdings ist Vorsicht geboten, wenn der Verkäufer einen Verzicht aufgrund mündlicher Absprache mit dem Vorkaufsverpflichteten behauptet. Denn eine pauschale Anfrage ohne Bezug zum konkreten Kaufvertrag, ohne Nennung von Kaufpreis und Käufer und ohne ausdrückliche Bezugnahme auf das bestehende Vorkaufsrecht, ist nicht ausreichend. Eine mündliche Erklärung, das Grundstück derzeit nicht kaufen zu wollen, ist nicht als konkludent erklärter endgültiger Verzicht auf die Vorkaufsrechtsausübung zu verstehen.<sup>44</sup> Ebenso wenig hindern gescheiterte Vertragsverhandlungen mit dem Vorkaufsberechtigten diesen, später das Vorkaufsrecht – sei es auch zu einem zuvor abgelehnten Kaufpreis – auszuüben.<sup>45</sup>

Haben Gespräche im Vorfeld stattgefunden, sollte der Notar sich tunlichst zurückhalten, zur Wirksamkeit einer später erklärten Vorkaufsrechtsausübung Stellung zu nehmen. Der Käufer kann allgemein darauf hingewiesen werden, dass der Notar die Wirksamkeit und Rechtzeitigkeit der Ausübung nicht überprüft und für eine solche Prüfung anwaltliche Hilfe in Anspruch genommen werden kann. Grundsätzlich ist ein vorheriger mündlicher Verzicht möglich, so dass stets die Vollzugsfähigkeit von der materiellen Wirksamkeit der Kaufverträge zu unterscheiden ist.

#### VI. Öffentlichrechtliche Vorkaufsrechte

Die strenge notarielle Überwachung dinglich wirkender Vorkaufsrechte besteht nicht uneingeschränkt: So verbreitet die dingliche (und die verfahrensrechtliche) Wirkung öffentlich-rechtlicher Vorkaufsrechte bereits weniger Angst und Schrecken, weil selbst bei einem Eigentumserwerb der vorkaufsberechtigten öffentlichen Hand aufgrund der gesicherten Solvenz und Kooperationsbereitschaft des Vorkaufsberechtigten eine nachträgliche geordnete Vertragsabwicklung gelingen wird. Die notarielle Praxis begnügt sich hier mitunter zu Recht damit, dass der Verkäufer an den Drittkäufer sicherungshalber alle durch die Vorkaufsrechtsausübung entstehenden Ansprüche gegen den Verkäufer (insbesondere Kaufpreisanspruch und Anspruch auf Zahlung der Vertragskosten) abtritt (§§ 398, 433 Abs. 2 BGB),<sup>46</sup> anstatt dass die Kaufpreisfälligkeit erst nach fehlender Vorkaufsrechtsausübung eintritt. Dies beschleunigt und vereinfacht die Vertragsabwicklung. Im seltenen Fall der Fälle bekommt der Erstkäufer seinen gezahlten Kaufpreis aus staatlicher Kasse erstattet, wobei zu berücksichtigen ist, dass ein Fehlbetrag verbleiben kann, weil die öffentlichen Vorkaufsrechte zum Verkehrswert ausgeübt

<sup>34</sup> Vgl. BeckOK-BGB/Daum, Stand: 1.10.2015, § 463 Rdnr. 40.

<sup>35</sup> BeckOK-BGB/Wegmann, Stand: 1.5.2013, § 1094 Rdnr. 17; MünchKomm-BGB/Westermann, 7. Aufl. 2016, § 463 Rdnr. 29, und 6. Aufl. 2013, § 1094 Rdnr. 15; BeckOK-BGB/Daum, Stand: 1.10.2015, § 463 Rdnr. 40.

<sup>36</sup> Hah, MittRhNotK 1994, 193, 202; Palandt/Weidenkaff, 75. Aufl. 2016, § 463 Rdnr. 8.

<sup>37</sup> Vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1435: „stillschweigender Erlassvertrag“.

<sup>38</sup> Palandt/Bassenge, 75. Aufl. 2016, § 1094 Rdnr. 7 a. E.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1435.

<sup>39</sup> Eine Erklärung gegenüber dem Drittkäufer kann allenfalls zum Einwand unzulässiger Rechtsausübung führen, Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1435.

<sup>40</sup> Ebenso BeckOK-BGB/Daum, Stand: 1.10.2015, § 463 Rdnr. 40.

<sup>41</sup> BeckOK-BGB/Omlor, Stand: 8.1.2016, § 1094 Rdnr. 72.1.

<sup>42</sup> BeckOK-BGB/Daum, Stand: 1.10.2015, § 463 Rdnr. 40.

<sup>43</sup> Hahn, MittRhNotK 1994, 193, 202; Wirth, MittBayNot 1998, 9, 14; Falkner, MittBayNot 2012, 519, 520; Maaß, Notar 2013, 395, 397; BeckOK-BGB/Daum, Stand: 1.10.2015, § 463 Rdnr. 41; Palandt/Weidenkaff, 75. Aufl. 2016, § 463 Rdnr. 8 und § 577 Rdnr. 2; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1435.

<sup>44</sup> Hertel, Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 2, Kap. 8, Rdnr. 62; OLG Hamm, Urteil vom 8.6.1998, 22 U 176/97, BeckRS 1998, 8500 Rdnr. 38.

<sup>45</sup> MünchKomm-BGB/Westermann, 7. Aufl. 2016, § 463 Rdnr. 29.

<sup>46</sup> Für das Vorkaufsrecht nach Naturschutzrecht Hecht, DNotZ 2010, 323, 329; a. A. Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 6. Aufl. 2012, Rdnr. 1700, mit Formulierungsvorschlag in Rdnr. 1701.

werden können, wenn der vereinbarte Kaufpreis überhöht ist (Preislimitation nach § 28 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 BauGB, Art. 39 Abs. 8 Satz 1 BayNatSchG). Für die Differenz zwischen Kaufpreis und Verkehrswert verbleibt das Risiko letztlich beim Käufer, der für diese Differenz auf eine Rückerstattung vom Veräußerer angewiesen ist. Ein noch versteckteres Risiko liegt in dem Rücktrittsrecht des Veräußerers im Falle einer Kaufpreisreduzierung auf den Verkehrswert (Art. 39 Abs. 8 Satz 2 BayNatSchG, § 28 Abs. 3 Satz 2 BauGB). In diesem Fall trägt der Erwerber für die komplette Kaufpreisrückerstattung das Insolvenzrisiko des Veräußerers.

Wird nicht nur auf eine Erklärung des Vorkaufsberechtigten als Fälligkeitsvoraussetzung verzichtet, sondern wird die Vorkaufsrechtsanzeige insgesamt unterlassen, besteht das Vorkaufsrecht – einzig in den Grenzen der Verwirkung nach § 242 BGB – auch nach Eigentumsumschreibung fort (bei einer verfahrensrechtlichen Grundbuchsperrung wird allerdings die Eigentumsumschreibung nicht gelingen). Der Eigentumserwerb ist gegenüber dem Vorkaufsberechtigten nicht gesichert, sondern unwirksam, sofern das Vorkaufsrecht irgendwann noch ausgeübt würde.

## VII. Absicherung des Verkäufers

Als vertragliche Vorsorge für den Fall der Vorkaufsrechtsausübung wird die Möglichkeit der Lösung vom Vertrag für den Verkäufer gefordert, der den Kaufvertrag mit dem Erstkäufer nicht erfüllen kann bzw. der sich Schadensersatzansprüchen des Vorkaufsberechtigten ausgesetzt sähe, würde er den ersten Kaufvertrag erfüllen. Um sich nicht auf eine Vertragsauslegung verlassen zu müssen, sollte der Notar ausdrücklich eine auflösende Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB) oder ein Rücktrittsrecht (§ 346 Abs. 1 BGB) für den Verkäufer vorsehen. Auch ohne Rücktrittsrecht wäre eine Klage des Erstkäufers gegen den Verkäufer auf Vertragserfüllung wegen § 275 BGB letztlich<sup>47</sup> erfolglos. Ein Rücktrittsrecht kann dagegen sinnvoll sein, um bei einem ggf. langwierigen Streit über die Vorkaufsrechtsausübung und deren Wirksamkeit die ungewisse Schwebelage für die Beteiligten zu beenden.<sup>48</sup> Hier ist zu erwägen, ob auch dem Käufer ein Rücktrittsrecht eingeräumt wird. Der ausdrückliche Ausschluss von Schadensersatzansprüchen ist wegen Kenntnis des Käufers vom Vorkaufsrecht (§ 442 Abs. 1 BGB) und mangels Vertretenmüssens des Verkäufers (§ 276 BGB) nur vorsorglich erforderlich, z. B. falls der Verkäufer dem Käufer die Nichtausübung gesondert „versprochen“ oder „zugesichert“ hat.<sup>49</sup>

Die öffentlichrechtlichen Vorkaufsrechte sehen sogar ein Rücktrittsrecht für den Verkäufer für einen durch Vorkaufsrechtsausübung zustande gekommenen Kaufvertrag mit der öffentlichen Hand vor, wenn der mit dem Dritten vereinbarte Kaufpreis auf den Verkehrswert herabgesetzt wird, Art. 39 Abs. 8 Satz 2 BayNatSchG, § 28 Abs. 3 Satz 2 BauGB. Beim Mietervorkaufsrecht nach § 577 BGB sollte das Rücktrittsrecht des Verkäufers befristet werden, damit der Verkäufer – der ggf. selbst nachlässig eine Vorkaufsrechtsausübung oder eine Mitteilung des Vorkaufsfalles missachtet hat – nicht

<sup>47</sup> Allerdings wäre in einem Prozess zunächst zu prüfen, ob der Verkäufer sich das Eigentum zurückverschaffen kann. Die fehlende Eigentümerstellung des Veräußerers führt nicht per se zur Annahme der Unmöglichkeit.

<sup>48</sup> Hertel, Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 2, Kap. 8, Rdnr. 88.

<sup>49</sup> Hertel, Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 2, Kap. 8, Rdnr. 84.

nachträglich einen bereits durchgeführten Kaufvertrag rückabwickeln kann.<sup>50</sup>

## C. Vorgehensweise nach Ausübung des Vorkaufsrechtes

### I. Ausübungserklärung

Durch die Ausübung des Vorkaufsrechtes kommt nach § 464 Abs. 2 i. V. m. § 1098 Abs. 1 Satz 1 BGB zwischen dem vorkaufsverpflichteten Verkäufer und dem Vorkaufsberechtigten ein Kaufvertrag zustande, der inhaltsgleich zu dem mit dem Drittkäufer abgeschlossenen Kaufvertrag ist. Die Ausübung eines rechtsgeschäftlichen Vorkaufsrechtes bedarf dabei nach § 464 Abs. 1 Satz 2 BGB keiner Form.<sup>51</sup> Die Ausübung des Mietervorkaufsrechtes bedarf dagegen nach § 577 Abs. 3 BGB der Schriftform. Somit kann der Mieter nach § 577 Abs. 3 BGB sein gesetzliches Vorkaufsrecht ohne vorangehende notarielle Beratung ausüben.<sup>52</sup> Bei rechtsgeschäftlich bestellten Vorkaufsrechten war immerhin wenigstens die Rechtsbegründung formbedürftig, §§ 463, 311b Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Ausübungserklärung muss als einseitige Gestaltungserklärung unbedingt erfolgen,<sup>53</sup> was häufig zu Zweifeln über die Wirksamkeit der Rechtsausübung führen kann.<sup>54</sup>

Bei öffentlichrechtlichen Vorkaufsrechten erfolgt die Ausübung durch Verwaltungsakt. Ein Verwaltungsakt ist z. B. in § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB für das gemeindliche Vorkaufsrecht ausdrücklich vorgesehen. Die Gemeinde muss den Verwendungszweck des Grundstücks angeben, § 24 Abs. 3 Satz 2 BauGB. Adressat des Verwaltungsaktes ist zwar der vorkaufsverpflichtete Verkäufer, da zugleich die Interessen des Drittkäufers betroffen sind, ist aber neben dem Verkäufer auch der Drittkäufer zur Anfechtung berechtigt.<sup>55</sup> Z. B. geht § 28 Abs. 2 Satz 6 BauGB a. E. unmittelbar von der Anfechtungsmöglichkeit des Käufers aus.

Das gemeindliche Vorkaufsrecht und das naturschutzrechtliche Vorkaufsrecht können auch zugunsten eines Dritten ausgeübt werden (§ 27a BauGB, Art. 39 Abs. 3 Satz 4, Abs. 5 und 6 BayNatSchG).<sup>56</sup> Die Ausübungserklärung selbst erfolgt durch den Vorkaufsberechtigten, wohingegen der inhaltsgleiche Kaufvertrag unmittelbar mit dem Dritten zustande kommt. Vorteil des fehlenden zwischenzeitlichen Eigenerwerbs der öffentlichen Hand ist, dass nur einmal Grunderwerbsteuer anfällt.

## II. Zusätzliche Beurkundung mit dem Vorkäufer

### 1. Fehlende Vereinbarungen

Der Vorkaufsberechtigte hat nach § 464 Abs. 2 BGB alle Leistungen zu erbringen, die der Verkäufer mit dem Drittkäufer vereinbart hat und die auch der Drittkäufer zu erfüllen gehabt

<sup>50</sup> Beim Vorkaufsrecht mit dinglicher Wirkung ist eine Rückabwicklung unumgänglich, weil der Vorkaufsberechtigte die Rückabwicklung nach § 888 BGB durchsetzen kann.

<sup>51</sup> Zweifelnd: BeckOK-BGB/Wegmann, Stand: 1.5.2013, § 1098 Rdnr. 7.

<sup>52</sup> BGH, Urteil vom 22.11.2013, V ZR 96/12, NJW 2014, 850 Rdnr. 28.

<sup>53</sup> BeckOK-BGB/Daum, Stand: 1.10.2015, § 464 Rdnr. 7.

<sup>54</sup> Z. B.: „Ich übe das Vorkaufsrecht aus, wenn das Vertragsobjekt ordnungsgemäß geräumt wird.“

<sup>55</sup> BGH, Urteil vom 5.5.1988, III ZR 105/87, NJW 1989, 37, 38; Hertel, Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 2, Kap. 8, Rdnr. 402.

<sup>56</sup> Vgl. hierzu kritisch Schröder/Kullick, NZBau 2013, 755 ff.

hätte. Zwischen Vorkaufsberechtigten und -verpflichteten gilt nur der schuldrechtliche Kaufvertrag (§ 433 BGB), nicht eine erklärte Auflassung (§ 925 BGB), nicht erteilte Vollmachten (weder eine Vollzugsvollmacht für den Notar noch eine Finanzierungsvollmacht für den Käufer) und nicht eine Vollstreckungsunterwerfung.<sup>57</sup> Diese Erklärungen müssen gesondert zwischen den neuen Vertragsparteien vereinbart werden – der Notar muss eine zweite Urkunde entwerfen. In Ausnahme dazu kann jedoch die Gemeinde bei einer preislimitierten Vorkaufsrechtsausübung nach § 28 Abs. 3 Satz 6, Abs. 4 Satz 3 BauGB<sup>58</sup> i. V. m. § 38 GBO eine Eigentumsumschreibung ohne weitere Mitwirkung des Notars erwirken.<sup>59</sup> Bestandteil des Kaufvertrages und auch für den Vorkäufer geltend ist zwar nicht eine erteilte Finanzierungsvollmacht, aber eine vereinbarte Mitwirkungspflicht bei der Grundpfandrechtsbestellung. Enthält der Kaufvertrag keine solche Mitwirkungspflicht – etwa weil der Erstkäufer keine Finanzierung benötigte – so kann auch der Vorkäufer keine Finanzierungsvollmacht verlangen.<sup>60</sup> Es steht dann im Belieben des Verkäufers, ob er dem Vorkäufer eine solche Finanzierungsvollmacht erteilt.

## 2. Formale Aspekte

Für die Beurkundung dieser den Kaufvertrag ergänzenden Vereinbarungen muss keine 14-Tages-Frist nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG eingehalten werden, weil allein die Auflassung beurkundet wird (§ 925 BGB) und damit kein Vertrag, der der Beurkundungspflicht nach § 311b BGB unterliegt. Der Kaufvertrag selbst (für den § 311b BGB und § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG gelten würden) ist bereits durch die Vorkaufsrechtsausübung entstanden (§ 464 Abs. 2 i. V. m. § 1098 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Anpassung der Fälligkeitsvoraussetzung und eine Bestätigung des Kaufvertrages bzw. eine Wiederholung dessen wichtigster Bestandteile sind meines Erachtens nur klarstellender Natur und stellen keine wesentliche Änderung des ursprünglichen Kaufvertrages dar und erfordern deswegen auch keine Fristbeachtung. Eine Vollstreckungsunterwerfung des Käufers für den Kaufpreis unterfällt als gesonderte Erklärung außerhalb des Kaufvertrages der Formvorschrift des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO und führt beispielsweise auch bei einer Grundschuldbestellung nicht zur Anwendung des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG. Kritisch wird es erst bei einer grundlegenden Umgestaltung des Kaufvertrages, insbesondere, wenn zulasten des vorkaufsausübenden Verbrauchers eine im ursprünglichen Kaufvertrag enthaltene Stundungsvereinbarung aufgehoben wird oder zulasten des verkaufenden Verbrauchers die Kaufpreisfälligkeit verzögert wird. In solchen Fällen muss die 14-Tages-Frist für die Beurkundung eingehalten werden.

Genehmigungen und Zustimmungen müssen zum inhaltsgleichen Kaufvertrag erneut eingeholt werden, soweit sie

<sup>57</sup> Maaß, Notar 2013, 395, 402; für Vollzugsvollmacht BGH, Urteil vom 27.4.2016, VIII ZR 61/15, BeckRS 2016, 10703, Rdnr. 45.

<sup>58</sup> Nach Ansicht von *Bassenge/Palandt*, 75. Aufl. 2016, vor § 1094 Rdnr. 6 gilt dies für alle Fälle der Vorkaufsrechtsausübung durch die Gemeinde und nicht nur begrenzt auf § 28 Abs. 3 BauGB.

<sup>59</sup> Geht die Gemeinde auf Grundlage des § 28 Abs. 3 oder 4 BauGB vor und senkt den vereinbarten Kaufpreis herab, ist keine weitere Urkunde vom Notar erforderlich, weil das Eigentum kraft Gesetzes auf die Gemeinde übergeht und das Grundbuchamt auf Ersuchen der Gemeinde (§ 38 GBO) deren Eigentumseintragung vornehmen muss: *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl. 2014, Rdnr. 1894; siehe jüngst OLG München, Beschluss vom 14.1.2016, 34 Wx 383, 389/15, BeckRS 2016, 1707.

<sup>60</sup> DNotI-Report 2015, 77.

nicht rein grundstücksbezogen erfolgen.<sup>61</sup> Ein bereits zum Erstverkauf erteiltes Vorkaufsrechtszeugnis der Gemeinde gilt fort, wenn ein Vorkaufsrecht nicht besteht. Dass sich die planerischen Vorgaben der Gemeinde in der Zwischenzeit geändert haben könnten, spricht meines Erachtens nicht gegen die „Weiterverwendung“ des zum Erstverkauf erteilten Vorkaufsrechtszeugnisses, weil sonst bei jedweder Verzögerung im Vollzug vom Grundbuchamt ein „neues“ und aktuelleres Vorkaufsrechtszeugnis verlangt werden müsste.<sup>62</sup> Dagegen ist ein neues Zeugnis erforderlich, wenn ein bestehendes Vorkaufsrecht für den Erstverkauf nur nicht ausgeübt wurde, denn die Ausübungsentscheidung kann von der Person des Erwerbers abhängen.<sup>63</sup>

## 3. Weitere Erklärungen

Welche Erklärungen zusätzlich zum nach § 464 Abs. 2 BGB zustande gekommenen Kaufvertrag zu beurkunden sind, hängt von der Art des Vorkaufsrechtes ab. Die Eintragung einer Vormerkung für den Vorkaufsberechtigten ist beim Mietervorkaufsrecht erforderlich, wohingegen die Gemeinde selbst die Eintragung einer Eigentumsvormerkung beim Grundbuchamt erwirken könnte (§ 28 Abs. 2 Satz 3 BauGB, § 38 GBO) und für den Inhaber eines dinglichen Vorkaufsrechtes (§ 1094 BGB) aufgrund der Vormerkungswirkung des eingetragenen Vorkaufsrechtes (§ 1098 Abs. 2 BGB) eine zusätzliche Vormerkung verzichtbar ist.

Der Drittkäufer kann idealerweise ebenfalls an der Vereinbarung mitwirken, um gegen Erstattung seiner Beurkundungskosten die Löschung seiner Vormerkung zu bewilligen (§ 883 BGB, § 19 GBO), soweit eine solche bereits eingetragen wurde (für die Gemeinde ist eine Löschungsbeurkundung für die Käufervormerkung wiederum entbehrlich, § 28 Abs. 2 Satz 6 BauGB).

Um die Frage nach der Wirksamkeit der Vorkaufsrechtsausübung nicht entscheiden zu müssen, sollte stets der Inhalt des Erstkaufvertrages nochmals vorsorglich bestätigt und erneut vereinbart werden.<sup>64</sup> An dieser Stelle kann darauf hingewiesen werden, dass der Notar die Wirksamkeit der Vorkaufsrechtsausübung nicht überprüft. Die Ausübung öffentlich-rechtlicher Vorkaufsrechte kann mithilfe der Verwaltungsgerichte überprüft werden (§§ 40 ff. VwGO), denn sowohl Art. 39 Abs. 2 BayNatSchG, § 66 Abs. 2 BNatSchG als auch § 24 Abs. 3 Satz 1 BauGB stellen ein Rechtfertigungserfordernis auf (Wohl der Allgemeinheit, Naturschutzbelange).

## 4. Kaufpreisfälligkeit

Problematisch ist die Anpassung der Fälligkeitsvoraussetzungen. Außerdem steht der Notar vor Schwierigkeiten, wenn der Kaufpreis nach dem ursprünglichen Kaufvertrag bereits fällig gestellt werden müsste, noch bevor eine neue Vereinbarung zwischen dem Verkäufer und dem Vorkäufer zustande kommt. Soweit die Nichtausübung des Vorkaufsrechtes Fälligkeitsvoraussetzung für den ursprünglichen Käufer war, wird der Kaufpreis dieses Kaufvertrages zwar nicht fällig, demgegenüber „entfällt“ diese Fälligkeitsvoraussetzung aber für den inhaltsgleichen Kaufvertrag mit dem Vorkäufer „kraft Natur

<sup>61</sup> Maaß, Notar 2013, 395, 403.

<sup>62</sup> A. A. OLG Zweibrücken, Beschluss vom 12.1.2016, 3 W 135/15.

<sup>63</sup> Hertel, Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 2, Kap. 8, Rdnr. 174.

<sup>64</sup> Hertel, Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 2, Kap. 8, Rdnr. 160.

der Sache“.<sup>65</sup> Der Verkäufer hat Anspruch auf Kaufpreiszahlung (§ 433 Abs. 2, § 464 Abs. 2 BGB) und dieser Anspruch kann nicht abhängig von einer weiteren Mitwirkung des Vorkäufers sein. Mit dem Abschicken einer Fälligkeitsmitteilung an den Vorkäufer sollte der Notar jedoch wiederum eine Stellungnahme über die Wirksamkeit und Rechtzeitigkeit der Vorkaufsrechtsausübung (§ 464, § 469 Abs. 2 BGB) vermeiden.

Fraglich ist, ob der Kaufpreis für den Vorkäufer fällig wird, obgleich zu dessen Gunsten anders als für den Erstkäufer noch keine Auflassung (§ 925 BGB) erklärt wurde.<sup>66</sup> Da der Eintritt der Kaufpreisfälligkeit nicht von einer (möglicherweise fehlenden) Mitwirkungsbereitschaft des Vorkäufers abhängig sein sollte, könnte allenfalls eine Auflassungserklärung des Verkäufers gefordert werden, der unter Vorbehalt der Nachgenehmigung (§ 177 BGB) durch den Vorkäufer handeln könnte.<sup>67</sup> Um die fragliche Fälligkeit bei noch fehlender Auflassung zu vermeiden, könnte im Erstvertrag als ausdrückliche Fälligkeitsvoraussetzung die Abgabe der Auflassungserklärung durch den Verkäufer ergänzt werden. Für den Drittkäufer wäre diese Fälligkeitsvoraussetzung unmittelbar mit Unterschrift des Kaufvertrages gegeben. Einem Vorkaufsberechtigten, der sein Recht berechtigt ausübt und den nach § 464 Abs. 2 BGB bestehenden Kaufvertrag ordnungsgemäß erfüllt, bliebe es erspart, bei fehlender Mitwirkungsbereitschaft des Verkäufers die Auflassung notfalls gerichtlich zu erzwingen (es sei denn, der Verkäufer lässt sich trotz Nicht-

<sup>65</sup> *Hertel*, Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 2, Kap. 8, Rdnr. 150.

<sup>66</sup> Für den Eintritt der Fälligkeit: *Hertel*, Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 2, Kap. 8, Rdnr. 150; OLG München, Urteil vom 15.7.1993, 19 U 1754/93, MittBayNot 1994, 30, 32; a. A. *Grziwotz*, MittBayNot 1994, 33 f.

<sup>67</sup> § 925 BGB fordert „gleichzeitige“ Anwesenheit, sodass eine Beurkundung einer bloßen Angebotserklärung des Verkäufers nicht möglich ist.

eintritts der Kaufpreisfälligkeit nicht zur Abgabe einer Auflassungserklärung motivieren; zumindest hätte der Vorkäufer dann noch nicht gezahlt). Nachteil der zusätzlichen Fälligkeitsvoraussetzung der Auflassungserklärung ist, dass der Verkäufer den Kaufpreis erst nach einem erneuten Notarbesuch erhalten kann; Vorteil für den Notar ist, dass die Chancen steigen, die für den Vollzug erforderliche zweite Beurkundung durchzuführen.<sup>68</sup>

Als neue Fälligkeitsvoraussetzung des Kaufvertrages mit dem Vorkäufer ist die Löschung der zugunsten des Drittkäufers eingetragenen Vormerkung und dessen Finanzierungsgrundschuld zu vereinbaren. Hinsichtlich dieser Grundstücksbelastungen ist der Verkäufer zur Lastenfreistellung verpflichtet. Dem Vorkäufer kommt aber die Vormerkungswirkung seines dinglichen Vorkaufsrechtes nach § 1098 Abs. 2, § 883 Abs. 2 BGB zugute. Verglichen mit einem „normalen Kaufvertrag“ handelt es sich also um Grundstücksbelastungen im Nachrang zu der den Erwerber sichernden Vormerkung. Der Notar sollte in diesem Fall bei Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit darauf hinweisen, dass zugunsten des Drittkäufers bzw. dessen Finanzierungsbank Rechte im Grundbuch eingetragen sind und daher ein Zurückbehaltungsrecht (§ 320 BGB) besteht.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> Überdies kommt es dem Notar entgegen, wenn er über die Kaufpreisfälligkeit nicht vor erneuter Beurkundung zwischen Verkäufer und Vorkäufer entscheiden muss (z. B. bei Ungewissheit über die wirksame Vorkaufsrechtsausübung, welche durch eine Bestätigung des Kaufvertrages bei der erneuten Beurkundung beseitigt werden kann). Erscheint der Vorkäufer zum Termin nicht und muss tatsächlich die Auflassung unter Vorbehalt der Nachgenehmigung erklärt werden, hilft die zusätzliche Beurkundung allerdings nicht weiter.

<sup>69</sup> Empfehlung bei *Hertel*, Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 2, Kap. 2, Rdnr. 153, und *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl. 2014, Rdnr. 1238.

# Wohnungseigentum und aufteilungsplanwidrige Bauausführung

– zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 20.11.2015, V ZR 284/14<sup>1</sup> –

Von Notar a. D. Dr. *Manfred Rapp*, Landsberg am Lech

Ein in Wohnungseigentum aufgeteiltes Grundstück hat bezüglich des Gebäudes zwei Eigentumsbereiche: Das gemeinschaftliche Eigentum gemäß § 1 Abs. 5 WEG, das aus Miteigentumsanteilen nach Bruchteilen besteht (§ 3 Abs. 1 WEG i. V. m § 1008 BGB). Die rechtsdogmatische Besonderheit des Wohnungseigentums besteht jedoch im Sondereigentum, das auch als Alleineigentum des Wohnungseigentümers qualifiziert werden kann. Die Grenzen zwischen dem Sondereigentum und dem gemeinschaftlichen Eigentum und der Sondereigentumseinheiten untereinander werden in einem behördlich bestätigten Aufteilungsplan dargestellt, aus dem die Lage und Größe der im Sondereigentum und der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Gebäudeteile ersichtlich ist (§ 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WEG). Dieser Aufteilungsplan hat danach beim Wohnungseigentum dieselbe Funktion wie der amtliche Lageplan beim Grundstück. Er dokumentiert die räumlichen Grenzen der jeweiligen Eigentumsarten. Der Aufteilungsplan muss bei bestehenden Gebäuden eine Baubestandszeichnung sein und bei zu errichtenden Gebäuden den bauaufsichtlichen (baupolizeilichen) Vorschriften entsprechen (Allgemeine Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen gemäß § 7 Abs. 4 Nr. 2 und § 32 Abs. 2 Nr. 2 WEG vom 19.3.1974 (BAnz 1974 Nr. 58, abgedruckt bei *Hügel/Elzer*, WEG, 2015, Anhang I). Da nach dem öffentlichen Baurecht die Bauausführung den genehmigten Bauplänen (bzw. bei Genehmigungsfreistellung den öffentlichrechtlichen Vorschriften) entsprechen muss, dürfte eine Abweichung der Bauausführung von dem genehmigten Bauplan gar nicht vorkommen. Die umfangreiche Rechtsprechung zu diesem Thema erweist jedoch das Gegenteil. Der BGH hat mit seinem Urteil vom 20.11.2015 (V ZR 284/14, MittBayNot 2016, 505 [in diesem Heft]) grundsätzliche Klarstellungen geschaffen.

## I. Der Anspruch auf plangemäße Bauausführung

### 1. Wohnungseigentumsrechtliche Verpflichtung aller Wohnungseigentümer

Der Ausgangspunkt des Falles des BGH vom 20.11.2015 war einfach:

Nach dem Aufteilungsplan gehört zur Wohnung Nr. 3 ein Kellerraum mit einer Größe von 8,43 m<sup>2</sup>. Bei dem Bau des Kellergeschosses wurde von den der Baugenehmigung zu Grunde liegenden Bauplänen abgewichen, um einen Fensterzugang zu dem innenliegenden Kellerraum Nr. 7 zu schaffen. Durch eine dementsprechende Versetzung einer Wand wurde der Kellerraum der Wohnung Nr. 3 um 3,94 m<sup>2</sup> verkleinert.<sup>2</sup>

Der Kläger, der Eigentümer der Wohnung Nr. 3, verlangte von den anderen Wohnungseigentümern die Versetzung der Kellerwand entsprechend dem Aufteilungsplan, sodass sein Kellerraum Nr. 3 die dort vorgesehene Größe von 8,43 m<sup>2</sup> erhalten würde.

Der BGH hat dem Kläger recht gegeben.

#### a) Aufteilungsplan und Herstellungsverpflichtung

Die Vorschriften über den Aufteilungsplan haben den Zweck, die Grenzen zwischen dem Sondereigentum und dem Gemeinschaftseigentum mit der Grundbuchmäßigen Bestimmtheit darzustellen. Aus § 15 Abs. 3, § 21 Abs. 4 und 5 Nr. 2 WEG ergibt sich deshalb der Anspruch eines jeden Wohnungseigentümers gegenüber den anderen Wohnungseigentümern, bei der Herstellung eines erstmaligen ordnungsmäßigen Zustands der Wohnanlage entsprechend dem Aufteilungsplan und den Bauplänen mitzuwirken.<sup>3</sup> Aus der Verpflichtung

der Wohnungseigentümer, das gemeinschaftliche Eigentum instand zu setzen, folgt die Herstellungsverpflichtung gemäß dem Aufteilungsplan (§ 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG). Die Vorschrift ist auch auf Fehler und Mängel anzuwenden, die bereits bei Fertigstellung des Gebäudes bestanden haben.<sup>4</sup> Demnach bedürfen bauliche Veränderungen im Bereich des Gemeinschaftseigentums keiner Zustimmung gemäß § 22 WEG, wenn mit ihnen ein Zustand hergestellt wird, der dem Aufteilungsplan entspricht.<sup>5</sup> Der Anspruch besteht gegen die Wohnungseigentümer in ihrer Gesamtheit.<sup>6</sup> Ausnahmsweise richtet sich der Anspruch nur gegen einen Wohnungseigentümer, wenn allein seine Mitwirkung bei der Herstellung eines den Plänen entsprechenden Zustands genügt.<sup>7</sup>

#### b) Grenzen der Herstellungsverpflichtung

Der Anspruch auf Herstellung eines den Plänen entsprechenden Zustands kann jedoch nach Maßgabe der nachfolgenden Ausführungen eingeschränkt sein; er findet insbesondere seine Grenze im Rechtsgedanken des § 242 BGB<sup>8</sup> und besteht auch dann nicht, wenn § 22 WEG in der Gemeinschaftsordnung wirksam abbedungen ist.<sup>9</sup> Eine aus § 242 BGB und auch aus dem Rechtsgedanken des § 635 Abs. 3 BGB folgende Unverhältnismäßigkeit der Herstellung eines plangerechten

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 20.11.2015, V ZR 284/14, MittBayNot 2016, 505 (in diesem Heft), Ziffer II. 1. a); BGH, Urteil vom 14.11.2014, V ZR 118/13, NJW 2015, 2027, Rdnr. 20.

<sup>5</sup> BGH, Urteil vom 20.11.2015, V ZR 284/14, MittBayNot 2016, 505 (in diesem Heft), Ziffer II. 1. e); BGH, Urteil vom 14.11.2014, V ZR 118/13, NJW 2015, 2027, Rdnr. 7; BayObLG, Beschluss vom 4.12.2002, 2 Z BR 40/02, DNotZ 2003, 539.

<sup>6</sup> BGH, Urteil vom 20.11.2015, V ZR 284/14, MittBayNot 2016, 505 (in diesem Heft), Ziffer II. 1. d).

<sup>7</sup> BayObLG, Beschluss vom 26.5.2000, 2 Z BR 174/99, ZWE 2001, 73.

<sup>8</sup> BGH, Urteil vom 20.11.2015, V ZR 284/14, MittBayNot 2016, 505 (in diesem Heft), Ziffer II. 1. e) aa); BGH, Urteil vom 14.11.2014, V ZR 118/13, NJW 2015, 2027, Rdnr. 21; BayObLG, Beschluss vom 20.3.2002, 2 Z BR 178/01, ZWE 2002, 589.

<sup>9</sup> OLG Düsseldorf, Urteil vom 25.10.2007, I-10 U 24/07, ZMR 2008, 551; BayObLG, Beschluss vom 21.2.2002, 2 Z BR 145/01, ZWE 2002, 407, 409.

<sup>1</sup> MittBayNot 2016, 505 (in diesem Heft).

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 20.11.2015, V ZR 284/14, MittBayNot 2016, 505 (in diesem Heft), vgl. Tatbestandsschilderung des BGH.

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 20.11.2015, V ZR 284/14, MittBayNot 2016, 505 (in diesem Heft), Ziffer II. 1. d); BGH, Urteil vom 25.11.2014, V ZR 118/13, NJW 2015, 2027, Rdnr. 20; BayObLG, Beschluss vom 6.6.2002, 2 Z BR 124/01, ZWE 2002, 524; OLG Dresden, Beschluss vom 5.6.2008, 3 W 231/08, ZMR 2008, 812, 814; OLG Celle, Beschluss vom 21.4.2008, 4 W 216/07, ZMR 2009, 214.

Zustands besteht vor allem dann, wenn tiefgreifende Eingriffe in das Gemeinschaftseigentum erforderlich wären oder Kosten verursacht werden würden, die auch unter Berücksichtigung der berechtigten Belange der von der abweichenden Bauausführung unmittelbar betroffenen Wohnungseigentümer unverhältnismäßig sind. In einem solchen Falle sind die Wohnungseigentümer verpflichtet, den Aufteilungsplan so zu ändern, dass die Bauausführung dem Plan entspricht. Benachteiligte Wohnungseigentümer haben Anspruch auf eine Entschädigungszahlung durch die übrigen Wohnungseigentümer.<sup>10</sup>

## 2. Fallgruppen der planabweichenden Bauausführung

### a) Planabweichung bei Gebäudestandort

Zum Aufteilungsplan gehört ein amtlicher Lageplan, aus dem der Standort des Gebäudes auf dem Grundstück ersichtlich ist.<sup>11</sup>

Wird das Gebäude auf dem Baugrundstück an einem anderen Standort errichtet, als es dem Aufteilungsplan entspricht, wobei jedoch die Raumaufteilung von diesem nicht abweicht, so liegt eine wohnungseigentumsrechtlich unbeachtliche Änderung vor. Alle Einheiten und die Abgrenzung zwischen Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum können mit der sachenrechtlichen Bestimmtheit vorgenommen werden.<sup>12</sup> Das Wohnungseigentum entsteht gemäß dem Aufteilungsplan. Unabhängig hiervon können jedoch Ansprüche eines Käufers gemäß Kaufrecht oder Werkvertragsrecht entstehen.

### b) Nichterstellung von Einheiten

#### aa) Die schrittweise Entstehung von Wohnungseigentum

Wohnungseigentum kann schrittweise entstehen, und zwar derart, dass es bei jedem Miteigentumsanteil dann entsteht, wenn nach dem Baufortschritt das Sondereigentum eindeutig identifizierbar ist.<sup>13</sup>

#### bb) Keine Entstehung von Sondereigentum

Steht fest, dass im Aufteilungsplan vorgesehene und im Grundbuch bereits eingetragene (künftige) Einheiten nicht erstellt werden (beispielsweise bei einem Bauverbot<sup>14</sup>) oder ist tatsächlich die Bauausführung unmöglich, bleiben die entsprechenden (wohnungseigentumsrechtlich gebundenen) Miteigentumsanteile ohne Sondereigentum.<sup>15</sup> Die Unmög-

lichkeit der Bauausführung muss jedoch, um diese Konsequenz anzunehmen, eine objektive im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB sein<sup>16</sup> oder die teilungsplanmäßige Herstellung des Sondereigentums oder des Gemeinschaftseigentums muss – entsprechend dem Gedanken des § 635 Abs. 3 BGB – mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden sein und deshalb vom betroffenen Sondereigentümer oder von der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer verweigert werden. Bis dahin gilt der Grundsatz, dass Wohnungseigentum auch an einem erst noch zu errichtenden Bauwerk bestehen kann.<sup>17</sup> Die vorstehend zitierte Rechtsprechung ist zu § 306 BGB a. F. bzw. § 633 Abs. 2 Satz 2 BGB a. F. ergangen; sie ist jedoch auf die neue Rechtslage – § 275 Abs. 1, § 635 Abs. 3 BGB n. F. – zu übertragen.

Steht wegen objektiver Unmöglichkeit fest, dass überhaupt kein Sondereigentum real entstehen kann, so ist der Begründungsvorgang abgebrochen und die Gemeinschaft aufhebbar.<sup>18</sup>

#### cc) Teilweise Erstellung von Einheiten

Sind einzelne Einheiten vollständig erstellt, andere jedoch nicht, so hat dies auf den Bestand der Wohnungseigentümergeinschaft keinen Einfluss.<sup>19</sup> Dies gilt auch dann, wenn die noch nicht erstellten Einheiten wegen objektiver Unmöglichkeit gemäß § 275 Abs. 1 BGB oder unter Anwendung des Rechtsgedankens des § 635 Abs. 3 BGB nicht mehr erstellt werden. Die Wohnungseigentümer sind in diesen Fällen aufgrund ihrer auf dem Gemeinschaftsverhältnis beruhenden Treuepflicht verpflichtet, die Vereinbarung den veränderten Umständen anzupassen.<sup>20</sup>

Eine solche Anpassungsverpflichtung nimmt das BayObLG gemäß § 242 BGB auch für den Fall an, dass ein Wohnungseigentümer (Teileigentümer) einen gesamten Bauteil einer geplanten Anlage über lange Zeit hin nicht errichtet, der Errichtungswille unmittelbar nach Begründung des Eigentums aufgegeben wurde und die Erwerber der sonstigen, fertiggestellten Einheiten hiervon bereits bei ihrem Erwerb unterrichtet wurden.<sup>21</sup> Die Wohnungseigentümer seien in diesem Falle verpflichtet, den Miteigentumsanteil, der auf den nicht erstellten Bauteil entfällt, entschädigungslos zu übernehmen; dies gelte auch dann, wenn sich dadurch die Kostenlast der vorhandenen Einheiten erhöht. Die Entscheidung ist mit dem Prinzip der Rechtssicherheit nicht zu vereinbaren. Es wird das Unternehmerrisiko auf unbeteiligte Eigentümer abgewälzt.

#### dd) Gemeinschaftsaufhebung bei verfehlerter Zweckerreichung

Liegt die objektive Unmöglichkeit oder die Unzumutbarkeit der Erstellung oder auch die Aufgabe der Bauabsicht für das

<sup>10</sup> BGH, Urteil vom 20.11.2015, V ZR 284/14, MittBayNot 2016, 505 (in diesem Heft), Ziffer II. 1. e) aa); BGH, Urteil vom 14.11.2014, V ZR 118/13, NJW 2015, 2027, Rdnr. 21.

<sup>11</sup> OLG Hamm, Beschluss vom 20.05.1976, 15 W 255/72, DNotZ 1977, 308.

<sup>12</sup> BGH, Urteil vom 18.7.2008, V ZR 97/07, BGHZ 177, 338; *Rieckel/Schmid/Elzer/Schneider*, WEG, 4. Aufl. 2015, § 3 Rdnr. 88; *Müller*, Änderungen des sachenrechtlichen Grundverhältnisses der Wohnungseigentümer, 2010, S. 40 (künftig *Müller*, Grundverhältnis); *Bärmann/Armbrüster*, WEG, 13. Aufl. 2015, § 2 Rdnr. 71; *NK-BGB/Heinemann*, 4. Aufl. 2016, § 2 WEG Rdnr. 16; *Staudinger/Rapp*, WEG, 2005, § 3 Rdnr. 73 a.

<sup>13</sup> BGH, Urteil vom 6.6.1986, V ZR 264/84, NJW 1986, 2759; OLG Frankfurt, Beschluss vom 4.4.2011, 20 W 75/08, ZMR 2012, 30; *Staudinger/Rapp*, WEG, 2005, § 5 Rdnr. 48; *Rieckel/Schmid/Elzer/Schneider*, WEG, 4. Aufl. 2014, § 3 Rdnr. 131; *Bärmann/Armbrüster*, WEG, 13. Aufl. 2015, § 3 Rdnr. 35; *Hügel/Elzer*, WEG, 2015, § 3 Rdnr. 25; MünchKomm-BGB/*Commichau*, 7. Aufl. 2015, vor § 1 WEG Rdnr. 51; *Weitnauer/Briesemeister*, WEG, 9. Aufl. 2004, § 3 Rdnr. 67; *ders.*, DNotZ 1977, 225; *Streblov*, MittRhNK 1987, 141.

<sup>14</sup> BGH, Urteil vom 22.12.1989, V ZR 339/87, NJW 1990, 1111.

<sup>15</sup> *Hügel*, ZMR 2004, 550; *Bub*, WE 1991, 150.

<sup>16</sup> *Hügel*, ZMR 2004, 552; entgegen OLG Hamm, Beschluss vom 14.8.1990, 15 W 87/89, DNotZ 1992, 495, genügt hierfür eine planabweichende Bauausführung nicht; *Hauger*, DNotZ 1992, 500.

<sup>17</sup> *Hügel*, ZMR 2004, 551: „Unvollendetes Sondereigentum“; *Weitnauer/Briesemeister*, WEG, 9. Aufl. 2004, § 3 Rdnr. 43; *ders.*, MittBayNot 1991, 145; BayObLG, Beschluss vom 8.5.1991, BReg. 2 Z 33/91, BayObLGZ 1991, 167; OLG München, Beschluss vom 6.7.2010, 34 Wx 43/10, ZWE 2010, 459, 460.

<sup>18</sup> A. A. *Hügel/Elzer*, WEG, 2015, § 3 Rdnr. 98.

<sup>19</sup> *Hügel/Elzer*, WEG, 2015, § 3 Rdnr. 97; *Dreyer*, DNotZ 2007, 594, 604; *NK-BGB/Heinemann*, § 2 WEG Rdnr. 14.

<sup>20</sup> BayObLG, Beschluss vom 20.1.1967, BReg. 2 Z 64/66, BayObLGZ 1967, 25; *Hügel/Elzer*, WEG, 2015, § 3 Rdnr. 98; *Weitnauer/Briesemeister*, WEG, 9. Aufl. 2004, Rdnr. 44; *Müller*, Grundverhältnis, 52.

<sup>21</sup> BayObLG, Beschluss vom 7.11.2001, 2 Z BR 10/01, MittBayNot 2002, 43.

gesamte Bauvorhaben<sup>22</sup> vor, ist die Zweckerreichung für die Eigentümergemeinschaft ausgeschlossen. Hier kann jeder Eigentümer die Aufhebung der Wohnungseigentümergemeinschaft verlangen. § 11 WEG steht dem nicht entgegen, da er die Zerschlagung wirtschaftlicher Werte vermeiden will. Diese liegen im gegebenen Falle wegen Nichterstellung des Bauwerks jedoch gar nicht vor. Man wird deshalb § 11 Abs. 1 Satz 3 WEG teleologisch einschränkend in dem Sinne auslegen müssen, dass er (auch bei Fehlen einer entsprechenden Vereinbarung) nicht gilt, wenn die Bauerstellung aus rechtlichen Gründen (§ 275 Abs. 1, § 635 Abs. 3 BGB) ausgeschlossen ist.<sup>23</sup> Eine Umdeutung der Wohnungseigentumsbegründung dahingehend, dass die Miteigentümer das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, ausgeschlossen haben, findet nicht statt. Eine solche „Vereinbarung“ geht zwar kraft Gesetzes mit der Wohnungseigentumsbegründung einher; bei Nichterstellung des Bauwerks fehlt jedoch in aller Regel der Grund für eine solche Vereinbarung.

### c) Zusätzliche Einheiten

Werden zusätzliche, im Aufteilungsplan nicht vorgesehene Einheiten oder auch nur Räume außerhalb des Umfangs des im Aufteilungsplan vorgesehenen Bauvolumens errichtet, so stehen diese Einheiten bzw. Räume im gemeinschaftlichen Eigentum.<sup>24</sup> Diese Einheiten können nur im Wege der §§ 3, 4 WEG in Sondereigentum überführt werden.<sup>25</sup> Eine Zustimmung zu einer baulichen Änderung gemäß § 22 WEG begründet schon wegen mangelnder Formwahrung kein Sondereigentum.<sup>26</sup> Es ist eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung erforderlich, aus der sich die Sondereigentumsfähigkeit ergibt. Die Nachreichung eines geänderten Plans alleine zum Grundbuchamt genügt nicht; dieser kann eine formpflichtige Einigung über die Rechtsänderung von Gemeinschaftseigentum zum Sondereigentum nicht ersetzen.

### d) Abweichungen innerhalb des Sondereigentums

Nach dem Zweck des Aufteilungsplans, die Grenzen zwischen den Sondereigentumseinheiten und zum Gemeinschaftseigentum hin zu dokumentieren, sind Abweichungen der Bauausführung innerhalb des Sondereigentums, soweit dadurch dessen Grenzen zu anderem Sondereigentum und zu Gemeinschaftseigentum nicht verändert werden, unbe-

achtlich.<sup>27</sup> Dasselbe gilt, wenn eine Wohnung innerhalb ihrer Außengrenzen in zwei Wohnungen unterteilt wird.<sup>28</sup>

Kritisch hierzu äußert sich *Soergel/Stürner*: Der Aufteilungsplan sei in diesen Fällen nicht mehr erfüllt und sinke zur reinen Förmerei herab.<sup>29</sup> Es dürfe nicht nur auf die Begrenzungswände abgestellt werden, weil alsdann entgegen dem Aufteilungsplan tragende Wände versetzt werden könnten oder ein Einwirken auf Gemeinschaftseigentum anderer Art (Installationseinrichtungen, Treppenhäuser) möglich sei.

Dem ist entgegenzuhalten, dass das Verhindern von unzulässigen Einwirkungen auf das Gemeinschaftseigentum Aufgabe der Wohnungseigentümergemeinschaft ist.<sup>30</sup> Der Aufteilungsplan erbringt nur den Beweis dafür, wo sich welches Gemeinschaftseigentum befindet. Dies zeigt auch ein Blick auf das allgemeine Grundstücksrecht: Wo sich eine Grundstücksgrenze in der Natur befindet, wird durch den amtlichen Lageplan nachgewiesen. Mit ihm kann ein Nachbar beweisen, dass über die Grenze hinweg unzulässige Einwirkungen vorgenommen werden. Sich dagegen zu wehren, ist jedoch allein Angelegenheit des gestörten Nachbarn, wozu ihm der amtliche Lageplan als Beweismittel dient.

### e) Abweichungen zwischen verschiedenem Sondereigentum und/oder Gemeinschaftseigentum

#### aa) Abweichungen bezüglich ganzer Räume und bezüglich eines Teils eines Raums

#### aaa) Planabweichende Bauausführung, schuldrechtliche Vereinbarungen und Grundbuchlage

Gemäß § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WEG ist der Eintragungsbewilligung der behördlich bestätigte Aufteilungsplan beizufügen. Dieser ist Bestandteil der Eintragungsbewilligung und wird damit Teil des Bestandsverzeichnisses und des Wohnungsbuch selbst.<sup>31</sup> Eine vom Aufteilungsplan abweichende Bauausführung begründet keine Unrichtigkeit des Grundbuchs.<sup>32</sup> Dies gilt selbst dann, wenn zwischen den Beteiligten Abreden darüber getroffen worden sind, dass abweichend vom Aufteilungsplan gebaut werden soll. Eine solche Vereinbarung betrifft die Änderung des Gegenstands des Sondereigentums und unterliegt der Formpflicht gemäß den § 4 Abs. 2 WEG, §§ 311b, 925 BGB. Nur wenn durch eine dinglich wirksame Änderung des Gegenstands des Sondereigen-

<sup>22</sup> Müller, Grundverhältnis, S. 52.

<sup>23</sup> Für eine Analogie zu § 11 Abs. 1 Satz 3 WEG treten ein *Staudinger/Kreuzer*, WEG, 2005, § 11 Rdnr. 20; *Bärman/Suilmann*, WEG, 13. Aufl. 2015, § 11 Rdnr. 24; *Rieckel/Schmid/Elzer/Schneider*, WEG, 4. Aufl. 2015, § 11 Rdnr. 19.

<sup>24</sup> BGH, Urteil vom 30.6.1995, V ZR 118/94, BGHZ 130, 159, 169; OLG Celle, Beschluss vom 28.5.2008, 4 W 33/08, ZWE 2009, 128 m. zust. Anm. *Hügel*, ZWE 2009, 131; BayObLG, Beschluss vom 14.3.1990, BReg. 1b Z 7/89, NJW-RR 1990, 657; BayObLG, Beschluss vom 28.9.1981, BReg. 2 Z 68/81, DNotZ 1982, 244; BayObLG, Beschluss vom 19.3.1973, BReg. 2 Z 5/73, DNotZ 1973, 611; *Schmid/Rieckel/Elzer/Schneider*, WEG, 4. Aufl. 2015, § 3 Rdnr. 91; *Hügel/Elzer*, WEG, 2015, § 3 Rdnr. 85; NK-BGB/*Heinemann*, 4. Aufl. 2016, § 2 WEG Rdnr. 14; OLG Stuttgart, Beschluss vom 6.10.1978, 8 W 480/77, OLGZ 1979, 21; OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.11.1976, 9 U 58/76, OLGZ 1977, 467; *Palandt/Bassenge*, 75. Aufl. 2016, § 2 WEG Rdnr. 6; Müller, Grundverhältnis, S. 52.

<sup>25</sup> BayObLG, Beschluss vom 9.10.1973, BReg. 2 Z 48/73, BayObLGZ 1973, 267; *Bub*, WE 1991, 150.

<sup>26</sup> *Hügel*, ZWE 2009, 131.

<sup>27</sup> *Rieckel/Schmid/Elzer/Schneider*, WEG, 4. Aufl. 2014, § 3 Rdnr. 89; *Bärman/Armbrüster*, WEG, 13. Aufl. 2015, § 2 Rdnr. 75; *Hügel/Elzer*, WEG, 2015, § 3 Rdnr. 84; NK-BGB/*Heinemann*, § 2 WEG Rdnr. 12; *Grziwotz*, DNotZ 2009, 405, 407; *Ritzinger*, BWNotZ 1988, 9; „Zweckirrelevante Abweichung“; *Bub*, WE 1991, 127; Müller, Grundverhältnis, S. 50; BayObLG, Beschluss vom 4.8.1988, BReg. 2 Z 57/88, MittBayNot 1988, 236; BayObLG, Beschluss vom 1.10.1981, BReg. 2 Z 84/80, BayObLGZ 1981, 332; BayObLG, Beschluss vom 20.1.1967, BReg. 2 Z 64/66, BayObLGZ 1967, 25 ff.; OLG Frankfurt, Beschluss vom 4.4.2011, 20 W 75/08, ZMR 2012, 30, 31; OLG Köln, Beschluss vom 23.6.1982, 2 Wx 17/82, Rpfleger 1982, 374; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.6.1969, 3 W 33/69, DNotZ 1970, 42; OLG Hamm, Beschluss vom 12.2.2006, 15 W 163/05, DNotI-Rep 2006, 153; OLG Hamm, Beschluss vom 11.6.1986, 15 W 452/85, Rpfleger 1986, 374.

<sup>28</sup> Müller, Grundverhältnis, S. 50.

<sup>29</sup> *Soergel/Stürner*, BGB, 13. Aufl. 2001 ff., § 7 WEG Rdnr. 10.

<sup>30</sup> OLG Hamm, Beschluss vom 12.2.2006, 15 W 163/05, DNotI-Rep 2006, 153.

<sup>31</sup> *Lutter*, AcP 164, 142 Fn. 73.

<sup>32</sup> BGH, Urteil vom 20.11.2015, V ZR 284/14, MittBayNot 2016, 505 (in diesem Heft), Ziffer II. 1. c) bb); OLG Zweibrücken, Beschluss vom 25.9.2006, 3 W 213/05, ZWE 2006, 187.

tums die Rechtslage geändert ist, entsteht das Sondereigentum mit dem Umfang, mit dem es nachträglich vereinbart wurde. Rein obligatorische Vereinbarungen, selbst wenn sie formgerecht getroffen sein sollten, ändern am dinglichen Inhalt des Grundbuchs nichts.<sup>33</sup> Jedoch sind die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB), nach denen ausnahmsweise die Beachtung gesetzlicher Formvorschriften entbehrlich sein kann, auf das Wohnungseigentum für den Fall einer einvernehmlichen planabweichenden Bauausführung anwendbar.<sup>34</sup>

Die Rechtslage ist vergleichbar mit einer Veränderung der Grundstücksgrenzen durch eine Vermessung: Der Umfang des Grundstückseigentums wird durch einen solchen Vorgang nicht berührt, selbst wenn schuldrechtlich wirksame (formgerechte) Vereinbarungen hierzu getroffen worden sein sollten. Die dingliche Rechtsänderung tritt erst mit der Übertragung des Messungsergebnisses in das Grundbuch, bei damit einhergehenden Eigentumsänderungen aufgrund Auflassung, ein. Dies folgt aus der Eigentumsqualität des Sondereigentums.

### bbb) Die sachenrechtliche Grenze des Aufteilungsplans

Wird demnach bei zwei nebeneinander liegenden Wohnungen ein kompletter Raum der einen Wohnung im Zuge der Bauausführung der anderen Wohnung zugeschlagen, so bleibt dennoch die Grenzziehung zwischen beiden Sondereigentumseinheiten unverändert.<sup>35</sup> Die Situation ist vergleichbar mit einer Vermessung, die in Natur ausgeführt, im amtlichen Messungsergebnis niedergelegt, aber wegen fehlender Auflassung (noch) nicht in das Grundbuch übertragen wurde: Sie ändert die Eigentumsverhältnisse nicht. Werden deshalb Räume, die im gemeinschaftlichen Eigentum stehen, baulich in eine Wohnung einbezogen, dann führt dies nicht zur Entstehung von Sondereigentum, unabhängig davon, ob die Einbeziehung unverschuldet oder mit Erlaubnis der übrigen Wohnungseigentümer geschieht.<sup>36</sup> Der entschuldigte oder erlaubte Überbau ändert nichts am Eigentum an den Grundstücken, das allein in das Grundbuch eingetragen wird.<sup>37</sup> Bauliche Abweichungen bewirken deshalb keine Unrichtigkeit des Grundbuchs.<sup>38</sup> Der abgetrennte Raum ist bezüglich derjenigen Wohnung, der er zugeschlagen werden sollte, nicht in sich abgeschlossen. Der Zustand verstößt deshalb gegen § 3 Abs. 2 WEG, was jedoch, da es sich insoweit um eine Sollvorschrift handelt, nichts an der Rechtslage ändert.<sup>39</sup>

### bb) Planabweichende Bauausführung und Eigentumsverhältnisse bezüglich Teilen von Räumen

Bei Abweichungen zwischen dem Aufteilungsplan und der tatsächlichen Bauausführung bezüglich Teilen von Räumen werden die Eigentumsverhältnisse an den Flächen, die von der Abweichung betroffen sind, umstritten beurteilt:

– Bei unwesentlichen Abweichungen zum Aufteilungsplan soll Sondereigentum entsprechend der tatsächlichen Bauausführung entstehen unter der Voraussetzung, dass eine unzweifelhafte Identifizierung – entsprechend dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz – der jeweiligen Einheiten

<sup>33</sup> Lutter, AcP 164, 145, insb. Fn. 87.

<sup>34</sup> BayObLG, Beschluss vom 31.7.2003, 2 Z BR 24/03, DNotZ 2004, 147.

<sup>35</sup> BayObLG, Beschluss vom 30.7.1998, 2 Z BR 9/98, DNotZ 1999, 212; Bärmann/Armbrüster, WEG, 13. Aufl. 2015, § 2 Rdnr. 74.

<sup>36</sup> BayObLG, Beschluss vom 5.5.1993, 2 Z BR 115/93, DNotZ 1993, 741.

<sup>37</sup> KG, Beschluss vom 18.7.2001, 24 W 7365/00, ZfIR 2001, 747.

<sup>38</sup> BGH, Urteil vom 20.11.2015, V ZR 284/14, MittBayNot 2016, 505 (in diesem Heft), Ziffer II. 1. c) bb).

<sup>39</sup> Lutter, AcP 164, 147.

anhand des Plans am Bau möglich ist.<sup>40</sup> Die Aufteilungspläne sind entsprechend der Bauausführung anzupassen und zum Grundbuchamt einzureichen.<sup>41</sup>

Die Schwierigkeit dieser Lösung liegt in der Abgrenzung der wesentlichen zur unwesentlichen Abweichung<sup>42</sup> oder, wie Soergel/Stürner schreibt, der „minimalen Abweichung“.<sup>43</sup> Sollte man dieser Meinung beitreten, so könnten nur solche Abweichungen als unwesentlich betrachtet werden, die nach den allgemeinen Regeln der Baukunst im Rahmen der dort gültigen Toleranzgrenzen liegen. Diese werden mit 3 % der Sondereigentumsfläche angegeben.<sup>44</sup>

– Liegt dagegen eine wesentliche Abweichung vor, so soll Sondereigentum nur in den Grenzen des Aufteilungsplans, also nicht entsprechend der tatsächlichen Bauausführung, entstehen.<sup>45</sup> An einem Raum könnten dabei verschiedene Eigentumsverhältnisse bestehen und zwar sowohl verschiedene Sondereigentumsflächen als auch eine Sondereigentumsfläche und Gemeinschaftseigentumsfläche.

### cc) Der Aufteilungsplan als rechtliche Grenze des Sondereigentums

Die Lösung zu den unter bb) dargestellten Auflassungen lässt sich nur durch Besinnung darauf finden, dass Sondereigentum echtes Eigentum im Sinne des Zivilrechts darstellt<sup>46</sup> und dass deshalb für Eigentumsänderungen bei ihm die Vorschriften über die Änderung von Grundstückseigentum anwendbar sind. Danach kann eine rechtliche Grenze nur durch Auflassung und Grundbucheintragung gemäß § 4 WEG, §§ 873, 925 BGB geändert werden.<sup>47</sup> Für das Wohnungseigentum bedeutet dies, dass Sondereigentum nur in den Grenzen des Aufteilungsplans entsteht. Nur dieser ist maßgeblich für die Grenze zwischen verschiedenem Sondereigentum sowie

<sup>40</sup> Grundlegend Lutter, AcP 164, 148 f.; BayObLG, Beschluss vom 9.10.1973, BReg. 2 Z 48/73, BayObLGZ 1973, 267; Bärmann/Armbrüster, a. a. O., § 2 Rdnr. 77; NK-BGB/Heinemann, § 2 WEG Rdnr. 17; Thoma, RNotZ 2008, 121, 138; Armbrüster, ZWE 2005, 182, 188; Riecke/Schmid/Elzer/Schneider, a. a. O., § 3 Rdnr. 90; BayObLG, Beschluss vom 15.12.1989, BReg. 2 Z 130/89, BayObLGZ 1989, 470; BayObLG, Beschluss vom 3.4.1980, BReg. 2 Z 73/79, DNotZ 1980, 745; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27.1.1972, 11 W 53/71, DNotZ 1973, 237; OLG Karlsruhe, Urteil vom 1.7.1993, 9 U 351/91, NJW-RR 1993, 1294; OLG Celle, Urteil vom 15.6.1979, 4 U 30/79, OLGZ 1981, 106, 108; OLG Düsseldorf, Urteil vom 15.11.1976, 9 U 58/76, OLGZ 1977, 469; a. A. Röll, MittBayNot 1991, 242; ders., WE 1991, 340, der eine Definition der „unwesentlichen Abweichung“ nicht für möglich hält; Hügel/Elzer, a. a. O., § 3 Rdnr. 90; Staudinger/Rapp, a. a. O., § 3 Rdnr. 78.

<sup>41</sup> OLG Celle, Urteil vom 15.6.1979, 4 U 30/79, OLGZ 1981, 106; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27.1.1972, 11 W 53/71, DNotZ 1973, 237.

<sup>42</sup> Hügel, PiG 93, 156.

<sup>43</sup> Soergel/Stürner, BGB, a. a. O., § 7 WEG Rdnr. 10.

<sup>44</sup> Bärmann/Armbrüster, a. a. O., § 2 Rdnr. 77; Armbrüster, ZWE 2005, 188.

<sup>45</sup> Merle, WE 1989, 116; ders., WE 1992, 11; Bub, WE 1991, 127; Bärmann/Armbrüster, a. a. O., § 2 Rdnr. 79; § 5 Rdnr. 13 f.; für Gemeinschaftseigentum bei „gravierenden Abweichungen“ NK-BGB/Heinemann, § 2 WEG Rdnr. 17.

<sup>46</sup> BGH, Urteil vom 19.12.1991, V ZB 27/90, BGHZ 116, 395; BGH, Urteil vom 17.1.1968, V ZB 9/67, BGHZ 49, 250; Staudinger/Rapp, a. a. O., § 1 Rdnr. 14 ff.

<sup>47</sup> OLG Hamm, Beschluss vom 10.6.1999, 15 W 11/99, MittBayNot 1999, 561.

Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum.<sup>48</sup> Bei planabweichender Bauausführung können deshalb an einem Raum verschiedene Eigentumsverhältnisse bestehen, die durch die nicht sichtbare Grenze des Aufteilungsplans („Luftschranke“) getrennt werden.<sup>49</sup> Die beiden Räume sind damit gegeneinander nicht abgeschlossen. Dies ändert an der Wirksamkeit des entstandenen Wohnungseigentums nichts, § 3 Abs. 2 WEG, da das Erfordernis der Abgeschlossenheit lediglich eine Sollvorschrift ist.

Demgegenüber sieht *Hügel* das Problem nicht in der fehlenden Abgeschlossenheit, sondern in dem Fehlen der Sondereigentumsfähigkeit, da bei zwei geplanten Raumeinheiten, die nicht physisch getrennt sind, *ein Raum* vorliege; durch die fehlende Trennwand gehe die Raumeigenschaft verloren.<sup>50</sup> Ausgangspunkt für die wirksame Begründung von Sondereigentum sei das Vorhandensein eines physikalischen Raums.<sup>51</sup> Dieser Meinung sollte jedoch nicht gefolgt werden. Die Trennwand kann jederzeit erstellt werden, sodass der physikalische Raum entsteht. Auch im Allgemeinen Grundstücksrecht geht man nicht davon aus, dass ein rechtlich irregulärer Zustand besteht, wenn eine Grenzanlage (z. B. Grenzmauer, Grenzsteine) zwischen zwei Grundstücken nicht besteht. Wegen der fehlenden Trennwand besteht eine Anwartschaft, die sich zum Vollrecht wandelt, wenn der Raum hergestellt ist und damit Sondereigentum gemäß dem Plan endgültig entstanden ist.

Mit dieser Sicht der Rechtslage stimmt es auch überein, dass der Aufteilungsplan Inhalt des Grundbuchs wird und damit an dessen öffentlichen Glauben gemäß § 891 BGB teilnimmt. Die aus dem Aufteilungsplan ersichtlichen Abgrenzungen haben deshalb die Richtigkeitsvermutung des § 891 BGB für sich.<sup>52</sup>

Die vorstehend zitierten Fälle aus der Rechtsprechung betreffen jeweils die Frage, ob durch eine planabweichende Bauausführung eine Rechtsänderung bewirkt werden kann. Sie ist deshalb auf die Konstellation, in der eine vom ursprünglichen Aufteilungsplan abweichende Bebauung besteht, die zu gar keiner Rechtsänderung führen kann, nicht anwendbar.<sup>53</sup> Dies betrifft Fälle, in denen durch die Bauausführung weder das Sondereigentum eines anderen Wohnungseigentümers noch das gemeinschaftliche Eigentum betroffen sind. Zu denken ist an den Fall, dass einem Wohnungseigentümer der Ausbau eines Dachspeicherraums samt einer Erhöhung des Kniestockes und daraus folgender Anhebung des Dachs durch die Gemeinschaftsordnung gemäß § 22 Abs. 1 WEG gestattet ist. Das dadurch entstehende zusätzliche Raumvolumen steht in seinem Sondereigentum. Die Annahme, dieses zusätzliche Raumvolumen sei Gemeinschaftseigentum und bedürfe einer auflassungsmäßigen Umwandlung in Sondereigentum, geht

an der rechtstatsächlichen Situation vorbei. Irgendein Rechtsverlust eines anderen Wohnungseigentümers ist nicht erkennbar.<sup>54</sup> Eine sich aus dem Gemeinschaftsverhältnis ergebende Verpflichtung der Wohnungseigentümer, bei einem gestatteten Ausbau des Dachgeschosses der Umwandlung von Gemeinschaftseigentum in Sondereigentum zuzustimmen muss deshalb nicht angenommen werden.<sup>55</sup>

#### dd) Überbaurecht oder plangerechte Herstellung?

Die primären Rechtsfolgen einer planabweichenden Bauausführung können entweder in dem Anspruch eines jeden Wohnungseigentümers gegenüber allen anderen Wohnungseigentümern auf Herstellung eines Bauzustands, der dem Aufteilungsplan entspricht, oder in der Anwendung des Überbaurechts bestehen.

– Die entsprechende Anwendung des Überbaurechts gemäß §§ 912 ff. BGB auf das Wohnungseigentum setzt voraus, dass ein Nachbarschaftsverhältnis zwischen zwei Wohnungseigentümern besteht. Ein Überbau ist danach rechtmäßig, wenn er nur in leichter Fahrlässigkeit erfolgte und der Nachbar nicht unverzüglich widersprochen hat oder wenn der Nachbar, zu dem hinüber gebaut wurde, dem zugestimmt hat.<sup>56</sup> Eine Nachbarschaftssituation ist dabei auch für den Fall anzunehmen, dass die Zustimmung zum Überbau vom Bauträger mit einem Wohnungseigentumserwerber vereinbart wurde. In diesen Fällen kann demnach, wie beim Überbau eines Grundstücks, kein Rückbau entsprechend den Vorgaben des Aufteilungsplans verlangt werden. Etwas anderes gilt jedoch, wenn das Wohnungseigentum, das teilweise überbaut werden soll, bereits an einen Dritten veräußert ist und für diesen eine Auflassungsvormerkung eingetragen ist. Die Zustimmung des Bauträgers zum Überbau ist eine vertragswidrige Verfügung, die der Käufer aufgrund der Vormerkungswirkung (§§ 883, 888 BGB) beseitigen kann. Diese Durchsetzung basiert jedoch auf einem schuldrechtlichen Anspruch, nicht aufgrund einer wohnungseigentumsrechtlichen Verpflichtung.

– Liegen die Voraussetzungen der §§ 912 ff. BGB beim wohnungseigentumsrechtlichen Überbau nicht vor, z. B. weil der Überbau vorsätzlich oder grob fahrlässig, jedenfalls ohne Einverständnis des Eigentümers des überbauten Sondereigentums, ausgeführt wurde, so kann der Eigentümer der überbauten Einheit von den anderen Wohnungseigentümern den Rückbau und die Herstellung eines dem Aufteilungsplan entsprechenden Zustands verlangen. Der überbauende Wohnungseigentümer ist in diesem Falle nicht schutzwürdig. Dies sieht auch der BGH so.<sup>57</sup> Er lehnt die Anwendung des Überbaurechts im entschiedenen Falle zutreffend ab, da es sich, wie sich aus dem Tatbestand des Urteils ergibt, ganz offensichtlich um eine einseitige Maßnahme des Bauträgers gehandelt hat. Eine Nachbarschaftssituation lag nicht vor. Die Frage, ob ein Rückbau auch dann verlangt werden kann, wenn die Voraussetzungen für einen zu dulddenden Überbau vorliegen, musste vom BGH nicht entschieden werden.

<sup>48</sup> BGH, Urteil vom 20.11.2015, V ZR 284/14, MittBayNot 2016, 505 (in diesem Heft), Ziffer II. 1. a) bb); BGH, Urteil vom 18.7.2008, V ZR 97/07, BGHZ 177, 338 = DNotZ 2009, 51; BayObLG, Beschluss vom 30.7.1998, 2 Z BR 9/98, DNotZ 1999, 214; KG, Beschluss vom 18.7.2001, 24 W 7365/00, ZfIR 2001, 747; OLG Frankfurt, Beschluss vom 4.4.2011, 20 W 75/08, ZMR 2012, 31; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 8.3.2006, 3 W 246/05, ZWE 2006, 186; Müller, Grundverhältnis, S. 47.

<sup>49</sup> BGH, Urteil vom 18.7.2008, V ZR 97/07, BGHZ 177, 338, Rdnr. 12; Klein, ZWE 2008, 450 re; Schmidt, ZWE 2008, 424 li.

<sup>50</sup> PiG 93, 157; ebenso *Hügel/Elzer*, a. a. O., § 3 Rdnr. 91.

<sup>51</sup> *Hügel*, a. a. O.

<sup>52</sup> BGH, Urteil vom 2.12.2005, V ZR 11/05, DNotZ 2006, 364 – die Entscheidung betrifft das Liegenschaftskataster, ist jedoch auf den Aufteilungsplan ebenfalls anwendbar.

<sup>53</sup> Vgl. Ott, ZWE 2013, 158 re.

<sup>54</sup> Für Gemeinschaftseigentum in diesem Falle jedoch DNotI-Gutachten, Abruf-Nr. 105290; OLG München, Beschluss vom 5.10.2006, 32 Wx 121/06, DNotI-Rep 2007, 78.

<sup>55</sup> BGH, Urteil vom 1.10.2004, V ZR 210/03, NZM 2004, 876, 878; *Hügel*, RNotZ 2005, 152.

<sup>56</sup> BGH, Urteil vom 30.4.1958, V ZR 178/56, BGHZ 27, 197; BGH, Urteil vom 22.2.1974, V ZR 103/73, BGHZ 62, 141; *Staudinger/Rapp*, a. a. O., § 1 Rdnr. 30; gegen die Anwendung des Überbaurechts NK-BGB/*Heinemann*, § 2 WEG Rdnr. 17.

<sup>57</sup> BGH, Urteil vom 20.11.2015, V ZR 284/14, MittBayNot 2016, 505 (in diesem Heft), Ziffer II. 1. c) aa).

### ee) Grenzen des Herstellungsanspruchs, Verjährung

Der Anspruch auf Herstellung eines dem Aufteilungsplan entsprechenden Zustands richtet sich von dem Wohnungseigentümer, der dies beansprucht, gegen alle anderen Wohnungseigentümer und ist abhängig davon, wie die dingliche Eigentumszuordnung bezüglich einer erstmalig herzustellenden Wand ist.<sup>58</sup> Sie ist von allen Wohnungseigentümern kostenmäßig zu tragen und gemäß § 14 Nr. 4 WEG zu dulden.<sup>59</sup> Für die Kostenverteilung ist maßgeblich entweder der Verteilungsschlüssel des § 16 Abs. 2 WEG oder der in der Gemeinschaftsordnung vereinbarte Kostentragungsschlüssel.

Der BGH setzt jedoch dem Verlangen auf Herstellung gemäß dem Aufteilungsplan Grenzen, die sich aus § 242 BGB ergeben.<sup>60</sup> Ergänzend sollte auch der Rechtsgedanke des § 635 Abs. 3 BGB herangezogen werden.

Der Anspruch eines jeden Wohnungseigentümers gegenüber den anderen Wohnungseigentümern auf Herstellung eines dem Aufteilungsplan entsprechenden Zustands unterliegt der Regelverjährung gemäß §§ 195, 199 BGB.<sup>61</sup> Die Verjährungsfrist beginnt zu dem Zeitpunkt, in dem der Gläubiger von dem Anspruch Kenntnis erlangt oder seine Unkenntnis auf eine grobe Fahrlässigkeit zurückzuführen ist. Diese Verjährung wirkt auch gegenüber einem Sonderrechtsnachfolger. Andernfalls ließe sich durch eine Veräußerung die Verjährungswirkung umgehen. Ein Rechtsnachfolger muss sich die bei seinem Rechtsvorgänger angelaufene Verjährung daher zurechnen lassen.<sup>62</sup> Der Eintritt der Verjährung hindert nicht den Rückbau rechtswidriger baulicher Veränderungen durch die Wohnungseigentümergeinschaft als Maßnahme der Instandsetzung gemäß § 21 Abs. 4 und 5 Nr. 2 WEG.<sup>63</sup> Der Rückbau entspricht ordnungsgemäßer Verwaltung, da er einen rechtswidrigen Zustand beseitigt. Geht allerdings mit der planwidrigen Bauausführung eine vereinbarungswidrige Nutzung des Gemeinschaftseigentums oder auch des Sondereigentums einher, so unterliegt der Anspruch auf Unterlassung dieser zweckwidrigen Nutzung faktisch keiner Verjährung, da jede Nutzungshandlung einen neuen Verstoß darstellt, der neue Unterlassungsansprüche auslöst. Für diese läuft dann jeweils eine eigene Verjährung neu an.<sup>64</sup>

Angesichts der kurzen Verjährungsfrist dürfte sich die Frage der Verwirkung des Anspruchs auf planentsprechende Herstellung des Gemeinschaftseigentums nicht mehr stellen.<sup>65</sup>

### ff) Überbaurecht bei zu duldender planabweichender Bauausführung

Für die planabweichende Bauausführung, bei der ein Rückbau nicht verlangt werden kann (siehe I. 2. e) dd), ist das Er-

gebnis nach den Regeln des Überbaus (§§ 912 ff. BGB) zu finden.<sup>66</sup> Da die planabweichende Bauausführung im WEG nicht geregelt ist, bietet sich eine analoge Anwendung der Vorschriften über den Überbau (§§ 912 ff. BGB) an. Beiden Konstellationen ist gemeinsam, dass bei der Bauausführung die rechtlich relevante Grenze nicht beachtet wurde. Beim wohnungseigentumsrechtlichen Überbau müssen jedoch auch die sonstigen Voraussetzungen der §§ 912 ff. BGB gegeben sein. Bezüglich der Wohnfläche, die planmäßig zu einer anderen Wohnung gehören würde und die überbaut ist, ist das Sondereigentum (noch) nicht entstanden; es verbleibt insoweit bei der Anwartschaft auf die Entstehung des Sondereigentums. Ist eine im Gemeinschaftseigentum stehende Fläche überbaut worden, so gilt dasselbe. Liegt ein nach § 912 BGB zu duldender Überbau vor, steht der überbaute Gebäudeteil im Eigentum des überbauenden Eigentümers des Stammgrundstücks.<sup>67</sup> Genauso verhält es sich beim Wohnungseigentum. Der überbaute Raumteil steht im Eigentum des überbauenden Wohnungseigentümers und ist wesentlicher Bestandteil des Miteigentumsanteils desjenigen Wohnungseigentums, von dem aus überbaut wird. An der überbauten Wohnfläche bestehen sonach das Anwartschaftsrecht des planmäßigen Eigentümers und das Sondereigentum des überbauenden Wohnungseigentümers. Der Raum im wohnungseigentumsrechtlichen Sinne setzt sich hier zusammen aus demjenigen Teil, der dem Aufteilungsplan entspricht und aus demjenigen, der sich aus der Überbauung ergibt.<sup>68</sup> Allerdings hat dieses Sondereigentum – genauso wie das Gebäudeeigentum beim Überbau nach § 912 BGB – nicht dieselbe Qualität wie das planmäßige Sondereigentum. Das Sondereigentum des Überbaus besteht nämlich nur solange, als der Zustand des Überbaus besteht. Wird dieser Zustand beseitigt und dem Plan entsprechend gebaut, so erlischt das Recht des Überbaus und damit auch das Eigentumsrecht an dem überbauten Wohnraum. Ein Recht auf erneuten Überbau besteht nicht. Damit ist es ausgeschlossen, dass an ein und demselben Raum mehrere verschiedene Eigentumsverhältnisse bestehen. Das Recht auf Beibehaltung des Überbaus ist mit dem Wohnungseigentum, von dem aus überbaut worden ist, untrennbar im Sinne des § 96 BGB verbunden und daher wesentlicher Bestandteil dieses Wohnungseigentums. Es geht zusammen mit der rechtsgeschäftlichen Veräußerung bzw. durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung auf den Erwerber über.<sup>69</sup> Dieser Raum kann daher, auch wenn er in sich abgeschlossen sein sollte oder die Abgeschlossenheit hergestellt werden könnte, nicht Gegenstand des Rechtsverkehrs sein, d. h. er kann nicht von der „herrschenden“ Wohnung abgetrennt und mit einem anderen Miteigentumsanteil verbunden werden. Die Duldungspflicht des Wohnungseigentümers der überbauten Fläche erlischt mit der tatsächlichen Beseitigung des Überbaus.<sup>70</sup>

### gg) Die Ansprüche des duldungspflichtigen Wohnungseigentümers

Für das Verhältnis der beteiligten Eigentümer untereinander gelten die gesetzlichen Vorschriften der §§ 912 ff. BGB: Danach ist von demjenigen Wohnungseigentümer, der von seiner Wohnung aus überbaut hat, an den Eigentümer der überbau-

<sup>58</sup> BGH, Urteil vom 20.11.2015, V ZR 284/14, MittBayNot 2016, 505 (in diesem Heft), Ziffer II. 1. d).

<sup>59</sup> BGH, Urteil vom 20.11.2015, V ZR 284/14, MittBayNot 2016, 505 (in diesem Heft), Ziffer II. 1. a).

<sup>60</sup> BGH, Urteil vom 20.11.2015, V ZR 284/14, MittBayNot 2016, 505 (in diesem Heft), Ziffer II. 1. e); siehe oben Abschn. I. 1. b).

<sup>61</sup> OLG Braunschweig, Beschluss vom 8.2.2010, 3 W 1/10, ZMR 2010, 626; Klimesch, ZMR 2012, 428, 429; Schoch, ZMR 2007, 427; a. A. Hügel, PiG 93, 159, der unter Anwendung von § 902 BGB von Unverjährbarkeit ausgeht.

<sup>62</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.3.2009, I-3 Wx 60/08, ZMR 2009, 706; Schmidt, ZWE 2008, 289; OLG Hamm, Beschluss vom 4.12.2008, 15 Wx 198/08, ZMR 2009, 386.

<sup>63</sup> Klimesch, ZMR 2012, 428, 429; vgl. auch BGH, Urteil vom 28.1.2011, V ZR 141/10, NJW 2011, 1068.

<sup>64</sup> Abramenko, ZMR 2010, 737, 738.

<sup>65</sup> Vgl. OLG München, Beschluss vom 27.9.2006, 34 Wx 59/06, ZMR 2007, 557, 560.

<sup>66</sup> Bamberger/Roth/Hügel, BGB, 3. Aufl. 2012, § 3 Rdnr. 21; ders., PiG, 93, 157; Hügel/Elzer, WEG, 2015, § 3 Rdnr. 92; Bub, WE 1991, 128; Röhl, WE 1991, 340; Ertl, WE 1992, 221; a. A. Weitnauer/Briesemeister, WEG, 9. Aufl. 2004, § 3 Rdnr. 44.

<sup>67</sup> Staudinger/Rapp, a. a. O., § 1 Rdnr. 29 ff.

<sup>68</sup> Siehe auch Schmidt, ZWE 2008, 424 f.

<sup>69</sup> RG, Urteil vom 30.3.1939, V 121/38, RGZ 160, 166, 182; Soergel/Baur, BGB, 13. Aufl. 2002, § 912 Rdnr. 13.

<sup>70</sup> Soergel/Baur, BGB, 13. Aufl. 2002, § 912 Rdnr. 14.

ten Einheit eine Überbaurente gemäß § 913 BGB zu entrichten. Der Eigentümer der überbauten Einheit kann auch gemäß § 915 BGB verlangen, dass ihm der überbaute Bereich abgekauft wird. Diesem Ergebnis entspricht das BayObLG.<sup>71</sup> Hiernach ist eine Ausgleichszahlung zugunsten des Eigentümers der verkleinerten Wohnung Zug um Zug gegen die Verpflichtung desselben, der Änderung der Teilungserklärung nach den tatsächlichen Gegebenheiten zuzustimmen, geschuldet. Eine Begründung mit § 915 BGB erfolgt jedoch nicht. In derselben Tendenz liegt das KG, das jedoch dem Grundsatz der ordnungsgemäßen Erstellung den Vorrang vor der Überbaulösung gibt.<sup>72</sup> Ein identisches Ergebnis gewinnt das BayObLG unter Anwendung von § 242 BGB: Hieraus wird eine Verpflichtung des Wohnungseigentümers abgeleitet, einer Änderung des Teilungsvertrags einschließlich der Zuweisung von Sondernutzungsrechten zuzustimmen, wenn der Wohnungseigentümer dem planabweichenden Bau ausdrücklich zugestimmt hat und anschließend eine planabweichende Nutzung ausgeübt wurde.<sup>73</sup> Soll ein Abkauf durchgeführt werden, ist ein geänderter Aufteilungsplan erforderlich, auf dessen Grundlage die Auffassung zu erklären ist. An dem Vorgang sind nur die betroffenen Nachbareigentümer beteiligt; ist jedoch ein überbauter Teil Gemeinschaftseigentum und soll dieser in Sondereigentum umgewandelt werden oder liegt die umgekehrte Situation vor, ist für die notwendige Auffassung die Mitwirkung aller Wohnungseigentümer erforderlich.

*Röll* spricht sich zwar für die analoge Anwendung von § 912 BGB aus, schließt aber Ausgleichspflichten nach § 912 Abs. 2, §§ 913, 914 und 915 BGB aus, da die Käufer die Wohnung in ihrer tatsächlichen Ausgestaltung erwerben würden und nicht entsprechend dem Teilungsplan.<sup>74</sup> *Röll* bemerkt, es würden die wirklichen Verhältnisse auf den Kopf gestellt, wenn der Käufer einer größeren Wohnung die Mehrfläche zweimal bezahlen müsste, einmal an den Bauträger und dann nach § 915 BGB an den Eigentümer der kleineren Wohnung, obwohl dieser wegen der Planabweichung einen geringeren Preis an den Bauträger entrichtet hat.

*Röll*<sup>75</sup> vermengt hier in unzulässiger Weise die schuldrechtliche und die sachenrechtliche Ebene. Die Ausgleichspflichten beim Überbau gemäß §§ 912 ff. BGB entstehen kraft Gesetzes und bestehen unabhängig von dem schuldrechtlichen Rechtsgrund, der für den Erwerb des Wohnungseigentums gegeben ist. Es besteht überhaupt kein Unterschied zum Überbau eines Gebäudes gemäß § 912 BGB:

Wird ein solches Gebäude verkauft, so bezahlt der Käufer auch dasjenige Bauvolumen, das auf das Nachbargrundstück hinübergebaut worden ist; gleichwohl ist er verpflichtet, dem Nachbarn die gesetzlichen Ansprüche gemäß §§ 912 ff. BGB zu erfüllen. Sollen die gesetzlichen Rechte zwischen dem Eigentümer der überbauten Wohnung und dem Überbauenden ausgeschlossen sein, ist ein Verzicht auf Überbaurente gemäß § 914 Abs. 2 Satz 2 BGB möglich und in das Grundbuch eintragungsfähig.

#### hh) Überbau und Rechtsmangel

Ist Wohnungseigentum verkauft und gehört zu diesem ein nach § 912 BGB zu dulddender Überbau über anderes Son-

dereigentum/Gemeinschaftseigentum, so liegt schuldrechtlich auf Seiten des Verkäufers ein Rechtsmangel vor, da das Eigentum an dem überbauten Bereich von minderer Qualität ist als plangemäßes Sondereigentum. Die Rechtsfolgen dieses Rechtsmangels bestimmen sich nach § 435 Satz 1, §§ 437 ff. BGB.

Dasselbe gilt, wenn die durch den zu dulddenden Überbau verkleinerte Wohnung verkauft wird, da der Verkäufer in diesem Falle nicht den Umfang des Sondereigentums leistet, der dem Grundbuchstand entspricht.

Auch zwischen Wohnungseigentümern gibt es den „vereinbarten Überbau“. Zwar wird hier vielfach eine Änderung des Umfangs des Sondereigentums vereinbart sein, die der Form des § 4 Abs. 2 WEG und des dinglichen Grundbuchvollzugs bedarf und mangels Einhaltung dieser Form unwirksam ist.<sup>76</sup> Eine solche unwirksame Vereinbarung wäre alsdann in eine Überbauvereinbarung umzudeuten, § 140 BGB. Sie liegt auch dann vor, wenn der Bauträger auf Verlangen eines Käufers im Bereich des Sondereigentums planabweichend baut.<sup>77</sup>

## II. Verstöße gegen den sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz

### 1. Die gescheiterte Wohnungseigentumsbegründung

Erfolgt die Bauausführung in der Weise, dass die Einheiten gemäß dem Aufteilungsplan nicht mehr mit der grundbuchmäßigen Bestimmtheit an Ort und Stelle festgestellt werden können, entsteht kein Sondereigentum, sondern es verbleibt beim Gemeinschaftseigentum.<sup>78</sup> Der Vorgang widerspricht dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz.

### 2. Heilung durch Umbau

Die Anpassung erfolgt durch Umbau gemäß dem Aufteilungsplan, was von jedem Wohnungseigentümer verlangt werden kann.<sup>79</sup> Dadurch entsteht das Sondereigentum gemäß dem Aufteilungsplan. Der Grund für dieses Verlangen ist das vorangegangene vertragswidrige Verhalten der Eigentümer: Zwar ergibt sich aus dem Vertrag gemäß § 3 Abs. 1 WEG keine dingliche Bauverpflichtung;<sup>80</sup> wenn jedoch aufgrund eines anderen Rechtsverhältnisses gebaut wird, darf nur gemäß dem Aufteilungsplan gebaut werden.<sup>81</sup>

<sup>76</sup> Vgl. *Lutter*, AcP 164, 145, Fn. 87.

<sup>77</sup> Vgl. BayObLG, Beschluss vom 5.11.1993, 2 Z BR 83/93, MittBayNot 1994, 126.

<sup>78</sup> BGH, Urteil vom 20.11.2015, V ZR 284/14, MittBayNot 2016, 505 (in diesem Heft), Ziffer II. 1. c) aa); BGH, Urteil vom 18.7.2008, V ZR 97/07, BGHZ 177, 338, Rdnr. 9; BGH, Urteil vom 30.6.1995, V ZR 118/94, BGHZ 130, 166; BayObLG, Beschluss vom 19.3.1973, BReg. 2 Z 5/73, DNotZ 1973, 611: 19 Garagen auf 17 Stellplätzen; OLG Dresden, Beschluss vom 5.6.2008, 3 W 231/08, ZMR 2008, 812, 814; *Lutter*, AcP 164, 146; OLG Frankfurt, Beschluss vom 4.4.2011, 20 W 75/08, ZMR 2012, 31; anders bei BayObLGZ, Beschluss vom 15.12.1989, BReg. 2 Z 130/89, BayObLG 1989, 470, 472; OLG Hamburg, Beschluss vom 25.2.2002, 2 Wx 94/01, ZWE 2002, 592: Örtliche Situierung der Gebäude weicht vom Aufteilungsplan ab, kann aber zweifelsfrei festgestellt werden.

<sup>79</sup> *Lutter*, AcP 164, 146, nimmt an, dass sich die ursprüngliche „Bauverpflichtung“ in eine Verpflichtung zur Mitwirkung an einer Änderungsvereinbarung umwandelt.

<sup>80</sup> *Staudinger/Rapp*, a. a. O., § 3 Rdnr. 38.

<sup>81</sup> A. A. *Palandt/Bassenge*, § 2 WEG Rdnr. 7: Anspruch richte sich nach dem Grundgeschäft.

<sup>71</sup> BayObLG, Beschluss vom 25.5.2000, 3 Z BR 38/00, ZWE 2000, 465.

<sup>72</sup> KG, Beschluss vom 18.7.2001, 24 W 7365/00, ZfIR 2001, 747.

<sup>73</sup> BayObLG, Beschluss vom 31.7.2003, 2 Z BR 24/03, MittBayNot 2004, 126.

<sup>74</sup> WE 1991, 340, 344.

<sup>75</sup> WE 1991, 344.

### 3. Grenzen der Umbauverpflichtung

Dieses Verlangen findet seine Grenze in § 242 BGB.<sup>82</sup> Der Rechtsgedanke des § 635 Abs. 3 BGB – Verweigerung wegen unverhältnismäßigem Aufwand – ist anwendbar.<sup>83</sup> Entsteht durch die Nichtanpassung an den Aufteilungsplan gemäß vorstehendem Grundsatz einem Wohnungseigentümer ein Nachteil, so steht diesem gegen die anderen ein Ausgleichsanspruch zu.<sup>84</sup> Besteht danach unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben eine Duldungsverpflichtung, sind die Miteigentümer weiter verpflichtet, den Teilungsvertrag nebst Aufteilungsplan der tatsächlichen Bebauung anzupassen.<sup>85</sup> Dabei ist die Einigung über die Entstehung von Sondereigentum entsprechend der tatsächlichen Bebauung und dem geänderten Aufteilungsplan zu erklären. Mit entsprechendem Grundbuchvollzug entsteht alsdann Sondereigentum. Dies ergibt sich aus dem wohnungseigentumsrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis, das der Heilung den Vorrang vor der Nichtigkeit einräumt.<sup>86</sup>

Die Einreichung nur eines geänderten Aufteilungsplans genügt keinesfalls.<sup>87</sup>

Nachträgliche Grundrissänderungen ändern die Eigentumsverhältnisse nicht.<sup>88</sup>

### III. Abweichungen zwischen Teilungserklärung und Aufteilungsplan

Gemäß § 7 Abs. 4 WEG kann zur näheren Bezeichnung des Gegenstands des Sondereigentums auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. Dieser ist nach § 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG der Aufteilungsplan beizufügen. Die darin dargestellten Grenzen des Sondereigentums/Gemeinschaftseigentums werden Inhalt des Grundbuchs und nehmen damit an seinem öffentlichen Glauben teil.<sup>89</sup> Der Inhalt des Grundbuchs muss dabei, damit dieses seinen Zweck erfüllen kann, in sich widerspruchsfrei sein. Wird der Gegenstand des Sondereigentums durch den Inhalt des Eintragungsvermerks und der darin in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung gemäß § 7 Abs. 3, § 8 Abs. 2 WEG näher bezeichnet und widersprechen sich Teilungserklärung und Aufteilungsplan, hat grundsätzlich keiner der sich widersprechenden Erklärungsinhalte Vorrang.<sup>90</sup> Im Aufteilungsplan ausgewiesenes Sondereigentum wird also nur durch eine rechtsgeschäftliche

Erklärung zu diesem. Fehlt diese, so bleibt der Raum Gemeinschaftseigentum. Ist der Gegenstand des Sondereigentums nicht mit der sachen- und grundbuchrechtlichen Bestimmtheit festgelegt, ist die Grundbucheintragung in diesem Punkt inhaltlich unzulässig und ohne materielle Wirkung.<sup>91</sup> Materiellrechtlich besteht ein Miteigentumsanteil ohne Sondereigentum.<sup>92</sup> Der Grundsatz des Vorrangs der Heilung vor der Nichtigkeit<sup>93</sup> verlangt in diesem Falle, dass nachträglich – weil hier möglich – Sondereigentum einzuräumen ist.<sup>94</sup> im Gegensatz zu dem Fall, in dem Sondereigentumsunfähigkeit von Gebäudeteilen vorliegt.<sup>95</sup> Ein gutgläubiger Erwerb ist jedoch ausgeschlossen, da die Grundbuchlage inhaltlich unzulässig ist.<sup>96</sup> Ebenso sind Räume, die in der Teilungserklärung als Sondereigentum bezeichnet werden, gemeinschaftliches Eigentum, wenn sie im Aufteilungsplan als solche ausgewiesen sind und nicht – unter ausdrücklicher Ausräumung des Widerspruchs – Sondereigentum begründet wurde.<sup>97</sup>

Ist die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung auf den Inhalt des Sondereigentums beschränkt (was nach § 7 Abs. 3 WEG im Ermessen des Grundbuchamts steht) und wird der Gegenstand des Sondereigentums allein durch die Teilungserklärung bezeichnet, so ist diese auch alleine maßgeblich.<sup>98</sup> Der Verstoß gegen die Erforderlichkeit der Abgeschlossenheitsbescheinigung bzw. der Abgeschlossenheit selbst ist unbeachtlich.

### IV. Fazit

Die Entscheidung des BGH vom 20.11.2015 ordnet mit erfreulicher Klarheit die Fragen des Gegenstands des Sondereigentums und des Gemeinschaftseigentums und der dazu bestehenden räumlichen Abgrenzung in das allgemeine Grundstücksrecht ein. Der zutreffend hieraus zu ziehende Schluss besteht darin, dass Grenzänderungen, auch zwischen Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum, nur im Wege des § 4 WEG, § 925 BGB zu vollziehen sind. Ohne Auflassung und entsprechende Grundbucheintragung gibt es auch im Wohnungseigentum keine Rechtsänderung.

Darüber hinaus sollten die Notare das Bewusstsein der Beteiligten, vor allem der Bauträger, dafür schärfen, dass eine planabweichende Bauausführung erhebliche rechtliche Auswirkungen auf das Wohnungseigentum haben kann. Die Herstellung von Identität zwischen Aufteilungsplan und tatsächlicher Bauausführung erfordert oftmals eine Nachtragsbeurkundung zur Teilungserklärung mit Gemeinschaftsordnung.

<sup>82</sup> BayObLG, Beschluss vom 15.12.1989, BReg. 2 Z 130/89, DNotZ 1990, 263.

<sup>83</sup> Lutter geht von wirtschaftlicher Unzumutbarkeit, § 275 BGB a. F., aus, AcP 164, 146.

<sup>84</sup> BGH, Urteil vom 4.12.2003, V ZR 447/01, DNotI-Rep 2004, 16; BayObLG, Beschluss vom 15.12.1989, BReg. 2 Z 130/89, DNotZ 1990, 263.

<sup>85</sup> BGH, Urteil vom 4.12.2003, V ZR 447/01, DNotI-Rep 2004, 16; BayObLG, Beschluss vom 3.1.7.2003, 2 Z BR 24/03, DNotZ 2004, 147.

<sup>86</sup> Staudinger/Rapp, a. a. O., § 3 Rdnr. 72, 82.

<sup>87</sup> OLG Karlsruhe, Beschluss vom 20.8.1982, 4 W 22/82, Justiz 1983, 307.

<sup>88</sup> BayObLG, Beschluss vom 14.3.1990, BReg. 1b Z 7/89, NJW-RR 1990, 657; OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.12.1987, 9 U 126/87, NJW-RR 1988, 590.

<sup>89</sup> Staudinger/Rapp, a. a. O., § 7 Rdnr. 39.

<sup>90</sup> BGH, Urteil vom 30.6.1995, V ZR 118/94, BGHZ 130, 167 m. w. N. = DNotZ 1996, 289 m. Anm. Röhl; BayObLG, Beschluss vom 15.7.1999, 2 Z BR 86/99, MittBayNot 1999, 559 = ZWE 2000, 69 m. Anm. Schmidt, ZWE 2000, 67; OLG München, Beschluss vom 24.9.2010, 34 Wx 115/10, MittBayNot 2011, 228; Bamberger/Roth/Hügel, BGB, 3. Aufl. 2012, § 3 WEG Rdnr. 19; ders., PiG 93, 150; Hügel/Elzer, a. a. O., § 3 Rdnr. 71.

<sup>91</sup> BGH, Urteil vom 30.6.1995, V ZR 118/94, BGHZ 130, 170.

<sup>92</sup> Hügel, ZMR 2004, 549; ders., PiG 93, 151.

<sup>93</sup> Staudinger/Rapp, a. a. O., § 3 Rdnr. 72.

<sup>94</sup> BayObLG, Beschluss vom 31.8.2000, 2 Z BR 21/00 (1), ZWE 2001, 69.

<sup>95</sup> BGH, Urteil vom 30.6.1995, V ZR 118/94, BGHZ 130, 170; BGH, Urteil vom 3.11.1989, V ZR 143/87, BGHZ 109, 185.

<sup>96</sup> Hügel, PiG 93, 151.

<sup>97</sup> Staudinger/Rapp, a. a. O., § 7 Rdnr. 41.

<sup>98</sup> BGH, Urteil vom 30.6.1995, V ZR 118/94, BGHZ 130, 167.

# Erwerb von Grundstücken durch Ehegatten mit ausländischem Güterstand – Teil I: Ermittlung des anwendbaren Güterrechts und Prüfung durch das Grundbuchamt

Von Notarassessor Dr. Johannes Weber, LL.M. (Cambridge), Würzburg\*

Erwerben Ehegatten mit ausländischem Güterstand Grundbesitz in Deutschland, stellen sich aus Sicht der Gestaltungspraxis zahlreiche Fragen. In Teil I dieses Beitrags geht es um ausgewählte Probleme der Ermittlung des anwendbaren Güterrechts und um die Prüfungskompetenzen des Grundbuchamts. Teil II des Beitrags, der in Heft 1/2017 erscheinen wird, behandelt die mit der Thematik zusammenhängenden Risiken und Gestaltungsfragen.

## I. Problemaufriss

Der Anteil der in Deutschland lebenden Menschen mit einer ausländischen Staatsangehörigkeit lag im Jahre 2015 bei 11,18 Prozent; von 81,45 Millionen Menschen hatten 9,10 Millionen Menschen eine ausländische Staatsangehörigkeit. 80 Prozent der im Jahre 2013 in Deutschland lebenden Migranten gaben an, für immer in Deutschland bleiben zu wollen.<sup>1</sup> Die Menschen mit einem Migrationshintergrund wünschen sich ganz überwiegend, sich in Deutschland eine Existenz aufzubauen und hier eine Heimat zu finden. Gerade der Kauf einer Wohnimmobilie bringt die besondere Verwurzelung eines Menschen in seiner neuen Heimat zum Ausdruck.

Erwerben Ehegatten mit ausländischer Staatsangehörigkeit oder auch vormaliger ausländischer Staatsangehörigkeit eine Immobilie, stellt sich unweigerlich die Frage nach dem anwendbaren Güterrecht. Das Güterrecht betrifft zwar in erster Linie die Vermögenszuordnung im Verhältnis zwischen den Ehegatten. Allerdings wirkt das Güterstatut potenziell in das Sachenstatut hinein. Besonders augenfällig ist dies bei der Errungenschaftsgemeinschaft. Dieser Güterstand ist in zahlreichen Rechtsordnungen der gesetzliche Güterstand. Er dominiert insbesondere im romanischen Rechtskreis sowie in den (ehemals) kommunistisch regierten Staaten wie z. B. Russland oder China.<sup>2</sup> Die Errungenschaftsgemeinschaft konstituiert so wie die Gütergemeinschaft ein Sondervermögen, das sich aus dem Gesamtgut zusammensetzt, an dem beide Ehegatten dinglich beteiligt sind. Daneben tritt das Sondergut.<sup>3</sup> Die Errungenschaftsgemeinschaft unterscheidet sich von der Gütergemeinschaft im Wesentlichen dadurch, dass sie sich nur auf das während der Ehe erworbene Vermögen bezieht.<sup>4</sup>

Die Normen des deutschen Güterkollisionsrechts bestehen in ihrer jetzigen Fassung seit über 30 Jahren. Mit den kürzlich verabschiedeten Güterrechtsverordnungen über das auf die güterrechtlichen Verhältnisse von Ehegatten (EuGüVO)<sup>5</sup> und

eingetragenen Partnern (EuPartVO) anzuwendende Recht<sup>6</sup> hat die Europäische Union das internationale Güterrecht harmonisiert. Das unterstreicht die besondere rechtspolitische Aktualität des Themas.

Beim Erwerb eines Grundstücks stellen sich regelmäßig folgende Fragen:

– Erwerben beide Ehegatten das Grundstück, ist zu klären, in welchem Erwerbsverhältnis sie Eigentümer des Grundstücks werden (in Errungenschaftsgemeinschaft oder in Bruchteilsgemeinschaft).

– Erwirbt nur ein Ehegatte, stellt sich die Frage, ob er das Grundstück überhaupt zu Alleineigentum erwerben kann.

Weiß der Notar, dass die Ehe der Erwerber Bezüge zum Ausland aufweist, wirft dies die Frage nach dem richtigen Recht auf. Sollte man die ausländischen Güterstände stets ermitteln – auch in der Gefahr, einmal daneben liegen zu können? Welche Risiken stellen sich, wenn die Ehegatten eine Immobilie im falschen Güterstand erwerben? Sollte man den Beteiligten eine Rechtswahl deutschen Güterrechts empfehlen?

## II. Anknüpfungsregelungen – Kurzüberblick

Das anwendbare Güterrecht bestimmt sich derzeit nach den Kollisionsnormen des EGBGB.<sup>7</sup>

### 1. Objektive Anknüpfung

Nach Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB kommt es auf das Recht des Staats an, dem beide Ehegatten im Zeitpunkt der Eheschließung angehört haben. Bei Mehrfachstaaten entscheidet die effektive Staatsangehörigkeit (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 EGBGB);<sup>8</sup> hatte allerdings einer der Ehegatten die deutsche Staatsangehörigkeit, geht diese Staatsangehörigkeit der effektiven Staatsangehörigkeit stets vor.<sup>9</sup> Besaßen die Ehegatten im Zeitpunkt der Eheschließung keine gemeinsame Staatsangehörigkeit, kommt es sekundär zu einer Anknüpfung an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt im Zeitpunkt der Eheschließung (Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB). Hilfsweise ist das Recht der engsten Verbindung maßgeblich (Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB).

**6** Verordnung (EU) 2016/1104 des Rates vom 24.6.2016 zur Durchführung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen güterrechtlicher Wirkungen eingetragener Partnerschaften, ABl. EU 2016, L 183/30.

**7** Zu den Güterrechtsverordnungen vgl. unten unter Ziffer 5.

**8** Palandt/Thorn, 75. Aufl. 2016, Art. 15 EGBGB Rdnr. 17.

**9** Zur grundsätzlichen Vereinbarkeit mit dem Europäischen Primärrecht vgl. Palandt/Thorn, Art. 5 EGBGB Rdnr. 5; Mörsdorf-Schulte, IPRax 2004, 315, 323; hiergegen BeckOK-BGB/S. Lorenz, Stand: 1.8.2015, Art. 5 EGBGB Rdnr. 8.

\* Geschäftsführer des Deutschen Notarinstituts (DNotI). Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung des Verfassers wieder.

**1** Vgl. die Angaben von DESTATIS zum Thema „Bevölkerung, Migration & Integration“, abrufbar unter <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/Bevoelkerung/Bevoelkerung.html> (zuletzt besucht am 4.10.2016).

**2** Vgl. die äußerst instruktive Länderübersicht in Würzburger Notarhandbuch/Hertel, 4. Aufl. 2015, Teil 7 Kap. 2 Rdnr. 44.

**3** OLG München, Beschluss vom 24.6.2013, 34 Wx 117/13, MittBayNot 2014, 556, 557; Würzburger Notarhandbuch/Hertel, Teil 7 Kap. 2 Rdnr. 41; Beck'sches Notarhandbuch/Siß, 6. Aufl. 2015, H. Rdnr. 166.

**4** Beck'sches Notarhandbuch/Siß, H. Rdnr. 166; Würzburger Notarhandbuch/Hertel, Teil 7 Kap. 2 Rdnr. 41.

**5** Verordnung (EU) 2016/1103 vom 24.6.2016 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands, ABl. EU 2016, L 183/1.

Aus deutscher Sicht ist das Güterstatut unwandelbar. Es kommt somit auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der Eheschließung an.<sup>10</sup> Dass die Ehegatten nach der Eheschließung eine andere Staatsangehörigkeit annehmen, spielt für die Verweisung des Art. 15 EGBGB keine Rolle.

Für zwischen dem 1.4.1953 und dem 9.4.1983 geschlossene Ehen (vgl. Art. 220 Abs. 3 EGBGB) sind besondere intertemporale Vorschriften zu berücksichtigen. Für die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe gilt ab dem 9.4.1983 Art. 15 EGBGB in seiner jetzigen Fassung (vgl. Art. 220 Abs. 3 Satz 2 EGBGB). Da Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EGBGB ebenfalls an das gemeinsame Heimatrecht anknüpft, ergeben sich insoweit für die Zeit vor und nach dem 9.4.1983 keine Unterschiede. Fehlt es an einer gemeinsamen Staatsangehörigkeit, kommt es darauf an, ob sich die Ehegatten einem bestimmten Güterrecht unterstellt haben bzw. von dessen Anwendung ausgegangen sind (Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 EGBGB). Ist dies der Fall, gilt dieses Recht auch für die Zeit nach dem Stichtag weiter, auch wenn die formellen Anforderungen des Art. 15 Abs. 3 EGBGB nicht gewahrt wurden.<sup>11</sup> Haben sich die Ehegatten einem bestimmten Recht unterstellt, ist dies auch heute noch von Relevanz. Im Übrigen gelangt man ab dem 9.4.1983 zur Anwendung des Art. 15 EGBGB in der jetzigen Fassung.<sup>12</sup> Im Ergebnis bedeutet dies: Die Übergangsvorschriften spielen beim heutigen Erwerb eines Grundstücks durch Ehegatten keine Rolle mehr, es sei denn, dass sich die Ehegatten einem ausländischen Güterrecht unterstellt haben bzw. von dessen Anwendung ausgegangen sind.

## 2. Abkommen mit Drittstaaten

Als vorrangiges Abkommen mit einem Drittstaat ist lediglich das deutsch-iranische Niederlassungsabkommen zu berücksichtigen.<sup>13</sup> Dieses bestimmt in Art. 8 Abs. 3 Satz 1 in Verbindung mit dem Schlussprotokoll, dass für Ehepaare mit iranischer Staatsangehörigkeit in der Bundesrepublik und für Ehepaare mit deutscher Staatsangehörigkeit im Iran jeweils das Heimatrecht der Ehegatten gilt.<sup>14</sup> Für Doppelstaater gilt das Abkommen nach richtiger Auffassung nicht.<sup>15</sup>

## 3. Rück- und Weiterverweisung; Anknüpfungsregelungen in ausländischen Rechtsordnungen

Mit der Prüfung der Kollisionsnormen des deutschen Rechts ist es freilich nicht getan. Bei der Verweisung des Art. 15 Abs. 1 EGBGB handelt es sich um eine Gesamtverweisung (Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB). Bezugspunkt der Verweisung sind nicht die Sachnormen des ausländischen Güterrechts, sondern die entsprechenden ausländischen Kollisionsvorschriften. Nur wenn diese Kollisionsvorschriften den Verweis

des deutschen Rechts annehmen, findet auch das Sachrecht dieses Staats auf die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe Anwendung.

### a) Anknüpfungsmomente in ausländischen Rechtsordnungen

Die Anknüpfungsmomente des internationalen Güterrechts sind in den verschiedenen Rechtsordnungen unterschiedlich ausgestaltet:<sup>16</sup> Während viele Länder primär an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt oder den Wohnsitz der Eheleute anknüpfen (so insbesondere viele osteuropäische Staaten), erklären zahlreiche andere Staaten das gemeinsame Heimatrecht der Eheleute für maßgeblich (z. B. Belgien, Polen, Italien, Tschechien, Türkei). In den common-law-Ländern kommt es zu einer Spaltung: Das Güterrecht des beweglichen Vermögens unterliegt dem matrimonial domicile, die güterrechtlichen Verhältnisse mit Blick auf das unbewegliche Vermögen bestimmen sich nach der *lex rei sitae*. Die islamischen Rechtsordnungen knüpfen an das Heimatrecht des Ehemanns an.

Verweist das ausländische Kollisionsrecht auf das deutsche Recht zurück, nimmt das deutsche Recht diesen Verweis an (Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB). Dann gilt deutsches Güterrecht.

Beispiel: Ein französisches Ehepaar lebte bei der Eheschließung in Deutschland und hat auch heute noch dort seinen gewöhnlichen Aufenthalt.

Das deutsche Recht verweist auf das französische Recht (Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB). Dieses verweist jedoch auf das deutsche Recht zurück, da es das anwendbare Güterrecht nach dem Recht des Staats des ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts der Eheleute nach Eheschließung bestimmt (vgl. Art. 4 Abs. 1 Haager Ehegüterrechtsübereinkommen). Das deutsche Recht nimmt den Verweis an. Für die Ehegatten gilt daher deutsches Recht.

### b) Wandelbarkeit nach ausländischem Güterrecht

Häufig steht man vor der Frage, wie das deutsche Recht mit einem ausländischen Güterstatut umzugehen hat, wenn dieses im Gegensatz zum deutschen Recht wandelbar ausgestaltet ist.

Beispiel: Ein rumänisches Ehepaar lebte bei Eheschließung im Jahre 2012 in Rumänien. Es hat nunmehr seinen gewöhnlichen Aufenthalt nach Deutschland verlegt.

Das aus deutscher Sicht maßgebliche rumänische IPR stellt auf den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Eheleute ab (vgl. Art. 2589, 2592 Codul civil). Das rumänische Güterstatut ist wandelbar ausgestaltet.<sup>17</sup> Verlagern sich die Anknüpfungspunkte beider Ehegatten nach Eheschließung, ist dies aus rumänischer Sicht beachtlich und damit ein anderes Güterrecht zur Anwendung berufen. Nach ganz herrschender Meinung ist die Wandelbarkeit des ausländischen Güterstatuts auch im Rahmen einer Rückverweisung zu beachten.<sup>18</sup> Die vom OLG Nürnberg vertretene Gegenmeinung<sup>19</sup> ist vereinzelt geblieben. Sie kann nicht überzeugen. Bezugspunkt des Art. 15 Abs. 1 EGBGB ist das ausländische Kollisions-

<sup>10</sup> Vgl. nur *Palandt/Thorn*, 75. Aufl. 2016, Art. 15 EGBGB Rdnr. 3.

<sup>11</sup> BGH, Urteil vom 17.9.1986, IV b ZR 52/85 (Köln), NJW 1987, 583, 584; *Schotten/Schmellenkamp*, Das internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, § 6 Rdnr. 194; *Staudinger/Dörner*, Neubearb. 2016, Art. 220 EGBGB Rdnr. 123 f.

<sup>12</sup> Vgl. zu instruktiven Empfehlungen für die Praxis *Schotten/Schmellenkamp*, Das internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, § 6 Rdnr. 194.

<sup>13</sup> Abkommen vom 17.2.1929, RGBl. 1930 II, S. 1002, 1006; RGBl. 1931 II, S. 9; BGBl. 1955 II, S. 8 29.

<sup>14</sup> Zur umstrittenen Frage, ob das Übereinkommen eine Rechtswahl nach nationalem IPR zulässt, vgl. *Schotten/Schmellenkamp*, Das internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, § 6 Rdnr. 134; *Staudinger/Mankowski*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 134.

<sup>15</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4.12.2006, 2 BvR 1216/06, NJW-RR 2007, 577, 578; DNotI-Abfragegutachten Nr. 120802; *Schotten/Wittkowski*, FamRZ 1995, 264, 265 f.

<sup>16</sup> Vgl. den Überblick bei Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 7 Kap. 2 Rdnr. 25 ff. sowie die Länderliste in Rdnr. 44.

<sup>17</sup> *Süß/Ring/Ocea*, Eherecht in Europa, 2. Aufl. 2012, Länderbericht Rumänien Rdnr. 50-52.

<sup>18</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1.3.2011, I-25 Wx 8/11, FamRZ 2011, 1510; OLG München, Beschluss vom 10.11.2010, 31 Wx 53/10, NJW-RR 2011, 299; *Palandt/Thorn*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 3; *Staudinger/Mankowski*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 60.

<sup>19</sup> MittBayNot 2011, 337.

recht. Das bedeutet, dass auch eine Wandelbarkeit nach ausländischem Recht zu beachten ist. Die deutschen Vorstellungen sind insoweit nicht maßgeblich. Im Beispielsfall gilt daher seit der Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts für die Ehegatten deutsches Güterrecht.

Mitunter stellt sich auch das Problem, dass das aus deutscher Sicht im Zeitpunkt der Eheschließung maßgebliche Kollisionsrecht zu einem späteren Zeitpunkt geändert wurde und die intertemporalen Rechtsvorschriften des ausländischen Kollisionsrechts die Anwendung des neuen Kollisionsrechts auch für Ehe mit Eheschließungsdatum vor der Gesetzesänderung vorsehen.

Beispiel:<sup>20</sup> Haben die rumänischen Ehegatten in dem vorgenannten Beispiel die Ehe im Jahre 2008 geschlossen, kam es nach damaligem rumänischen Kollisionsrecht noch auf das Heimatrecht der Ehegatten an (Art. 20 IPRG a. F.).<sup>21</sup> Das rumänische Recht nahm ursprünglich den Verweis des deutschen Rechts an. Zum 1.10.2011 ist jedoch das neue rumänische Zivilgesetzbuch in Kraft getreten. Dieses knüpft nunmehr an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Eheleute an. Die Übergangsvorschriften sind im Gesetz Nr. 71/2011 niedergelegt. Danach gilt das neue IPR auch für bereits vor dem Inkrafttreten geschlossene Ehen.<sup>22</sup>

Nach heute herrschender Meinung sind auch die intertemporalen Anwendungsvorschriften des ausländischen Kollisionsrechts im Rahmen der Rückverweisung zu beachten.<sup>23</sup> Die Gegenauffassung, die auf eine Versteinerung des ausländischen Güterrechts hinausläuft, hat der BGH in einer älteren Entscheidung vertreten.<sup>24</sup> Diese Auffassung dürfte jedoch überholt sein. Sie berücksichtigt nicht hinreichend den Sinn und Zweck des Art. 4 Abs. 1 EGBGB, der das ausländische Recht auch in dessen zeitlichem Anwendungsbereich angewendet wissen will. Für den vorgenannten Beispielsfall bedeutet das, dass für die Ehegatten aufgrund der beweglichen Rückverweisung des rumänischen Rechts nunmehr das deutsche Recht gilt.

#### 4. Rechtswahl des Güterstatuts

Unproblematisch stellt sich die Rechtslage dar, wenn die Ehegatten eine wirksame güterrechtliche Rechtswahl nach Art. 15 Abs. 2 EGBGB getroffen haben. Wählbar sind nach Art. 15 Abs. 2 EGBGB das Recht der Staatsangehörigkeit eines Ehegatten (Nr. 1), das Recht des Staats, in dem einer der Ehegatten seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Nr. 2), sowie für das unbewegliche Vermögen auch das Recht des Lageorts (Nr. 3). Nach herrschender Meinung kann die Rechtswahl auch auf ein einzelnes Grundstück beschränkt werden.<sup>25</sup>

#### 5. Europäische Ehegüterrechtsverordnung

Am 24.6.2016 hat der Rat der Europäischen Union die Verordnung (EU) 2016/1103 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands

(EuGüVO)<sup>26</sup> und die Parallelverordnung zum Güterrecht eingetragener Partnerschaften (EuPartVO)<sup>27</sup> verabschiedet.<sup>28</sup>

Die Verordnungen gelten zwar nur in 18 Mitgliedstaaten.<sup>29</sup> Da sie als *loi uniforme* ausgestaltet sind, sind sie jedoch aus Sicht der Teilnehmenden auch im Verhältnis zu den sonstigen Mitgliedstaaten sowie zu Drittstaaten anwendbar (vgl. Art. 20 EuGüVO).

Die Verordnung führt in mehrfacher Hinsicht zu einem Paradigmenwechsel im internationalen Güterrecht:

##### a) Objektive Anknüpfung

Art. 26 Abs. 1 lit. a EuGüVO bestimmt, dass sich der eheliche Güterstand primär nach dem Recht des Staats richtet, in dem die Ehegatten nach der Eheschließung ihren ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt haben. Es kommt nur noch hilfsweise zu einer Anknüpfung an die gemeinsame Staatsangehörigkeit (Art. 26 Abs. 1 lit. b EuGüVO). Das führt zu einer erheblichen Erleichterung für die Praxis. Künftig wird man seltener zum ausländischen Güterrecht gelangen. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Ehegatten erst nach Eheschließung nach Deutschland umgezogen sind.

Das Güterstatut ist unwandelbar. Allerdings erfährt der Unwandelbarkeitsgrundsatz eine Durchbrechung (Art. 26 Abs. 3 EuGüVO): Haben die Ehegatten ihren letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Staat über einen erheblich längeren Zeitraum als im Staat des ersten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts und haben beide Ehegatten auf das Recht dieses anderen Staats bei der Regelung oder Planung ihrer vermögensrechtlichen Beziehungen vertraut, kann das zuständige Gericht auf Antrag entscheiden, dass das Recht des anderen Staats anzuwenden ist. Solange keine solche gerichtliche Entscheidung ergangen ist, bleibt es bei der Anwendung des bisherigen Güterrechts.

##### b) Rechtswahl

Nach Art. 22 Abs. 1 lit. a EuGüVO ist das Recht eines Staats wählbar, in dem zumindest einer der Ehegatten im Zeitpunkt der Rechtswahl seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Alternativ können die Ehegatten das Recht der Staatsangehörigkeit eines der Ehegatten im Zeitpunkt der Rechtswahl wählen (Art. 22 Abs. 1 lit. b EuGüVO). Nicht möglich ist die Wahl der *lex rei sitae* für das unbewegliche Vermögen. Dies mag man als bedauerliche Einschränkung der Parteiautonomie bewerten, ist aber im Sinne der Rechtssicherheit und Praktikabilität durchaus positiv zu bewerten.

##### c) Kein Renvoi

Eine wichtige Änderung der EuGüVO betrifft den Allgemeinen Teil des IPR. Die EuGüVO lässt keinen Renvoi zu: Ver-

<sup>20</sup> Nach Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 7 Kap. 4 Rdnr. 35.

<sup>21</sup> Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 7 Kap. 4 Rdnr. 913.

<sup>22</sup> Ausführlich DNotI-Internetgutachten Nr. 148407 vom 12.4.2016.

<sup>23</sup> OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1.3.2011, I-25 Wx 8/11, ZEV 2011, 473, 474; OLG Hamm, Beschluss vom 8.10.2009, I-15 Wx 292/08, FGPrax 2010, 38.

<sup>24</sup> BGH, Beschluss vom 21.6.1963, V ZB 3/63, NJW 1963, 1975, 1976.

<sup>25</sup> *Palandt/Thorn*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 22 m. w. N.; a. A. *Schotten/Schmellenkamp*, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, § 6 Rdnr. 163.

<sup>26</sup> Verordnung (EU) 2016/1103 vom 24.6.2016 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands, ABl. EU 2016, L 183/1.

<sup>27</sup> Verordnung (EU) 2016/1104 des Rates vom 24.6.2016 zur Durchführung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen güterrechtlicher Wirkungen eingetragener Partnerschaften, ABl. EU 2016, L 183/30.

<sup>28</sup> Vgl. hierzu bereits DNotI-Report 2016, 109 ff.; *Weber*, DNotZ 2016, 659.

<sup>29</sup> Belgien, Bulgarien, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Italien, Kroatien, Luxemburg, Malta, die Niederlande, Österreich, Portugal, Schweden, Slowenien, Spanien, die Tschechische Republik und Zypern.

weisen die Bestimmungen der EUGüVO auf die Rechtsordnung eines Drittstaats, nimmt sie nur auf die Sachnormen dieses Staats Bezug (Art. 32 EUGüVO). Dass der Drittstaat den Verweis annimmt oder nicht, spielt daher aus Sicht der an der EUGüVO teilnehmenden Mitgliedstaaten keine Rolle. Die Abschaffung des Renvoi erleichtert die Rechtsanwendung ganz erheblich. Um das anwendbare Güterrecht zu ermitteln, müssen Notare künftig nicht mehr die ausländischen Güterkollisionsnormen auffinden und prüfen.

#### d) Übergangsregelungen

Von besonderer Bedeutung sind die zeitlichen Übergangsbestimmungen: Die EUGüVO ist ab dem 29.1.2019 anwendbar (Art. 69 Abs. 1 EUGüVO). Besonderheiten sind im Zusammenhang mit den Bestimmungen über das anwendbare Recht zu beachten: Die Güterkollisionsnormen der EUGüVO gelten nur, wenn die Ehegatten nach dem 29.1.2019 (ab dem 30.1.2019) die Ehe geschlossen oder nach diesem Datum eine güterrechtliche Rechtswahl getroffen haben (Art. 69 Abs. 3 EUGüVO). Für die künftige Gestaltungspraxis folgt daraus, dass Notare bei Ehegatten erst mit Eheschließungsdatum ab dem 30.1.2019 die Kollisionsnormen der EUGüVO anwenden müssen; bei Ehegatten mit Eheschließungsdatum vor diesem Zeitpunkt sind die Bestimmungen des EGBGB weiterhin maßgeblich, allerdings mit einer Ausnahme: Soweit Ehegatten mit Eheschließungsdatum vor dem 30.1.2019 nach diesem Datum eine Rechtswahl treffen, gelten ausschließlich die Bestimmungen der EUGüVO.

### III. Prüfung durch das Grundbuchamt

Ob Eheleute mit gemeinsamer ausländischer Staatsangehörigkeit als Miteigentümer in das Grundbuch eingetragen werden können, wenn Anhaltspunkte für das Bestehen einer Errungenschafts- oder Gütergemeinschaft nach ausländischem Recht bestehen, hat die Rechtsprechung in vielen Entscheidungen immer wieder beschäftigt. Im Ausgangspunkt herrscht Einigkeit: Das Grundbuchamt ist in Anbetracht des Legalitätsprinzips gehalten, eine Eintragung der Eheleute als Miteigentümer abzulehnen, wenn es sichere Kenntnis davon hat, dass die Ehegatten das Grundstück nur in einem Güter- oder Errungenschaftsgemeinschaft erwerben können. Anderenfalls würde das Grundbuch einen falschen Rechtszustand wiedergeben.<sup>30</sup> Eine Eintragung im Güterstand einer Errungenschaftsgemeinschaft in Verbindung mit einer Bruchteilsgemeinschaft ist nicht zulässig.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> BayObLG, Beschluss vom 17.4.1986, BReg. 2 Z 1/86, BayObLGZ 1986, 81, 83; BayObLG, Beschluss vom 2.4.1992, 2 Z BR 17/92, BayObLGZ 1992, 85, 86 f. (Errungenschaftsgemeinschaft nach jugoslawischem Recht); BayObLG, Beschluss vom 6.12.2000, 2 Z BR 5/00, NJW-RR 2001, 879 (Errungenschaftsgemeinschaft nach jugoslawischem Recht); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.1.2010, I-3 Wx 258/09, FGPrax 2010, 117 (Errungenschaftsgemeinschaft nach spanischem Recht); OLG München, Beschluss vom 22.1.2013, 34 Wx 413/12, MittBayNot 2013, 404, 405 (Errungenschaftsgemeinschaft nach kalifornischem Recht); OLG München, Beschluss vom 30.11.2015, 34 Wx 364/15, NJW 2016, 1186, 1187 (Errungenschaftsgemeinschaft nach polnischem Recht); OLG Schleswig, Beschluss vom 19.8.2009, 2 W 82/09, FGPrax 2010, 19 (Gütergemeinschaft nach niederländischem Recht); OLG Zweibrücken, Beschluss vom 9.12.2015, 3 W 115/15, NJW 2016, 1185 (Errungenschaftsgemeinschaft nach italienischem Recht); RG, Beschluss vom 8.9.1937, V B 7/37, RGZ 155, 344, 347; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 3421b.

<sup>31</sup> OLG München, Beschluss vom 24.6.2013, 34 Wx 117/13, MittBayNot 2014, 556, 557 f. (zur Errungenschaftsgemeinschaft nach kroatischem Recht).

Das Grundbuchamt muss sich dabei die Kenntnisse des anwendbaren Güterrechts von Amts wegen beschaffen; eine Nachweisführung durch den Antragsteller kann es nicht verlangen.<sup>32</sup> Wie weit die Prüfungspflichten im Einzelnen reichen, ist im Einzelnen aber umstritten. Dies verdeutlichen zwei kürzlich ergangene obergerichtliche Entscheidungen.

#### 1. OLG München, Beschluss vom 30.11.2015, 34 Wx 364/15<sup>33</sup>

##### a) Ausgangslage

Polnische Eheleute erwarben ein Grundstück zu „Miteigentum zu gleichen Teilen“. Das Grundbuchamt lehnte die Eintragung der Eheleute unter Hinweis auf den ausländischen Güterstand der Eheleute ab.

Das deutsche IPR (Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB) verweist auf das polnische IPR. Dieses nimmt den Verweis des deutschen Rechts an, da es ebenfalls an das gemeinsame Heimatrecht der Eheleute anknüpft (vgl. Art. 51 Abs. 1 IPRG Polen sowie bereits Art. 17 § 1 IPRG 1965). Gesetzlicher Güterstand nach polnischem Recht ist die Errungenschaftsgemeinschaft (vgl. § 31 FVGB Polen).

##### b) Entscheidung

Nach Auffassung des OLG München können die Eheleute als Miteigentümer zu ½ in das Grundbuch eingetragen werden. Das Gericht nimmt auf eine ältere Entscheidung des BayObLG<sup>34</sup> Bezug. Die Eintragung könne nur dann abgelehnt werden, wenn eine vorzeitige Teilauseinandersetzung des ehelichen Vermögens und die Begründung von Miteigentum nicht möglich seien. Das polnische Recht lasse die Möglichkeit zu, dass die Ehegatten Alleineigentum erwerben könnten.<sup>35</sup> Nach Art. 47 FVGB Polen können die Ehegatten die Gütergemeinschaft beschränken und einzelne Gegenstände von der Gütergemeinschaft ausnehmen.<sup>36</sup> Das OLG München legt dabei folgenden Maßstab an:<sup>37</sup>

„Ergibt deshalb die grundbuchamtliche Prüfung, dass – abstrakt betrachtet – auch in dem maßgeblichen ausländischen Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft ein Alleinerwerb bzw. ein Erwerb zu Miteigentum eines jeden Ehegatten möglich ist, so wird antragsgemäß in dem bezeichneten Verhältnis (§ 47 Abs. 1 GBO) einzutragen sein.“

##### c) Bewertung

Das OLG München kann sich zwar auf die Rechtsprechung des BayObLG stützen, setzt sich aber in gewissen Widerspruch zu den Entscheidungen anderer Gerichte. Viele Entscheidungen gehen auf die abstrakte Möglichkeit der Begrün-

<sup>32</sup> OLG München, Beschluss vom 30.11.2015, 34 Wx 364/15, NJW 2016, 1186, 1187 = FGPrax 2016, 70 = DNotI-Report 2016, 22 = Rpfleger 2016, 340 = FamRZ 2016, 906 m. w. N.

<sup>33</sup> OLG München, Beschluss vom 30.11.2015, 34 Wx 364/15, NJW 2016, 1186, 1187 = FGPrax 2016, 70 = DNotI-Report 2016, 22 = Rpfleger 2016, 340 = FamRZ 2016, 906; hierzu auch *Primaczenko*, NotBZ 2016, 226.

<sup>34</sup> MittBayNot 2001, 221 m. Anm. *Riering*.

<sup>35</sup> OLG München, Beschluss vom 30.11.2015, 34 Wx 364/15, NJW 2016, 1186, 1187 = FGPrax 2016, 70 = DNotI-Report 2016, 22 = Rpfleger 2016, 340 = FamRZ 2016, 906.

<sup>36</sup> Vgl. *Süß/Ring/Ludwig*, Eherecht in Europa, Länderbericht Polen, Rdnr. 28; *Bergmann/Ferid/Henrich/de Vries*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Stand: 1.5.2015, Länderbericht Polen, S. 33.

<sup>37</sup> OLG München, Beschluss vom 30.11.2015, 34 Wx 364/15, NJW 2016, 1186, 1188 = FGPrax 2016, 70 = DNotI-Report 2016, 22 = Rpfleger 2016, 340 = FamRZ 2016, 906.

derung von Vorbehaltsgut überhaupt nicht ein, obwohl sie nach dem ausländischen Güterrecht bestand.<sup>38</sup>

Ist es nach dem anwendbaren Güterrecht möglich, den Gegenstand zum Vorbehaltsgut oder Sondergut zu machen, kann das Grundbuchamt keine sichere Kenntnis davon haben, dass es sehenden Auges eine unrichtige Grundbucheintragung herbeiführt. Die Gedankenführung des OLG München ist daher stimmig. Ob die Ehegatten in einer dem Grundbuchamt vorliegenden öffentlichen Urkunde eine ausdrückliche oder konkludente Vereinbarung über die Begründung von Vorbehaltsgut getroffen haben, darf nicht von Bedeutung sein. Darüber hinaus ist die Entscheidung erfreulich, weil sie den Beteiligten komplizierte Nachweise über ihren Güterstand erspart. Auch für die Praxis bringt die Entscheidung eine Erleichterung.<sup>39</sup> Mit seinem Eintragungsantrag wird der Notar jedoch nur dann Erfolg haben, wenn im ausländischen Güterrecht die Möglichkeit besteht, einzelne Gegenstände zum Vorbehaltsgut zu erklären. Auch wenn die Begründung von Vorbehaltsgut nicht möglich ist, kommt es freilich nur zu Problemen, wenn das Grundbuchamt über entsprechende Kenntnisse der Anknüpfungstatsachen verfügt, weil diese in der notariellen Urkunde offen gelegt werden.

Das OLG München hat darauf abgestellt, dass die Ehegatten das Grundstück zum Vorbehaltsgut hätten machen können. Auch weitere Möglichkeiten des Erwerbs von Vorbehaltsgut können in Betracht kommen. Dies gilt etwa dann, wenn der Ehegatte das Grundstück zu Alleineigentum im Wege der Surrogation mit Mitteln des Vorbehaltsguts erwerben kann. Dem Grundbuchamt gegenüber ist kein Nachweis zu führen, dass der Erwerber den Kaufpreis aus Eigenmitteln finanziert.<sup>40</sup>

## 2. OLG Zweibrücken, Beschluss vom 9.12.2015, 3 W 115/15<sup>41</sup>

### a) Ausgangslage

Auch im Fall des OLG Zweibrücken ging es um die Frage, ob die erwerbenden Ehegatten als Miteigentümer des Grundstücks zu ½ in das Grundbuch eingetragen werden konnten. In der Kaufvertragsurkunde war offenbar aufgeführt, dass der Ehemann die italienische Staatsangehörigkeit, die Ehefrau demgegenüber sowohl die italienische als auch die deutsche Staatsangehörigkeit hat. Ob die Ehefrau die deutsche Staatsangehörigkeit bereits im Zeitpunkt der Eheschließung hatte, ergab sich aus der Urkunde jedoch nicht. Das Grundbuchamt lehnte die Eintragung ab.

Ausgangspunkt der Überlegungen sind die Normen des italienischen Rechts. So wie das deutsche Recht knüpft das italienische IPR die güterrechtlichen Wirkungen an das gemeinsame Heimatrecht der Eheleute an (Art. 29, 30 IPRG Italien).<sup>42</sup>

<sup>38</sup> Vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 19.8.2009, 2 W 82/09, FG-Prax 2010, 19, 20: Keine Eintragung der Eheleute als Miteigentümer, weil niederländische Staatsangehörige.

<sup>39</sup> *Primaczenko*, NotBZ 2016, 226, 227.

<sup>40</sup> BayObLG, Beschluss vom 2.4.1992, 2 Z BR 17/92, BayObLGZ 1992, 85, 88; vgl. auch OLG München, MittBayNot 2013, 404, 405.

<sup>41</sup> OLG Zweibrücken, Beschluss vom 9.12.2015, 3 W 115/15, NJW 2016, 1185 = FGPrax 2016 113 m. Anm. *Milzer* = Rpfleger 2016, 279.

<sup>42</sup> Dass die Ehefrau auch deutsche Staatsangehörige war, spielt aus Sicht des italienischen IPR keine Rolle. Hat einer der Ehegatten neben der italienischen eine weitere Staatsangehörigkeit, geht nach Art. 19 Abs. 2 IPRG Italien die italienische Staatsangehörigkeit stets vor, vgl. *Tretter*, Eheverträge im italienischen Recht, 2002, S. 137; Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 7 Kap. 4 Rdnr. 270. Im Fall des OLG Zweibrücken kam es auch durch einen etwaigen späteren Erwerb der Staatsangehörigkeit durch die Ehefrau nicht zu einem nach italienischem IPR aufgrund der wandelbaren Anknüpfung denkbaren Statutenwechsel.

Kommt man über Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB wegen der gemeinsamen Staatsangehörigkeit zum italienischen Recht, nimmt das italienische IPR den Verweis an. Gesetzlicher Güterstand ist nach italienischem Recht die Errungenschaftsgemeinschaft (vgl. Art. 159, Art. 177 ff. C. C. Italien).

### b) Entscheidung

Das OLG Zweibrücken bestätigte die Auffassung des Grundbuchamts. Das Grundbuchamt habe die Eintragung der Ehegatten als Miteigentümer zu Recht abgelehnt. Da die Ehegatten mit der italienischen Staatsangehörigkeit eine gemeinsame Staatsangehörigkeit hatten, komme es zu einem Verweis auf das italienische Recht. Dass die Ehefrau auch deutsche Staatsangehörige sei und es nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB im Rahmen der Anknüpfung nach Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB vorrangig auf diese Staatsangehörigkeit ankomme, sei jedoch ohne Belang. Aus deutscher Sicht sei entscheidend, ob die Ehegatten bereits im Zeitpunkt der Eheschließung eine gemeinsame Staatsangehörigkeit gehabt hätten. Die Beteiligten hätten nicht dargelegt, wann die Ehefrau die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hätte und wann die Ehe geschlossen worden sei.<sup>43</sup> Dies sei zweifelhaft. Die Eheleute hätten einen ausländischen Nachnamen. Laut Aktenlage hätten die Erwerber außerdem als italienische Staatsangehörige geheiratet. Dies spreche dafür, dass die Ehefrau die deutsche Staatsangehörigkeit erst später erworben habe.

### c) Bewertung

Die Entscheidung des OLG Zweibrücken kann nicht überzeugen. Sie öffnet spekulativen Erwägungen des Grundbuchamts Tür und Tor und führt zu einer bedenklichen Ausforschung des Grundbuchamts. Dass die Ehefrau die deutsche Staatsangehörigkeit erst später erworben hatte, stand nicht sicher fest. Insoweit ergaben sich lediglich Zweifel. Dass sich das OLG auf den italienischen Nachnamen stützt, kann kaum überzeugen. Denn die Übernahme des Familiennamens des Mannes ist nach wie vor sehr häufig. Dass das Grundbuchamt mit sicherer Kenntnis eine falsche Eintragung herbeigeführt hätte, lässt sich nach dem Sachverhalt nicht sagen.

Nach den vom OLG München entwickelten Kriterien hätte das OLG Zweibrücken außerdem zu dem Ergebnis kommen müssen, dass die Ehegatten als Miteigentümer in das Grundbuch eintragen lassen müssen, weil auch nach italienischem Recht die abstrakte Möglichkeit besteht, den Grundbesitz zum Vorbehaltsgut- bzw. Eigengut zu machen.<sup>44</sup> Dass das italienische Güterrecht die Begründung von Eigengut nur in eingeschränktem Umfang erlaubt, dürfte dem grundsätzlich nicht entgegenstehen. Denn auch nach italienischem Recht ist es zumindest möglich, dass der Ehegatte den Gegenstand als Eigengut erwirbt, wenn er den Kaufpreis aus den Mitteln seines Eigenguts bestreitet.<sup>45</sup>

### Hinweis der Schriftleitung:

Teil II des Beitrags erscheint im kommenden Heft.

<sup>43</sup> OLG Zweibrücken, Beschluss vom 9.12.2015, 3 W 115/15, NJW 2016, 1185, 1186 = FGPrax 2016 113 m. Anm. *Milzer* = Rpfleger 2016, 279.

<sup>44</sup> So *Milzer*, FGPrax 2016, 113, 114.

<sup>45</sup> NK-BGB/*Ramon*, Bd. 4, 3. Aufl. 2014, Länderbericht Italien Rdnr. 32.

## TAGUNGSBERICHT

### Bestimmtheitsgrundsatz/Mehrheitsklauseln

#### Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 8.6.2016

Von Ass. jur. *Florian Fußeder*, Wissenschaftlicher Mitarbeiter der Forschungsstelle für Notarrecht, München

Am 8.6.2016 fand die Tagung des Sommersemesters 2016 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Das Thema der Veranstaltung lautete „Bestimmtheitsgrundsatz/Mehrheitsklauseln“. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle für Notarrecht, Professor Dr. *Johannes Hager*, begrüßte das Auditorium und führte in das Tagungsthema ein. Mit dem Urteil des BGH vom 21.10.2014<sup>1</sup> sei die Diskussion um den Bestimmtheitsgrundsatz und Mehrheitsklauseln im Gesellschaftsrecht nicht beendet. Es blieben eine Reihe offener Fragen, wie beispielsweise die vermeintliche Distanzierung von der Kernbereichslehre. Sodann stellte *Hager* die Referenten, Professor Dr. *Carsten Schäfer*, Universität Mannheim, und Dr. *Simon Blath*, Deutsches Notarinstitut Würzburg, vor und übergab das Wort an *Schäfer*, der zu Mehrheitsklauseln und Minderheitenschutz in der Personengesellschaft referierte.

*Schäfer* stellte das Urteil des BGH vom 21.10.2014 in das Zentrum seines Vortrags. Der entschiedene Fall sei nicht spektakulär, dennoch habe das Urteil die Diskussion aufgelöst, ob der II. Senat die Kernbereichslehre zum Schutz von Minderheitsgesellschaftern aufgegeben habe. Das Personen-gesellschaftsrecht gehe vom Prinzip der Einstimmigkeit aus; Abweichungen durch Mehrheitsklauseln seien mangels gesetzlicher Schranken aber erlaubt. Dies mache einen Minderheitenschutz erforderlich, der jahrzehntelang durch den Bestimmtheitsgrundsatz und damit durch eine restriktive Auslegung von Mehrheitsklauseln erreicht worden sei. Die Frage, ob das Urteil daran etwas geändert habe, gebe es zu beantworten.

*Schäfer* ging zur Klärung zunächst auf den Sachverhalt der Entscheidung ein. Zur Vorbereitung einer Anteilsübertragung sei nach dem KG-Vertrag einer GmbH & Co. KG die Zustimmung der Gesellschafterversammlung erforderlich gewesen. Diese sei durch einfachen Mehrheitsbeschluss herbeigeführt worden. Gegen diesen Beschluss habe sich der Kläger gewandt und die Auffassung vertreten, dass eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrags zur Anwendung hätte kommen müssen, wonach Vertragsänderungen der Einstimmigkeit bedürft hätten. Im Urteil habe der Senat ausgeführt, dass dem früheren Bestimmtheitsgrundsatz für die formelle Legitimation einer Mehrheitsentscheidung keine Bedeutung mehr zukomme und dass zwischen der Auslegung einer Mehrheitsklausel und einer materiellen Beschlusskontrolle strikt zu unterscheiden sei. *Schäfer* nahm dann eine Standortbestimmung des Bestimmtheitsgrundsatzes vor. Die Rechtsprechung habe lange Zeit zwischen drei Stufen unterschieden. Für Geschäftsführungsmaßnahmen sollte eine einfache Mehrheitsklausel ausreichen, für einfache Vertragsänderungen eine allgemeine auf Vertragsänderungen bezogene Mehrheitsklausel und für außergewöhnliche Vertragsänderungen sollte eine Klausel erforderlich sein, die sich explizit auf die Maßnahmen bezog. Um Mehrheitsentscheidungen zu ermöglichen,

habe die Praxis mit Klauselkatalogen reagiert. Dies ginge zu Kosten des Minderheitenschutzes. *Schäfer* schildert dann die Entwicklung in der Rechtsprechung. Eine Wende habe bereits 2007 mit der sog. „Otto-Entscheidung“<sup>2</sup> begonnen und sei 2012<sup>3</sup> noch deutlicher geworden.

Sodann bewertete *Schäfer* die Verabschiedung des Bestimmtheitsgrundsatzes. Da dieser mit der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre nicht zu rechtfertigen sei, begrüße er, als einer seiner Kritiker, die Verabschiedung. Damit sei das Gebot restriktiver Auslegung von Mehrheitsklauseln obsolet. *Schäfer* bewertete sodann die Auswirkungen auf die Gestaltung von Mehrheitsklauseln. Ausreichend aber auch notwendig sei es, erkennbar zu machen, dass sie auch für Vertragsänderungen gelten solle. Notwendig sei dies, da eine Geschäftsführungsfragen betreffende Mehrheitsbefugnis etwas kategorial anderes sei, als die Befugnis über Vertragsänderungen und sonstige Grundlagenentscheidungen mehrheitlich zu entscheiden. Da im entschiedenen Fall eine spezielle Klausel für Vertragsänderungen existiert habe, habe sich der BGH dazu bislang nicht geäußert.

Damit leitete *Schäfer* zur Frage über, ob auch die Kernbereichslehre überholt ist und stellte dazu eine kurze Verortung der Kernbereichslehre voran. Die Frage der Mehrheitsbefugnis sei von der Frage der Wirksamkeit des konkreten Beschlusses zu trennen. Die Zustimmung eines betroffenen Gesellschafters könne eine Wirksamkeitsvoraussetzung sein, wenn der Beschluss unmittelbar in den Kernbereich der Mitgliedschaft eingreife oder weil er eine Beitragserhöhung zum Gegenstand habe. Das sei Inhalt der sog. Kernbereichslehre. Möglich seien auch Beschlussmängel, wozu inhaltliche Fehler wegen Verstoßes gegen die Treupflicht gehörten. Diese Fallgruppen fasse der Senat als zweite Stufe der Beschlussprüfung zusammen. Das im Urteil zur materiellen Beschlusskontrolle Gesagte, sei als obiter dictum zu werten, denn im entschiedenen Fall habe schon kein Eingriff in den Kernbereich in Frage gestanden. Dennoch habe dies in der Literatur zu der Auffassung geführt, die Kernbereichslehre sei abgeschafft worden. *Schäfer* setzte sich sodann mit den Gründen für diese Auffassung auseinander. In der Entscheidung werde der Begriff Kernbereich der Mitgliedschaft durch unverzichtbare und unentziehbare Rechte ersetzt. Dies als Zeichen einer Abschaffung der Kernbereichslehre zu deuten, halte er für ein Missverständnis. Der Kernbereich der Mitgliedschaft bestehe nun mal aus unentziehbaren Rechten. Diskussionsbedürftig sei es dagegen, wenn der Senat in Bezug auf unentziehbare Rechte formuliere, „ob und in welchem Umfang man solche überhaupt anerkennen will“. Seines Erachtens spreche aber auch dies nicht für eine Abschaffung der Kernbereichslehre. Es werde zwar eine allgemeine Reserve ausgedrückt, das Ergebnis aber offengelassen. Auch gingen die beiden Entscheidungen von 1994 und 2005, auf die im Urteil Bezug ge-

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13, BGHZ 203, 77 = NJW 2015, 859.

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 15.1.2007, II ZR 245/05, BGHZ 170, 283 = NJW 2007, 1685.

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 16.10.2012, II ZR 239/11, WM 2013, 37.

nommen werde, von einem Zustimmungserfordernis bei Eingriffen in den Kernbereich aus.

Zwischenfazit sei also, so *Schäfer*, dass sich nichts am Bestand des Kernbereichs geändert habe. Dies sei auch in der Sache zutreffend, da sonst eine Verwässerung des Minderheitenschutzes drohe. Obgleich ein durch Zustimmung gewählter Machtverlust zuzulassen sei, könne eine Mehrheitsentscheidung einen solchen nicht legitimieren. Während bei Entzug des Rechts ein Eingriff noch auf der Hand liege, sei dies bei indirekten Auswirkungen auf Kernbereichsrechte anders. Die Problematik liege daher nicht in der Bestimmung der Kernbereichsrechte, sondern in der Bestimmung der notwendigen Eingriffsqualität. *Schäfer* widmete sich dann der Frage, wie diese Eingriffsqualität, die ein Zustimmungserfordernis auslöst, näher bestimmt werden kann. In der Regel hätten Maßnahmen, die alle Gesellschafter gleichermaßen betreffen, nicht die notwendige Eingriffsqualität. Allerdings seien auch Fälle denkbar, wie etwa die Verlängerung einer gesellschaftsvertraglichen Höchstdauer, in denen dies nicht zutrefte.

Zuletzt wandte sich *Schäfer* der Zustimmung und der Zustimmungspflicht zu. Für den Fall, dass es einer Zustimmung bedürfe, sei anerkannt, dass dies sowohl als Ja-Stimme zum Beschlussantrag als auch im Voraus erklärt werden könne. Eine Generalzustimmung – und damit auch eine solche in einer Mehrheitsklausel zu finden – scheide dagegen aufgrund des Schutzzwecks bei Eingriffen in den Kernbereich aus. Eine andere Frage sei die, ob eine nicht erteilte Zustimmung durch die Pflicht des betroffenen Gesellschafters zur Zustimmung ersetzt werden könne. Dort sei Zurückhaltung geboten. Für die seltenen Fälle, dass eine Zustimmungspflicht bestehe, müsse die Gesellschaft den sich Weigernden zunächst auf Zustimmung verklagen. Nur ausnahmsweise könne sich die Prozesslast umkehren, wenn eine rasche Umsetzung von existenzieller Bedeutung sei.

Daran schloss sich das zweite Referat von *Blath* mit dem Titel „Das Mehrheitsprinzip im GmbH-Recht – Grundlegendes und Gestaltungsfragen“ an.

Zunächst widmete sich *Blath* dem Mehrheitsprinzip der GmbH als Ausgangspunkt. Dieses sei gewissermaßen der Gegenpol zum Einstimmigkeitsprinzip der Personengesellschaft. Der Vorteil der Entschlussfähigkeit gehe dabei auf Kosten der Richtigkeitsgewähr. Entscheidend sei deshalb auch hier die Frage nach dem Minderheitenschutz. Dabei werde nicht nach einem stetigen Interessenausgleich gesucht, sondern es werde gefragt, wann sich das Mehrheitsinteresse ausnahmsweise nicht gegen das Minderheitsinteresse durchsetzen könne. Die Minderheit in der GmbH sei als Kapitalminderheit zu verstehen. Eine erste Stufe des Minderheitenschutzes, seien die von Gesetzes wegen erhöhten Quoren für grundlegende Entscheidungen wie Satzungsänderungen. Eine Ausnahme sei die erforderliche Einstimmigkeit bei Zweckänderung der Gesellschaft gemäß § 33 Abs. 1 Satz 2 BGB analog. Ein Korrektiv des Mehrheitsprinzips seien Stimmverbote, die in § 47 Abs. 4 GmbHG geregelt sind. Im Einzelfall ermögliche ein solches Stimmverbot auch Entscheidungen der Minderheit zulasten der Mehrheit, beispielsweise der Ausschluss des Mehrheitsgesellschafters aus wichtigem Grund. Der effektivste Minderheitenschutz sei aber im Bereich der unentziehbaren Rechte zu finden. So seien die Teilnahme an der Gesellschafterversammlung, das Recht auf Erhebung kassatorischer Klagen, das Recht auf Austritt aus wichtigem Grund, die gesetzlich geregelten Minderheitenrechte und das Auskunfts- und Einsichtsrecht absolut unentziehbare – und damit unverzichtbare – Rechte. Ein Gesellschafterbeschluss sei bei Verstoß nichtig. Daneben gebe es

relativ unentziehbare Rechte, die zum Kernbereich der Mitgliedschaft gehörten. Die Diskussion aus dem Personengesellschaftsrecht sei im GmbH-Recht nicht zu finden, es bestehe Einigkeit, dass es Kernbereichsrechte gebe, die nur mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters entzogen werden könnten. Zu diesen zählten das Stimmrecht, das Gewinnrecht und der Anspruch auf die Liquidationsquote oder die Abfindung bei Ausscheiden. Mittelbare Eingriffe in den Kernbereich seien dagegen nicht zustimmungsbedürftig; angezeigt sei hier allenfalls eine materielle Beschlusskontrolle. Strukturell ähnlich seien Sonderrechte, wie beispielsweise das Recht zur Geschäftsführung; auch sie ließen sich, außer bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, nach § 35 BGB nur mit Zustimmung des Gesellschafters entziehen. Daneben komme auch in § 53 Abs. 3 GmbHG ein allgemeines gesellschaftliches Prinzip, das Belastungsverbot, zum Ausdruck. Dort sei das Zustimmungserfordernis für leistungsvermehrnde Satzungsänderungen geregelt.

Anschließend ging *Blath* auf bewegliche Schranken ein. Das soeben Erläuterte seien die starren Schranken gewesen, da sie die formellen Voraussetzungen der Beschlussfassung betrafen oder konkret umrissene Tatbestände hätten. Bei den beweglichen Schranken gehe es dagegen um eine einzelfallbezogene Kontrolle, gewissermaßen um die materielle Beschlusskontrolle. Diese werde insbesondere vom Gleichbehandlungsgrundsatz und der Treuepflicht ausgemacht. Zunächst widmete sich *Blath* dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Dieser, als allgemeiner gesellschaftsrechtlicher Grundsatz, enthalte ein Willkürverbot bzw. ein Rechtfertigungsgebot und verbiete damit sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlungen. Gerechtfertigt sei eine Ungleichbehandlung, wenn das Interesse der Gesellschaft an der Ungleichbehandlung das Interesse des benachteiligten Gesellschafters überwiege und die Ungleichbehandlung zur Erreichung ihres Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sei. Ein Verstoß habe die Anfechtbarkeit zur Folge. Auch die Treuepflicht sei ein verbandsübergreifender Grundsatz im Verhältnis zur Gesellschaft und zu Mitgesellschaftern und gelte insbesondere bei Ausübung des Stimmrechts. Grundsätzlich sei die Stimmrechtsausübung aber frei, lediglich bei der Ausübung uneigennütziger Gesellschaftsrechte habe das Gesellschaftsinteresse den Vorrang. Sodann stellte *Blath* die Frage, ob eine allgemeine materielle Beschlusskontrolle bei Grundlagenentscheidungen sinnvoll sei. Nach herrschender Meinung und BGH sei dies nicht der Fall, denn auch Grundlagenentscheidungen seien in der Regel per se gerechtfertigt, eine Kontrolle daher der Ausnahmefall.

Im letzten Teil seines Vortrags ging *Blath* der Frage der Gestaltungsmöglichkeiten nach. Im GmbH-Recht herrsche weitgehend Gestaltungsfreiheit, wodurch der unverzichtbare Minderheitenschutz freilich nicht überwunden werden dürfe. Zunächst seien Gestaltungen zur Modifikation der Mehrheiten denkbar. Durch eine Erhöhung der Quoren, bis hin zum Einstimmigkeitserfordernis, sei eine Stärkung des Minderheitenschutzes zu erreichen. In der Diskussion, ob sich das Erfordernis der Einstimmigkeit aufgrund ergänzender Vertragsauslegung ergeben könne, sei die ablehnende Haltung des BGH vorzuzugewandigt. Bei der Formulierung der Satzungsklausel sei auf Eindeutigkeit zu achten. Insbesondere gebe es einen Unterschied zwischen der Anforderung der Ja-Stimmen sämtlicher Gesellschafter und deren Zustimmung. Die Formulierung „Zustimmung“ ließe eine solche außerhalb der Versammlung zu, bei der Formulierung „Ja-Stimmen“ müsse man dagegen davon ausgehen, dass damit die Zustimmung in der Gesellschafterversammlung gemeint sei. Während die Einführung eines erhöhten Quorums mangels Eingriffs in den

Kernbereich ohne Zustimmung sämtlicher Gesellschafter möglich sei, sei dies bei der Abschaffung fraglich. Die wohl herrschende Meinung bejahe dies; der BGH habe diese Frage bislang offen gelassen, es sei aber davon auszugehen, dass auch hier kein Eingriff in den Kernbereich vorliege. Eine Absenkung der Quoren scheidet dagegen regelmäßig aus; gleiche Ergebnisse ließen sich aber über die Modifikation der Stimmrechte erreichen. Derartigen Modifikationen widmete sich *Blath* als Nächstes. Die Stimme sei die Rechengröße, aus der sich die Beschlussmehrheit konstituiere. Als erste Modifikation sei die Einräumung eines Stichentscheids möglich. Damit könne die betroffene Stimme eine Pattsituation auflösen, eine Mehrheit im Sinne des § 47 Abs. 1 GmbHG sei dann nicht mehr notwendig. Des Weiteren seien ein Mehrstimmrecht zugunsten einzelner Geschäftsanteile oder Gesellschafter und ein verändertes Stimmgewicht bis hin zur Stimmkraft nach Köpfen möglich. Dass § 47 Abs. 2 GmbHG dispositiv

sei, ergebe sich schon aus § 45 Abs. 2 GmbHG. Möglich seien zudem stimmrechtslose Geschäftsanteile, deren Zulässigkeit seit langem anerkannt sei, dessen Einführung auf Grund des Kernbereichseingriffs aber zustimmungsbedürftig sei. *Blath* schloss seinen Vortrag mit einem Blick auf Einzelzustimmungen und Vetorechte. Die Einzelzustimmung sei die Zustimmung zum Beschluss als solchen. Schwächer sei dagegen das Vetorecht eines Gesellschafters, das ebenso in der Satzung vorgesehen werden könne.

Unmittelbar nach den Vorträgen kam es zu einer Diskussion mit den Referenten, die sich den zahlreichen Fragen des Auditoriums widmeten. Bei einem anschließenden Empfang hatten die Teilnehmer und Referenten die Möglichkeit zum weiteren fachlichen und persönlichen Austausch. Die Referate von *Schäfer* und *Blath* sind zur Veröffentlichung in einem Tagungsband in der Reihe „Schriften zum Notarrecht“ vorgesehen.

## BUCHBESPRECHUNGEN

### **Kersten/Bühling (Hrsg.): Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit. 25. Aufl., Carl Heymanns, 2016. 3120 S., 309 € inkl. CD-ROM**

Das bei Notaren wie Notarassessoren gleichermaßen beliebte Standardwerk im Bereich der Formularbücher ist nunmehr nach etwa zweieinhalb Jahren mit nahezu unverändertem Bearbeiterkreis in 25. Auflage erschienen. Die bekannte und bewährte Art des Aufbaus, die theoretische Erläuterungen mit praktischen Formulierungsmustern sowie Hinweisen zu Gebühren kombiniert, erlaubt es dem Praktiker, mit wenigen Handgriffen sämtliche relevanten Fragen eines bestimmten Problems nachschlagen zu können. Auch die klar strukturierte, vor allem an der Systematik des BGB orientierte Gliederung trägt zur Übersichtlichkeit maßgeblich bei. Die mittlerweile mehr als 1.800 Muster und Formulare sind zudem über eine dem Buch beiliegende CD-ROM im rtf-Format verfügbar. Auch hier ist eine übersichtliche Gliederung der Muster vorhanden, die bei Bedarf die Übernahme in die eigene Textvorbereitung erheblich erleichtert. Der Umfang des Werkes ist im Vergleich zur Voraufgabe nochmals moderat um etwa 100 Seiten gewachsen. Dies ist angesichts der Zielsetzung, eine möglichst umfassende Bearbeitung der relevanten Praxisprobleme zu bieten, gut vertretbar.

Neuerungen und Überarbeitungen im Vergleich zur Voraufgabe waren insbesondere veranlasst durch das Inkrafttreten

der EuErbVO im August 2015 sowie das Inkrafttreten des GNotKG im August 2013. Das Kostenrecht war in der Voraufgabe noch weitgehend „zweigleisig“ (nach KostO und GNotKG) behandelt worden, wobei hinsichtlich des GNotKG praktische Erfahrungen noch nicht berücksichtigt werden konnten. Auch die nunmehr in § 21 Abs. 3 BNotO normierte Vollmachtsbescheinigung wird thematisiert, jedoch findet sich ausgerechnet zu diesem praktisch relevanten Thema keine Formulierungshilfe. Neu ist auch ein Abschnitt über den Nachweis der Vertretungsmacht von Organen und der Existenz ausländischer Gesellschaften im Allgemeinen Kapitel über „Notarielle Geschäfte mit Auslandsbezug“ (§ 26). Angesichts der zunehmenden Relevanz dieses Themas ist sehr begrüßenswert, dass die wesentlichen Anforderungen, mit denen der Praktiker in diesem Zusammenhang konfrontiert ist, hier kompakt und übersichtlich zusammengefasst werden.

Insgesamt stellt das Werk eine wertvolle Ergänzung jeder Praktikerbibliothek dar, die auch zu nicht alltäglichen Problemen Hilfestellung bietet. Der Anspruch, ein an den Bedürfnissen der notariellen Praxis orientiertes, alle relevanten Fragen abdeckendes Werk zu schaffen, wird auch in der Neuauflage in beeindruckender Weise erfüllt.

Notar Dr. *Christoph Suttman*, Hof

### **Heinemann (Hrsg.): Kölner Formularbuch Grundstücksrecht. 2. Aufl., Carl Heymanns, 2016. 1335 S., 149 € inkl. CD-ROM**

Der Herausgeber gibt als Ziel des besprochenen Buches aus, den Leser anzuregen, „überkommene Vertragsformulierungen zu überdenken“ und die „tradierte Vertragsgestaltung einer kritischen Prüfung zu unterziehen“. Dafür hat er sich Mitstreiter – sämtlich Notare – gesucht, die das gesamte Grundstücksrecht in acht Kapiteln bearbeiten.

Kapitel 1 (*Krafka/Seeger*) bietet einleitende Worte zur Vertragsgestaltung im Allgemeinen. Man merkt schon nach wenigen Sätzen, dass es den Autoren ein echtes Anliegen ist, bei der Vertragsgestaltung eine Sprache zu verwenden, die den Beteiligten das Verständnis ihres (!) Vertrags erleichtert. Ob dies dadurch erreicht werden kann, dass der Vertragstext in der ersten Person Singular/Plural formuliert wird („Ich, die Käuferin, ...“ – so etwa die Formulierungsvorschläge von *Heinemann* zum Kauf), darf bezweifelt werden. Trotzdem ist die Mahnung der Autoren berechtigt und das Kapitel äußerst lesenswert.

Kapitel 2 bis 4 beschäftigen sich mit dem Eigentum an Immobilien, grundstücksgleichen und dinglichen Rechten. Die Schwerpunktsetzung ist den Verfassern gut gelungen. Das Wohnungs- und Teileigentum ist auf 154 Seiten dargestellt, Exoten wie das Bergwerkseigentum und vermeintliche Exoten wie das Fischereirecht jeweils in der gebotenen Kürze (jeweils 4 Seiten), wobei zahlreiche Literaturhinweise dem interessierten Leser die weitere Recherche erleichtern. Das

Kapitel zum Erbbaurecht (*Heinemann*) wurde grundlegend überarbeitet, ist klar verständlich geschrieben und überzeugt durch den Ansatz, von einem auf das absolut Nötigste reduzierten Vertragsmuster ausgehend die durchaus komplexe Materie zu erarbeiten. Für die sicher folgende Neuauflage sei angeregt, diesen Ansatz konsequent (etwa auch beim Bauträgervertrag) im gesamten Buch zu verfolgen.

Kapitel 5 widmet sich dem Erwerb einer Immobilie durch einen Kaufvertrag und stellt diesen auf rund 280 Seiten dar. Das Werk besticht hier – neben den zahlreichen Mustern – vor allem durch eine präzise und knappe Darstellung der Probleme, die sodann einer Lösung zugeführt werden. Zur verständlichen Darstellung des Vorleistungscharakters einer Vormerkung und der damit verbundenen Probleme benötigt *Koller* (Kapitel 5, Rdnr. 859 f.) nur wenige Absätze. In Anbetracht der jüngeren Rechtsprechung (OLG Bremen, Urteil vom 21.11.2013, 3 U 23/13, RNNotZ 2014, 168; OLG Koblenz, Urteil vom 1.10.2014, 5 U 530/14, BeckRS 2015, 10425; OLG Düsseldorf, Urteil vom 10.3.2015, I-21 U 93/14, NJW-RR 2015, 1103; zuletzt BGH, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 78/14, DNotZ 2016, 271) wäre im Bereich der Gewährleistungsausschlüsse / Beschaffenheitsvereinbarungen allerdings mit einigen Worten zu rechnen gewesen, wie mit der weitverbreiteten Vorstellung des Käufers umzugehen ist, dass er auf Angaben in einem Exposé vertrauen darf (dazu etwa *Herrler*, NJW 2016, 1767).

Zwischen Kauf- und Bauträgervertrag (Kapitel 7) schiebt sich der Erwerb durch Schenkung. Mögliche Gegenleistungen des Erwerbers sind ausführlich dargestellt. Beachtung hätte aber

verdient, dass Basisjahr des Verbraucherpreisindex nun das Jahr 2010 (nicht 2005 wie in Kapitel 6 Rdnr. 234 angegeben; das Muster in Kapitel 6 Rdnr. 173 arbeitet ohne Basisjahr) ist.

Der Bauträgervertrag ist verhältnismäßig knapp dargestellt und ersichtlich kein Schwerpunkt des Werks. Es schließen sich sonstige Erwerbsformen als letztes Kapitel an (z. B. ein Erwerb durch gesellschaftsrechtliche Gestaltungen). Die Idee, spezielle Themen am Ende zu erörtern und damit die vorangehenden Kapitel zu entlasten, trägt zur guten Lesbarkeit des Buches bei.

Zusammenfassend: Das Formularbuch bietet einen hervorragenden Einstieg in die Materie des Grundstücksrechts. Die

Textmuster werden an verschiedenen Stellen ergänzt durch Pro- und Contra-Listen (etwa *Kroier* in Kapitel 2, Rdnr. 92 f. zum Verhältnis einer Miteigentümerregelung zum Erwerb durch eine GbR), um die Abwägung des Für und Widers verschiedener Gestaltungsmöglichkeiten erleichtern. Regelmäßig auftretende Probleme werden präzise dargestellt und Lösungsmöglichkeiten angeboten.

Das Kölner Formularbuch Grundstücksrecht ist in jedem Fall eine Bereicherung für jede Handbibliothek. Die Vertragsmuster können über die beigelegte CD-ROM in die eigene Sammlung übernommen werden.

Notarassessor Dr. *Sebastian Sammet*, Bamberg

### **Süß/Wachter (Hrsg.): Handbuch des internationalen GmbH-Rechts. 3. Aufl., zerb Verlag, 2016. 2084 S., 189 €**

Knapp fünf Jahre nach dem Erscheinen der Voraufgabe liegt nun das in 3. Auflage erscheinende und von *Süß* und *Wachter* herausgegebene Handbuch des internationalen GmbH-Rechts mit einem stattlichen Umfang von über 2000 Seiten zu einem Preis von 189 Euro vor.

Auch wenn das internationale GmbH-Recht in den meisten Notariaten wohl noch nicht zum absoluten Alltagsgeschäft gehören dürfte, sind die stärker werdende Internationalisierung des Gesellschaftsrechts und deren Einflüsse auch auf die notarielle Berufspraxis unverkennbar. Bereits aus diesem Grund besteht ein Bedürfnis nach einem Nachschlagewerk, welches diese Thematik präzise und praxistauglich darstellt sowie einen schnellen Zugriff auf die sich stellenden Probleme ermöglicht. Dieser Aufgabe nimmt sich das zu rezensierende Werk in gelungener Weise an:

Das Handbuch gliedert sich in einen ca. 412 Seiten langen Allgemeinen Teil und in die Länderberichte, in denen das GmbH-Recht aus 42 Staaten auf ca. 1600 Seiten dargestellt werden. Verfasst wurden die Beiträge, welche allesamt in deutscher Sprache gehalten sind, von insgesamt 64 Autoren, wobei die Länderberichte häufig, aber nicht ausschließlich, von Angehörigen des jeweiligen Staates dargestellt werden. Diese Aufteilung vermag zu überzeugen, da auf diese Weise zum einen ein allgemeiner Überblick über die Grundlagen des Internationalen GmbH-Rechts geschaffen, zum anderen aber auch die Klärung von Spezialfragen bezüglich des jeweiligen nationalen Rechts ermöglicht wird.

Im ersten Kapitel des Buches widmet sich *Süß* den Grundlagen des internationalen Gesellschaftsrechts. Gerade im Hinblick darauf, dass dieses im Deutschen IPR (noch) nicht kodifiziert ist, tut eine solche Darstellung unter insbesondere Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH not und ermöglicht das notwendige Grundlagenwissen für das Verständnis der nachfolgenden Kapitel.

Im darauffolgenden Kapitel geht *Wachter* auf Zweigniederlassungen von EU-Auslandsgesellschaften im deutschen Handelsregister ein. Hinsichtlich der Umstände, dass die Anmeldung einer Zweigniederlassung einer Auslandsgesellschaft zwar einerseits in der notariellen Tätigkeit nicht allzu viel Zeit und Kapazitäten in Anspruch nehmen kann, andererseits die §§ 13 ff. HGB relativ kompliziert gehalten sind, ist die systematische Darstellung dieser Thematik (S. 87 ff.) nur

zu begrüßen, wenngleich sich diese auf die englische private limited company konzentriert.

Hiernach stellt *Kienle* die Schnittstellen des internationalen Gesellschafts- und Insolvenzrechts dar. Auch wenn diese Fragestellungen für den Notar in seiner täglichen Arbeit nicht von vordringlichster Relevanz sein dürften, hat diese rechtlich und wirtschaftlich interessante Problematik zweifellos ihren Platz im Handbuch verdient, zumal das Handbuch sich keineswegs nur an Notare richtet, sondern einen breiteren Leserkreis anspricht.

Im vierten Kapitel des Werkes behandelt *Teichmann* die Sitzverlegung einer Gesellschaft und damit einen Themenbereich, welcher die berufliche notarielle Tätigkeit regelmäßig erreicht. Während die Sitzverlegung im Inland bekanntermaßen unproblematisch ist, weist der Autor darauf hin, dass bei grenzüberschreitenden Satzungssitzverlegungen eine Rechtsunsicherheit bestehe, und empfiehlt daher den Weg einer grenzüberschreitenden Verschmelzung (S. 246 f.).

Auf diese jedoch sicherlich nicht alltägliche Gestaltungsaufgabe gehen *Herrler/Herrler* im nachfolgenden Abschnitt ein. Dass sie sich hierbei auf die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften beschränken und Personengesellschaften sowie die übrigen Umwandlungsvarianten außen vor lassen (S. 255), leuchtet im Hinblick darauf, dass sich die 2005 in Kraft getretene und in §§ 122a UmwG umgesetzte Verschmelzungsrichtlinie nur auf Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften bezieht und die übrigen Gestaltungsmöglichkeiten daher kaum praxisrelevant sein dürften, ein. Eingehender wird die Verschmelzung von deutschen und österreichischen GmbHs dargestellt (S. 265 ff.), wobei auch auf die Besonderheiten bei Beteiligungen einer limited sowie anderer Gesellschaftsformen eingegangen wird.

Die umstrittene Frage, ob grenzüberschreitende Unternehmensverträge zulässig sind, beleuchtet anschließend *Heckschen*, der sich der bejahenden herrschenden Lehre anschließt (S. 326), wobei der Hinweis auf die Gesetzesformulierung „Gesellschaften mit Sitz im Inland“ in § 305 Abs. 2 Nr. 1, 2 AktG insoweit etwas ungenau ist, als dass das Gesetz inzwischen auf einen Sitz „in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union oder in einem anderen Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum“ Bezug nimmt; freilich nimmt diese Formulierung dem Argument nicht seine Kraft.

Selbstverständlich dürfen auch die steuerrechtlichen Implikationen eines internationalen Bezugs für eine vollständige Dar-

stellung nicht fehlen. Dieser Aufgabe nehmen sich im letzten Kapitel des Allgemeinen Teils v. *Brocke/Müller* an und gehen dabei insbesondere auf die Auswirkungen von grenzüberschreitenden Sachverhalten auf das deutsche Steuerrecht ein (S. 85 ff.).

An diesen allgemeinen Teil, der, wenngleich sich einige Wiederholungen finden, einen prägnanten Überblick liefert, schließt sich der umfangreiche Länderbericht an, der bereits aufgrund seiner alphabetischen Sortierung einen unkomplizierten Zugriff ermöglicht. Besonders erfreulich ist, dass die Länderberichte betreffs der behandelten Kapitel jeweils gleichartig aufgebaut sind und hierdurch ein schnelles Auffinden des gesuchten Themenbereichs ermöglicht wird. Selbstverständlich ist, dass aufgrund der vorzunehmenden Länderauswahl der Umstand auftreten kann, dass sich zum interessierenden Land kein Bericht vorfindet; jedoch erscheint die

Auswahl als vom Umfang her angemessen. Zudem finden sich zumindest auf der beigelegten CD-ROM auch bezüglich nicht aufgenommenen Länder weitergehende Informationen, Gesetzestexte und Materialien.

Zusammenfassend kann das Handbuch des internationalen GmbH-Rechts für jede Bibliothek anempfohlen werden, da es im Allgemeinen Teil eine gute Einführung in die grundsätzlichen Problematiken des internationalen Gesellschaftsrechts bietet und durch die zahlreichen Länderberichte auch die Information über speziellere Fragen ermöglicht. Dies erscheint nicht nur für den Spezialisten, sondern auch und gerade für den Notar, der sich nicht täglich mit der behandelten Thematik befasst, als sehr hilfreich und praxistauglich.

Notarassessor Dr. *Luitpold Graf Wolffskeel v. Reichenberg*,  
Füssen

### **Tillmann/Schiffers/Wälzholz/Rupp: Die GmbH im Gesellschafts- und Steuerrecht. 6. Aufl., Otto Schmidt, 2015. 750 S., 79,80 €**

Sechs Jahre nach der Voraufgabe ist nunmehr das vorgenannte Handbuch zur GmbH umfassend aktualisiert erschienen, das zwar noch den Begründer des Buchs, *Tillmann*, als Mitautor ausweist, aber nunmehr ausschließlich durch Notar *Wälzholz*, Rechtsanwalt/Steuerberater *Rupp* und Rechtsanwalt/Steuerberater *Recnik* (im gesellschaftsrechtlichen Teil) und Wirtschaftsprüfer/Steuerberater *Schiffers* (im steuerlichen Teil) bearbeitet wurde. Die Voraufgaben wurden bereits in *MittBayNot* 2004, 428, und *MittBayNot* 2009, 369, mit entsprechender Anschaffungsempfehlung rezensiert.

Neu aufgenommen wurde das von *Recnik* und *Schiffers* bearbeitete Kapitel zur GmbH im Unternehmensverbund, also dem GmbH-Konzernrecht, sodass das Handbuch auf mittlerweile über 700 Seiten angewachsen ist.

Nur kurz behandelt sind angrenzende Themen und Nebengebiete zum GmbH-Recht, z. B. die Treuhand, die Betriebsaufspaltung, die GmbH & Co. KG, die GmbH & Still, Pool-Vereinbarungen. Gesamtmuster sind nicht enthalten, jedoch in verschiedenen Bereichen einzelne und recht bedenkenswerte Formulierungsvorschläge (z. B. für eine „gespaltene“ Stimmabgabe, Rdnr. 323).

Besonders hervorzuheben ist die unverändert sehr gelungene und (auch für Nichtjuristen durchaus) verständliche Gesamtdarstellung des Gesellschafts- und Steuerrechts der GmbH mit vielen praktischen Hinweisen, z. B. die präzisen Ausführungen zur Amtsniederlegung des Geschäftsführers (Rdnr. 382 ff.).

Noch einige Detail-Anmerkungen bzw. einige Anregungen:

Rdnr. 34 enthält präzise Ausführungen zu den Vertretungs- und Formfragen bei der Gründung einer GmbH durch eine GbR.

Bei der Frage, ob bei der Einziehung eines Geschäftsanteils der Gesamtnominalbetrag der Anteile von der Höhe des Stammkapitals abweichen darf, ist in Rdnr. 53 die abweichende Entscheidung des BGH, Urteil vom 2.12.2014, II ZR 322/13, DNotZ 2015, 447 nicht berücksichtigt.

In Rdnr. 105 wird zwar im Ausgangspunkt zutreffend ausgeführt, dass zur Gründung keine gegenstandsabhängigen

staatlichen Genehmigungen beim Registergericht vorgelegt werden müssen. Nicht erwähnt sind aber diesbezügliche Ausnahmen bzw. Besonderheiten, z. B. § 43 Abs. 1 KWG bei Bankgeschäften bzw. Finanzdienstleistungen nach § 32 KWG, die Nachweispflichten bei Verwendung bestimmter geschützter Firmierungen, z. B. bei bestimmten Freiberufler-GmbHs (vgl. *Krafka/Kühn*, Registerrecht, Rdnr. 232 f.) und die mögliche Unwirksamkeit einer GmbH-Gründung bei Fehlen einer Erlaubnis nach dem RDG (vgl. *Weigl*, DNotZ 2011, 169).

Vermisst habe ich nähere Ausführungen zur praxisrelevanten Gründungsvariante mit Hilfe eines sog. Sach-Agios, welche bei der Einbringung eines Unternehmens bzw. Teilbetriebs die Möglichkeit der Vermeidung der formalen Anforderungen einer Sachgründung ohne steuerliche Nachteile bietet (vgl. BFH, Urteil vom 7.4.2010, I R 55/09, *MittBayNot* 2010, 507; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 7.5.2014, 11 Wx 24/14, *MittBayNot* 2014, 468; *Lubberich*, DNotZ 2016, 164).

Die Möglichkeit einer satzungsmäßigen Ermächtigungsklausel zur Schaffung eines Aufsichtsrats (vgl. Rdnr. 395 a. E.) wurde jüngst durch das KG Berlin, Urteil vom 23.7.2015, 23 U 18/15, *GmbHR* 2016, 29 in Frage gestellt.

Die Anforderungen an einen Beschluss für eine inkongruente Gewinnausschüttung werden in Rdnr. 497 und Rdnr. 882 f. insbesondere im Hinblick auf die Notwendigkeit einer satzungsmäßigen Öffnungsklausel und der Notwendigkeit der Registereintragung eines satzungsdurchbrechenden Beschlusses etwas unterschiedlich dargestellt.

Vereinzelte gibt es auch sonst im gesellschafts- bzw. zivilrechtlichen Teil einerseits und im steuerrechtlichen Teil andererseits Überschneidungen bzw. Wiederholungen, z. B. zu sog. Steuerklauseln (vgl. hierzu Rdnr. 510 und 650) oder zur Sozialversicherungspflicht des Geschäftsführers (vgl. hierzu Rdnr. 1281 ff. und 1419 ff.) oder zum Rangrücktritt (vgl. hierzu Rdnr. 1797 ff. und 2263 ff.).

Bei den Ausführungen zur Teilung eines Geschäftsanteils fehlt zur Frage der Notwendigkeit der Zustimmung des betroffenen Gesellschafters (Rdnr. 971 mit Fn. 3) ein Hinweis zur gewichtigen Gegenansicht (vgl. *Mayer/Weiler* in Beck'sches Notarhandbuch, Kap. D. I., Rdnr. 433 m. w. N.), ferner eine Erwähnung des im Zusammenhang mit einer Teil-

lung wichtigen Urteils des BGH vom 17.12.2013, II ZR 21/12, MittBayNot 2014, 174.

Im neuen Kapitel zum GmbH-Konzernrecht werden die Formalien zu einem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag zutreffend dargestellt (Rdnr. 1981). Auf die Frage abweichender formaler Anforderungen bei den sonstigen Unternehmensverträgen wird jedoch nicht eingegangen (vgl. hierzu OLG München, Beschluss vom 17.3.2011, 31 Wx 68/11, DNotZ 2011, 949, u. hierzu *Heckschen*, GWR 2011, 214), und bei dem Hinweis in Rdnr. 1976, dass Teilgewinnabführungsverträge im GmbH-Konzern „kaum praktische Bedeutung“ haben, wird offenbar übersehen, dass die stille Beteiligung an einer GmbH (GmbH & Still) einen Teilgewinnabführungsvertrag darstellt (vgl. OLG München, a. a. O.) und durchaus eine erhebliche praktische Bedeutung hat. Allerdings wendet die bisherige Rechtsprechung auf einen solchen Teilgewinnabführungsvertrag mit einer GmbH weder die aktienrechtlichen Regelungen noch die Bestimmungen für eine Satzungsänderung an (OLG München,

a. a. O.; KG, Beschluss vom 29.10.2013, 12 W 43/12, NotBZ 2014, 290).

Die Anforderungen zur Beendigung eines Unternehmensvertrags werden im Grundsatz zutreffend dargestellt und die neuere Rechtsprechung berücksichtigt (Rdnr. 1996 ff.). Es fehlt allerdings ein Hinweis darauf, dass die notarielle Beurkundung eines Zustimmungsbeschlusses wohl entbehrlich ist, wenn die Beendigung des Unternehmensvertrages auf einer wirksamen Kündigung des herrschenden Unternehmens beruht (DNotI-Report 2012, 46; *Hermanns*, RNotZ 2015, 635).

Insgesamt verschafft das Buch unverändert einen ausgezeichneten Überblick zum GmbH-Recht, sowohl gesellschafts- als auch steuerrechtlich. Es kann jedem thematisch interessierten Rechtsberater zur Anschaffung empfohlen werden, nicht zuletzt aber auch Gründern bzw. Geschäftsführern einer GmbH, auch wenn sie über keine vertieften Vorkenntnisse hierzu verfügen.

Notar Dr. *Gerald Weigl*, Schwabmünchen

## RECHTSPRECHUNG

### Bürgerliches Recht

1. WEG § 10 Abs. 6 und 7, § 21 Abs. 1 und 7 (*Beschlusskompetenz für Grundstückserwerb durch die Wohnungseigentümergeinschaft*)

1. **Die Wohnungseigentümer können grundsätzlich den Erwerb eines Grundstücks durch die Gemeinschaft beschließen. An der erforderlichen Beschlusskompetenz fehlt es nur dann, wenn es sich offenkundig nicht um eine Verwaltungsmaßnahme handelt.**
2. **Der Erwerb eines Grundstücks durch die Wohnungseigentümergeinschaft entspricht jedenfalls dann in aller Regel ordnungsmäßiger Verwaltung, wenn das Grundstück für die Wohnungseigentumsanlage von Beginn an eine dienende und auf Dauer angelegte Funktion hatte und diese mit dem Erwerb aufrechterhalten werden soll.**
3. **Die Kosten des Erwerbs eines Grundstücks stellen einen besonderen Verwaltungsaufwand im Sinne des § 21 Abs. 7 WEG dar, dessen Verteilung die Wohnungseigentümer mit Stimmenmehrheit abweichend von dem gesetzlichen Kostenverteilungsmaßstab des § 16 Abs. 2 WEG regeln können.**

BGH, Urteil vom 18.3.2016, V ZR 75/15

Die Parteien bilden eine Wohnungseigentümergeinschaft. Die aufteilende Eigentümerin hatte die Wohnanlage mit sechs Stellplätzen für die Wohnungen Nrn. 26 bis 31 auf einem in ihrem Eigentum stehenden Grundstück errichtet. Den Wohnungen Nrn. 1 bis 25 wurde in der Teilungserklärung vom Januar 1982 jeweils ein PKW-Stellplatz auf dem Nachbargrundstück, das ebenfalls der teilenden Eigentümerin gehörte, zugeordnet. Vorgesehen war, den Wohnungseigentümern insoweit Grunddienstbarkeiten zu bestellen. Wenig später wurde diese Regelung in der Teilungserklärung aufgehoben. Stattdessen begründete die teilende Eigentümerin zur Abwendung der Stellplatzabgabe an dem Nachbargrundstück eine öffentlichrechtliche Baulast, wonach die 25 Stellplätze der Wohnungseigentümergeinschaft zur Verfügung stehen. Seither werden die Stellplätze durch die Wohnungseigentümer genutzt.

Nach Veräußerung des Nachbargrundstücks forderte die neue Eigentümerin von der Wohnungseigentümergeinschaft für die Vergangenheit in unverjährter Zeit eine Nutzungsentschädigung und bot ihr den Kauf der für die Stellplätze genutzten Teilfläche zu einem Preis von 75.000 € oder den Abschluss eines Mietvertrages mit einem Mietzins zu 750 € monatlich an.

Auf der Eigentümerversammlung vom 15.5.2013 fassten die Wohnungseigentümer zu TOP 3 a mehrheitlich folgenden Beschluss:

„[...] Die Eigentümer beschließen, den Teil des Nachbargrundstücks [...], auf dem sich die 25 Stellplätze gemäß Lageplan zur Teilungserklärung vom 25.1.1982 befinden, durch die Wohnungseigentümergeinschaft entsprechend dem Angebot der Rechtsanwälte [...] vom 26.2.2013 unter Berücksichtigung folgender Maßgaben zu erwerben:

- Der Kaufpreis beträgt maximal € 75.000
- [...] Es soll im Vertrag die Mangelfreiheit geregelt werden.
- Der Verwalter wird ermächtigt, für die Wohnungseigentümergeinschaft sämtliche erforderlichen Erklärungen im Zusammenhang mit Abschluss und Durchführung des Kaufvertrages gegenüber Verkäufer, Notar, Grundbuchamt, Finanzamt und sämtlichen weiteren Stellen abzugeben. Der Kaufpreis wird durch Erhebung einer Sonderumlage finanziert. [...] Für die Sonderumlage sowie die endgültige Verteilung sämtlicher Kosten im Zusammenhang mit Abschluss und Durchführung des Kaufvertrages gilt folgender Kostenverteilungsschlüssel: 15 %

des Kaufpreises sind von allen Eigentümern nach Einheiten zu tragen, 85 % des Kaufpreises von den Eigentümer WE 1-25 als Nutzer der Stellplätze.“

Außerdem wurde unter TOP 3 c eine Sondervergütung für den Verwalter von 500 € zzgl. Umsatzsteuer anlässlich der Begleitung der Kaufvertragsverhandlungen ebenfalls mehrheitlich beschlossen.

Die Klägerin, Eigentümerin der Wohnung Nr. 3, verfolgt mit ihrer Klage das Ziel, die zu TOP 3 a und 3 c gefassten Beschlüsse für ungültig bzw. nichtig zu erklären. Das AG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Mit der vom LG (beschränkt auf bestimmte Fragen) zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, verfolgt die Klägerin ihre Anträge weiter.

Nach Ansicht des Berufungsgerichts, dessen Entscheidung unter anderem in ZWE 2015, 367 veröffentlicht ist, halten sich die angefochtenen Beschlüsse im Rahmen der Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer. Es sei anerkannt, dass die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer als Verband Immobiliareigentum erwerben könne. Demgemäß sei den Wohnungseigentümern grundsätzlich die Beschlusskompetenz für den Erwerb eines Grundstücks durch die Gemeinschaft zuzubilligen, jedenfalls dann, wenn der Erwerb Angelegenheiten betreffe, die Gegenstand der Verwaltung nach § 21 Abs. 1 WEG seien. Dies sei vorliegend der Fall, da die Wohnungseigentümergeinschaft schon mit ihrer Gründung nicht nur auf dem eigenen, sondern auch auf dem Nachbargrundstück über Parkraum verfügt habe. Der Beschluss der Gemeinschaft zum Ankauf der Teilfläche widerspreche auch nicht den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Verwaltung. Er diene dazu, die Parkmöglichkeit zu erhalten und für die Zukunft zu sichern. Etwaigen Beschaffungsrisiken, wie Schadstoffkontaminationen, werde dadurch begegnet, dass das Grundstück nur unter Vereinbarung der Mangelfreiheit angekauft werden könne.

Auch sei die beschlossene Kostenverteilung nicht zu beanstanden. Grundlage für den Mehrheitsbeschluss sei § 21 Abs. 7 WEG. Es sei sach- und ermessensgerecht, wenn in erster Linie diejenigen Eigentümer, denen der Zukauf des Grundstücks zugutekomme, zur Aufbringung der Kosten herangezogen würden.

*Aus den Gründen:*

#### II.

Dies hält rechtlicher Überprüfung stand.

1. Soweit das Berufungsgericht – ohne nähere Begründung – in dem Rubrum des angegriffenen Urteils die Wohnungseigentümergeinschaft als Beklagte bezeichnet, handelt es sich um eine versehentliche Falschbezeichnung. Wie dem amtsgerichtlichen Urteil, auf das das Berufungsgericht verweist, zu entnehmen ist, ist die Beschlussmängelklage – nach § 46 Abs. 1 Satz 1 WEG in zutreffender Weise – gegen die übrigen Wohnungseigentümer gerichtet worden. Insoweit wird das Berufungsgericht eine Rubrumsberichtigung vorzunehmen haben.

2. Die Revision ist mangels Zulassung unzulässig, soweit sie auf das Vorliegen eines Einberufungsfehlers im Sinne von § 23 Abs. 2 WEG gestützt ist.

a) Die Klägerin weist zwar zutreffend darauf hin, dass die Zulassung der Revision nicht auf einzelne Rechtsfragen oder Anspruchselemente beschränkt werden kann. Zulässig ist aber eine Beschränkung auf einen tatsächlich und rechtlich selbständigen und damit abtrennbaren Teil des Gesamtstreitstoffs, auf den auch die Partei selbst ihre Revision beschränken könnte. Dafür reicht es aus, dass der von der Zulassungsbeschränkung betroffene Teil des Streits in tatsächlicher Hinsicht unabhängig von dem übrigen Prozessstoff beurteilt werden kann und nach einer Zurückverweisung eine

Änderung des von der beschränkten Zulassung erfassten Teils nicht in die Gefahr eines Widerspruchs zu dem nicht anfechtbaren Teil gerät. Solche abtrennbaren Teile des Streitstoffs können auch einzelne Beschlussmängelgründe sein (vgl. zum Ganzen: Senat, Urteil vom 10.7.2015, V ZR 198/14, ZWE 2015, 410 Rdnr. 7).

b) Das Berufungsgericht hat die Zulassung der Revision auf die Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer, auf die Frage, ob der Zukauf des Grundstücks als Kfz-Parkfläche den Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht, und auf die Verteilung der Anschaffungskosten beschränkt. Davon unabhängige Beschlussmängelgründe sind daher von der Zulassung nicht erfasst. Hierzu zählen die von der Klägerin geltend gemachten Einberufungsmängel. Diese können losgelöst von dem Inhalt der angegriffenen Beschlüsse beurteilt werden.

Dagegen stehen die übrigen von der Revision aufgeworfenen Fragen in einem untrennbaren Zusammenhang mit dem Inhalt der angegriffenen Beschlüsse. Das gilt sowohl für die Frage, ob der zu TOP 3 a gefasste Beschluss der Form des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB bedarf, als auch für die von der Revision in Zweifel gezogene Bestimmtheit der Kostenverteilungsregelung. Ob diese ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht, kann nur geprüft werden, wenn Umfang und Reichweite der einbezogenen Kosten feststehen.

3. Soweit die Revision zulässig ist, ist sie unbegründet.

a) Der Beschluss der Wohnungseigentümer, die Teilfläche des Nachbargrundstücks zu erwerben, ist nicht wegen Fehlens der Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer nichtig.

aa) Entgegen der Ansicht der Revision ist Gegenstand des angegriffenen Beschlusses nicht eine Änderung der sachenrechtlichen Grundlagen der Wohnungseigentümergeinschaft.

(1) Die Klägerin weist zwar im Ausgangspunkt zutreffend darauf hin, dass Änderungen der sachenrechtlichen Grundlagen der Wohnungseigentümergeinschaft keine Verwaltung im Sinne des § 21 Abs. 3 WEG darstellen und daher weder durch einen (Mehrheits-) Beschluss noch durch eine Vereinbarung herbeigeführt werden können (vgl. Senat, Urteil vom 11.5.2012, V ZR 189/11, NJW-RR 2012, 1036 Rdnr. 8). Auch für die Begründung einer schuldrechtlichen Pflicht zur Mitwirkung von Wohnungseigentümern an einer solchen Änderung besteht keine Beschlusskompetenz (Senat, Urteil vom 12.4.2013, V ZR 103/12, NJW 2013, 1962 Rdnr. 8 m. w. N.).

(2) Entgegen der Ansicht der Beklagten schadet es auch nicht, dass die Klägerin sich erst im Rahmen der Revision darauf beruft, dass TOP 3 a eine Änderung der Grundlagen der Wohnungseigentümergeinschaft zum Gegenstand habe. Die Ausschlussfrist des § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG findet auf Nichtigkeitsgründe keine Anwendung (Senat, Urteil vom 20.5.2011, V ZR 99/10, NJW 2011, 3237 Rdnr. 33; Urteil vom 2.10.2009, V ZR 235/08, BGHZ 182, 307 Rdnr. 19).

(3) Der zu TOP 3 a gefasste Beschluss lässt die sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft aber unberührt, denn an der zu erwerbenden Teilfläche soll Verbandseigentum begründet werden.

(a) Der Senat kann den Beschluss in vollem Umfang ohne Bindung an die Auslegung durch das Berufungsgericht selbst auslegen, wobei die Auslegung „aus sich heraus“ – objektiv und normativ – zu erfolgen hat (st. Rspr., vgl. Senat, Urteil vom 8.5.2015, V ZR 163/14, NJW-RR 2015, 1037 Rdnr. 16; Senat, Beschluss vom 10.9.1998, V ZB 11/98, BGHZ 139, 288, 291 f.). Dabei ist von dem protokollierten Wortlaut der

Beschlüsse auszugehen (Senat, Urteil vom 15.1.2010, V ZR 72/09, NJW 2010, 3093 Rdnr. 9). Umstände außerhalb des protokollierten Beschlusses dürfen nur herangezogen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind, weil sie sich etwa aus dem (übrigen) Versammlungsprotokoll ergeben (Senat, Beschluss vom 10.9.1998, V ZB 11/98, BGHZ 139, 288, 292).

(b) Nach dem Wortlaut des Beschlusses soll die Teilfläche durch die Wohnungseigentümergeinschaft, mithin durch den teilrechtsfähigen Verband, erworben werden. Das zu erwerbende Grundstück soll in das Verwaltungsvermögen des Verbandes übergehen. Es kommt damit nicht zu einer Begründung von Gemeinschaftseigentum (vgl. dazu *Bärmann/Suilmann*, WEG, 13. Aufl., § 10 Rdnr. 225; *Wilsch*, RNotZ 2005, 536, 540) und daher auch nicht zu einer Änderung der sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft (vgl. *Daum*, Das Rechtssubjekt Wohnungseigentümergeinschaft, 2012, S. 60; *Hügel*, DNotZ 2005, 753, 773 f.; *Häublein*, ZWE 2007, 474, 483; *Schneider*, Rpfleger 2007, 175, 176 f.).

Auch für die Begründung von Sondernutzungsrechten, die nur durch Vereinbarung erfolgen könnte (vgl. Senat, Beschluss vom 20.9.2000, V ZB 58/99, BGHZ 145, 158, 162 ff.), enthält der angegriffene Beschluss entgegen der Auffassung der Revision keine Anhaltspunkte. Der Hinweis auf die – später geänderte – Teilungserklärung aus dem Jahre 1982 hat nicht den Zweck, Nutzungsrechte zu begründen, sondern dient allein der Festlegung der Teilfläche, die erworben werden soll.

bb) Rechtsfehlerfrei bejaht das Berufungsgericht die Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümergeinschaft zum Erwerb des Nachbargrundstücks als Verbandsvermögen.

(1) Von vereinzelt gebliebenen Stimmen (LG Heilbronn, ZMR 2007, 649 f.; vgl. auch LG Hannover, ZMR 2007, 893) abgesehen, wird allgemein davon ausgegangen, dass der Erwerb eines Grundstücks durch den Verband „im Rahmen der gesamten Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums“ (§ 10 Abs. 6 Satz 1 WEG) erfolgen kann. Bei Vorliegen dieser Voraussetzung stehe den Wohnungseigentümern eine entsprechende Beschlusskompetenz zu (OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.4.2014, 20 W 32/14, juris Rdnr. 6; OLG Hamm, NJW 2010, 1464, 1465 f.; OLG Hamm, WuM 2010, 441; OLG Celle, NJW 2008, 1537, 1538; LG Deggendorf, MittBayNot 2008, 380; LG Frankenthal, MittBayNot 2008, 128; *Hügel/Elzer*, WEG, § 10 Rdnr. 224; *dies.*, Das neue WEG-Recht, § 3 Rdnr. 74; *Jennißen in Jennißen*, WEG, 4. Aufl., § 10 Rdnr. 67 a unter Aufgabe von *Jennißen*, NZM 2006, 203, 205; *Bärmann/Suilmann*, WEG, 13. Aufl., § 10 Rdnr. 223; *Riecke/Schmid/Lehmann-Richter*, WEG, 4. Aufl., § 10 Rdnr. 21; BeckOK-WEG/Dötsch, 25. Edition, § 10 Rdnr. 456; *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, 11. Aufl., § 10 Rdnr. 77; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 2838 c; *Daum*, Das Rechtssubjekt Wohnungseigentümergeinschaft, 2012, S. 60 ff.; *Wilsch*, RNotZ 2005, 536, 540; *Wenzel*, ZWE 2006, 462, 464 f.; *ders.*, NZM 2006, 321, 323; DNotl-Gutachten, DNotl-Report 2007, 169, 172; *Häublein*, ZWE 2007, 474, 477, 483; *Becker*, ZWE 2007, 432, 433; *Armbrüster*, GE 2007, 420, 428; *Schneider*, Rpfleger 2007, 175, 176; *Böhringer*, NotBZ 2008, 179, 181 f.; *Hügel*, NotBZ 2008, 169, 176; *Basty*, ZWE 2009, 253, 254 f.; *Abramenko*, ZWE 2010, 193; *ders.*, ZMR 2006, 338, 340). Umstritten ist allerdings, inwieweit dem in § 10 Abs. 6 Satz 1 WEG enthaltenen Tatbestandsmerkmal „im Rahmen der gesamten Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums“ eine Beschränkung entnommen werden kann. Einzelne Stimmen halten nur in Ausnah-

mefällen einen Erwerb von Immobiliareigentum für möglich (LG Nürnberg-Fürth, ZMR 2006, 812, 813; *Demharter*, NZM 2005, 601, 602) oder stellen unter diesem Gesichtspunkt jedenfalls die Möglichkeit des Erwerbs von Sondereigentum innerhalb der eigenen Wohnanlage in Abrede (*Bonifacio*, ZMR 2009, 257, 258 ff.).

(2) Richtigerweise folgt die Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer zum Erwerb eines Grundstücks durch die Wohnungseigentümergeinschaft aus § 20 Abs. 1 WEG i. V. m. § 21 Abs. 1 und 3 WEG.

(a) Nach § 20 Abs. 1 WEG obliegt die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums den Wohnungseigentümern nach Maßgabe der §§ 21 bis 25 WEG. § 21 Abs. 1 WEG bestimmt, dass die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums, soweit nicht gesetzlich oder durch Vereinbarung etwas anderes bestimmt ist, den Wohnungseigentümern zusteht, wobei diese nach § 21 Abs. 3 WEG – soweit die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums nicht durch eine Vereinbarung geregelt ist – durch Stimmenmehrheit beschließen können. Der Begriff der Verwaltung im Sinne von § 21 WEG ist weit zu verstehen (Senat, Urteil vom 2.10.2015, V ZR 5/15, NJW 2015, 3713 Rdnr. 11). Gegenstand der gemeinschaftlichen Verwaltung ist auch das Verwaltungsvermögen, das gemäß § 10 Abs. 7 WEG der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer gehört (*Jennißen/Heinemann*, WEG, 4. Aufl., § 21 Rdnr. 1; *Bärmann/Merle*, WEG, 13. Aufl., § 21 Rdnr. 2; *Niedenführ/Kümmell/Vandenhouten*, WEG, 10. Aufl., § 21 Rdnr. 6; *Spielbauer/Then*, WEG, 2. Aufl., § 21 Rdnr. 2). Das Verwaltungsvermögen besteht nach § 10 Abs. 7 Satz 2 WEG aus den im Rahmen der gesamten Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums gesetzlich begründeten und rechtsgeschäftlich erworbenen Sachen und Rechten sowie den entstandenen Verbindlichkeiten. Die Vorschrift sieht die Möglichkeit des Erwerbs von Sachen durch die Gemeinschaft ausdrücklich vor und setzt damit eine entsprechende Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer voraus. Eine Differenzierung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen nimmt sie nicht vor.

(b) Die Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer hinsichtlich des Erwerbs von Verwaltungsvermögen der Wohnungseigentümergeinschaft reicht so weit, wie § 10 Abs. 6 Satz 1 WEG der Gemeinschaft die Rechtsfähigkeit zuerkennt. Die Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft ist danach nicht umfassend, sondern auf die Teilbereiche des Rechtslebens beschränkt, bei denen die Wohnungseigentümer im Rahmen der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums als Gemeinschaft am Rechtsverkehr teilnehmen (vgl. Senat, Beschluss vom 2.6.2005, V ZB 32/05, BGHZ 163, 154, 177; *Wenzel*, ZWE 2006, 462). In diesem Rahmen kann die Wohnungseigentümergeinschaft auch Immobiliareigentum erwerben. Im Hinblick auf den weiten Verwaltungsbegriff und das Erfordernis des Schutzes des Rechtsverkehrs wird es an der Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer nur fehlen, wenn es sich offenkundig nicht um eine Verwaltungsmaßnahme handelt. Hiervon kann vorliegend keine Rede sein.

cc) Entgegen der Ansicht der Revision ist der zu TOP 3 a gefasste Beschluss auch nicht deshalb nichtig, weil er nicht notariell beurkundet wurde.

(1) Zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass § 311b Abs. 1 BGB vorliegend keine Anwendung findet. Nach dieser Vorschrift bedarf ein Vertrag der notariellen Beurkundung, wenn sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen. Die Beschlussfassung der Wohnungseigentümer über den Erwerb der Teilfläche des Nach-

bargrundstücks zielt als Ergebnis eines internen Willensbildungsprozesses lediglich auf das Eingehen einer solchen Verpflichtung ab, stellt aber noch nicht die Abgabe eines verbindlichen Angebots auf Abschluss eines solchen Vertrages dar. Den Wohnungseigentümern steht es bis zum Vorliegen einer bindenden vertraglichen Verpflichtung über den Erwerb eines Grundstücks insbesondere frei, einen inhaltlich abweichenden Beschluss zu fassen.

(2) Ohne Rechtsfehler geht das Berufungsgericht weiter davon aus, dass die in dem Beschluss enthaltene Ermächtigung des Verwalters, für die Wohnungseigentümergeinschaft sämtliche erforderliche Erklärungen im Zusammenhang mit dem Abschluss und der Durchführung des Kaufvertrages abzugeben, ebenfalls nicht nach § 311b Abs. 1 BGB beurkundungsbedürftig ist.

Grundsätzlich bedarf nach § 167 Abs. 2 BGB die Vollmacht nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sie sich bezieht. Eine Ausnahme gilt nach ständiger Rechtsprechung zwar für den Fall einer unwiderruflichen Vollmacht zur Veräußerung oder zum Erwerb von Grundstücken (Senat, Urteil vom 11.7.1952, V ZR 80/52, NJW 1952, 1210, 1211; Urteil vom 22.4.1966, V ZR 164/63, WM 1966, 761; Urteil vom 23.2.1979, V ZR 171/77, NJW 1979, 2306). Die dem Verwalter mit dem angegriffenen Beschluss unter TOP 3 a erteilte Vollmacht ist aber nicht unwiderruflich.

b) Rechtsfehlerfrei geht das Berufungsgericht davon aus, dass der Erwerb der Teilfläche des Nachbargrundstücks ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht.

aa) Überwiegend wird vertreten, dass der Erwerb von Grund Eigentum aufgrund der damit verbundenen nicht unerheblichen Kosten und Lasten für die Gemeinschaft grundsätzlich nur dann ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht, wenn ganz gewichtige, über bloße Zweckmäßigkeitserwägungen hinausreichende Gemeinschaftsinteressen für den Erwerb sprechen. Er müsse zur Erhaltung, Sicherung, Verbesserung oder zur gewöhnlichen Nutzung des Gemeinschaftseigentums oder des Verwaltungsvermögens erforderlich und geeignet sein (OLG Hamm, NJW 2010, 1464, 1466; OLG Hamm, NJW 2010, 3586, 3587; *Bärmann/Merle*, WEG, 13. Aufl., § 21 Rdnr. 33; *Hügel/Elzer*, WEG, § 10 Rdnr. 224; *Rieckel/Schmid/Lehmann-Richter*, WEG, 4. Aufl., § 10 Rdnr. 21; wohl auch *Abramenko*, ZWE 2010, 193, 194; vgl. auch *Schneider*, ZMR 2006, 813, 815). Andere halten es für erforderlich, dass das zu erwerbende Grundstück einen räumlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Gemeinschaft aufweist (BeckOK-WEG/Dötsch, 25. Edition, § 10 Rdnr. 456; *Jennißen*, WEG, 4. Aufl., § 10 Rdnr. 67 a). Zudem sollen im Rahmen einer Gesamtabwägung dem mit dem Erwerb der Immobilie verfolgten Zweck die damit verbundenen Kosten und Nachteile gegenübergestellt werden. Dabei soll von Bedeutung sein, ob eine weniger weitreichende Maßnahme in Betracht kommt, etwa die Anmietung des Grundstücks (*Basty*, ZWE 2009, 253, 256 f.; BeckOK-WEG/Dötsch, 25. Edition, § 10 Rdnr. 457). Ist dies nicht möglich oder mit Kosten verbunden, die gegenüber einem Kauf im Ergebnis keine erhebliche Vergünstigung bedeuten, soll es darauf ankommen, wie hoch die Gesamtkosten für den Erwerb und die auf die einzelnen Wohnungseigentümer entfallenden Kostenanteile sind. Von Bedeutung soll auch sein, ob der Verwaltung entsprechende Mittel zur Finanzierung zur Verfügung stehen oder durch eine Sonderumlage aufgebracht werden müssen (*Basty*, ZWE 2009, 253, 257). Von Belang könne auch sein, ob der Erwerb allen Wohnungseigentümern zugutekomme oder nur einem mehr oder weniger großen Kreis (vgl. BeckOK-WEG/Dötsch, 25. Edition, § 10 Rdnr. 456; *Abramenko*, ZWE 2010, 193, 194; *Basty*, ZWE 2009, 253, 257).

bb) Ob und in welchem Umfang diese Kriterien zur Beurteilung der Ordnungsmäßigkeit eines Beschlusses über den Erwerb eines Grundstücks durch eine Wohnungseigentumsgemeinschaft heranzuziehen sind, bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung. Jedenfalls entspricht der Erwerb eines Grundstücks in aller Regel ordnungsmäßiger Verwaltung, wenn das Grundstück für die Wohnungseigentumsanlage von Beginn an eine dienende und auf Dauer angelegte Funktion hatte und diese mit dem Erwerb aufrechterhalten werden soll.

So liegt es hier. Die benachbarte Fläche diene seit der Errichtung der Anlage als Parkplatz und – über die Baulast – zugleich der Erfüllung des nach öffentlichem Recht erforderlichen Stellplatznachweises. Zugleich ist zu berücksichtigen, dass die Baulast die derzeitige Grundstückseigentümerin lediglich dahingehend bindet, dass sie auf der betroffenen Teilfläche Baumaßnahmen zu unterlassen hat, die die Nutzung für Stellplätze beeinträchtigen. Demgegenüber gewährt sie dem Begünstigten weder einen Nutzungsanspruch noch verpflichtet sie den Eigentümer, die Nutzung zu dulden (vgl. Senat, Urteil vom 7.10.1994, V ZR 4/94, NJW 1995, 53, 55 m. w. N.). Wenn sich die Wohnungseigentümer vor diesem Hintergrund zur Schaffung einer klaren Rechtsgrundlage für die Nutzung der Stellplätze für den Erwerb der Teilfläche durch die Wohnungseigentümergeinschaft entscheiden, entspricht dies ordnungsmäßiger Verwaltung. Der Kaufpreis von maximal 75.000 € ist zwar erheblich. Die Miete der Teilfläche hätte aber bei dem verlangten monatlichen Mietzins von 750 € – wenn auch zeitlich gestreckt – ebenfalls zu einer erheblichen Belastung geführt und im Hinblick auf die nicht abdingbare Kündigungsmöglichkeit nach Ablauf von 30 Jahren (§ 544 BGB) nicht zu einer endgültigen Lösung des Problems geführt. Hinzu kommt, dass die Belastung für den einzelnen Wohnungseigentümer bei 31 Einheiten tragbar ist.

Soweit die Klägerin mögliche unkalkulierbare Folgekosten durch Bodenkontaminationen geltend macht, ist zwar der Hinweis des Berufungsgerichts auf Regelungsmöglichkeiten im Kaufvertrag unzureichend. Auch wenn der Verkäufer sich insoweit zur Beseitigung von Kontaminationen verpflichten würde, steht dies einer Inanspruchnahme der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer als öffentlichrechtlicher Zustandsstörer nach § 4 Abs. 2, 3 BBodSchG nicht entgegen. Es kann aber nicht angenommen werden, dass eine solche Inanspruchnahme ernsthaft droht. Die Klägerin hat nicht aufgezeigt, dass sie in den Tatsacheninstanzen konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Bodenkontamination vorgetragen hat. Die bloße Nutzung der Teilfläche zum Abstellen von Personenkraftwagen in der Vergangenheit begründet keinen solchen Anhaltspunkt.

c) Frei von Rechtsfehlern nimmt das Berufungsgericht schließlich an, dass auch die Regelung über die Erhebung der Sonderumlage und die Verteilung der Kosten für den Grundstückserwerb nicht zu beanstanden ist.

aa) Entgegen der Ansicht der Revision ist der Beschluss über die Kostenverteilung hinreichend bestimmt.

(1) Ein Beschluss ist hinreichend bestimmt, wenn er aus sich heraus klar, eindeutig und widerspruchsfrei erkennen lässt, was gelten soll. Der Inhalt kann dabei durch Auslegung bestimmt werden (vgl. Senat, Urteil vom 10.10.2014, V ZR 315/13, BGHZ 202, 346 Rdnr. 8; Beschluss vom 10.9.1998, V ZB 11/98, BGHZ 139, 288, 295; *Bärmann/Merle*, WEG, 13. Aufl., § 23 Rdnr. 54; *Hügel/Elzer*, WEG, § 23 Rdnr. 84, jeweils m. w. N.). Diesen Anforderungen genügt der angefochtene Beschluss.

(2) Anders als die Revision meint, bleibt nicht offen, welche Kosten im Einzelnen von dem Verteilungsschlüssel erfasst sind. Beschlossen ist zunächst eine Sonderumlage in Höhe des Kaufpreises, der sich auf maximal 75.000 € belaufen darf. Der Verteilungsschlüssel gilt darüber hinaus für die „Verteilung sämtlicher Kosten im Zusammenhang mit Abschluss und Durchführung des Kaufvertrages“. Zwar werden diese Kosten weder benannt noch beziffert. Sie lassen sich aber durch Auslegung ermitteln. Gemeint sind die üblichen Erwerbsnebenkosten (Notar- und Gerichtskosten, Grunderwerbsteuer), aber auch weitere in diesem Zusammenhang entstehende Aufwendungen, wie etwa die gesondert beschlossene Sondervergütung für den Verwalter. Demgegenüber sind die – von der Revision in der mündlichen Verhandlung problematisierten – jährlich wiederkehrenden Kosten, wie Grundsteuer, Unterhaltungs- oder Instandhaltungskosten nicht von der Kostentragungsregelung erfasst.

bb) Rechtsfehlerfrei geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Kosten des Erwerbs eines Grundstücks einen besonderen Verwaltungsaufwand im Sinne des § 21 Abs. 7 WEG darstellen, dessen Verteilung die Wohnungseigentümer mit Stimmenmehrheit abweichend von dem gesetzlichen Kostenverteilungsmaßstab des § 16 Abs. 2 WEG regeln können.

(1) Bei den Kosten für den Kauf eines Grundstücks handelt es sich um einen besonderen Verwaltungsaufwand im Sinne des § 21 Abs. 7 WEG (andere Ansicht *Jennißen/Heinemann*, WEG, 4. Aufl., § 21 Rdnr. 121 a). Ein solcher liegt vor, wenn das normale, übliche Maß bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums überschritten ist (vgl. *Bärmann/Merle*, WEG, 13. Aufl., § 21 Rdnr. 187, 188 a. E.). Dies ist bei den mit dem Erwerb eines Grundstücks verbundenen Kosten der Fall.

(2) § 21 Abs. 7 WEG räumt den Wohnungseigentümern auch die Beschlusskompetenz ein, die Kosten des Erwerbs eines Grundstücks nach dem Maß der Vorteile zu verteilen, die bei den Wohnungseigentümern eintreten.

(a) Die Vorschrift ermöglicht es, einen Umlageschlüssel für eine konkrete Zahlung wegen eines besonderen Verwaltungsaufwands zu beschließen. Sie wird insoweit nicht durch § 16 Abs. 3 WEG verdrängt (andere Ansicht *Hügel/Elzer*, WEG, § 21 Rdnr. 144). Die Regelungen schließen sich nicht aus, sondern stehen nebeneinander und weisen Unterschiede auf. So ermöglicht § 21 Abs. 7 WEG Kostenregelungen nicht nur abstrakt-generell, sondern auch für den Einzelfall (*Bärmann/Merle*, WEG, 13. Aufl., § 21 Rdnr. 189; *Hüublein*, ZMR 2007, 409, 419; *Müller*, ZWE 2008, 278, 287; *Abramenko*, ZWE 2012, 386, 391). Demgegenüber sind derartige Kostenverteilungen im Einzelfall nach § 16 Abs. 3 WEG nicht möglich. Wie sich aus dessen Wortlaut und der systematischen Stellung gegenüber § 16 Abs. 4 WEG ergibt, lässt er lediglich Änderungen des Kostenverteilungsschlüssels für die Zukunft zu (LG Berlin, ZMR 2013, 733; *Elzer/Abramenko* in *Rieckel/Schmid*, WEG, 4. Aufl., § 16 Rdnr. 57).

(b) In § 21 Abs. 7 WEG wird kein fester Verteilungsmaßstab vorgegeben. Vielmehr eröffnet die Vorschrift Raum für sachgerechte, flexible Regelungen im Einzelfall. Ein möglicher Maßstab ist das Verursacherprinzip, nach dem diejenigen Wohnungseigentümer mit den Kosten des besonderen Verwaltungsaufwands belastet werden, die die Ursache für sein Entstehen gesetzt haben (vgl. *Bärmann/Merle*, WEG, 13. Aufl., § 21 Rdnr. 189; *Rieckel/Schmid/Drabek*, WEG, 4. Aufl., § 21 Rdnr. 301; *Jennißen/Heinemann*, WEG, 4. Aufl., § 21 Rdnr. 120; *Vandenhouten* in *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, 11. Aufl., § 21 Rdnr. 137; *Müller*, ZWE

2008, 278, 287; *Abramenko*, ZWE 2012, 386, 391). Die Regelung über die Verteilung der Kosten für den Erwerb eines Grundstücks durch die Gemeinschaft kann aber auch an dem Maß der bei einzelnen Wohnungseigentümern eintretenden Nutzungsvorteile ausgerichtet werden (vgl. *Bärman/Merle*, WEG, 13. Aufl., § 21 Rdnr. 189; *Basty*, ZWE 2009, 253, 257). Auf einen ähnlichen Grundgedanken geht die Regelung in § 16 Abs. 4 Satz 1 WEG zurück, wonach bei Instandhaltungs- und Instandsetzungsmaßnahmen ein abweichender Verteilungsmaßstab an dem Gebrauch oder der Möglichkeit des Gebrauchs ausgerichtet werden kann. Dieser Maßstab kann auch im Rahmen des § 21 Abs. 7 WEG herangezogen werden.

cc) Hiernach entspricht die beschlossene Kostenverteilung ordnungsmäßiger Verwaltung.

Dass die Anschaffungskosten nicht allein von den Wohnungseigentümern, denen ein Stellplatz auf der zu erwerbenden Teilfläche zur Verfügung steht, sondern zu 15 % von allen Wohnungseigentümern zu tragen sind, ist sachgerecht. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die derzeitige Eigentümerin des Nachbargrundstücks in der Lage ist, die bestehende Stellplatzbaulast zu kondizieren (vgl. Senat, Urteil vom 7.10.1994, V ZR 4/94, NJW 1995, 53, 55). In diesem Fall hätten die Wohnungseigentümer die erforderlichen Stellplätze nachzuweisen oder eine Stellplatzabgabe (§ 3 StellplOG Bremen) zu entrichten, um die zur Löschung der Baulast erforderliche Verzichtserklärung der Bauaufsichtsbehörde nach § 82 Abs. 3 BauO Bremen herbeizuführen. Vor diesem Hintergrund überschreiten die Wohnungseigentümer das ihnen eingeräumte Ermessen nicht, wenn sie hierin einen mit dem Erwerb der Teilfläche verbundenen Vorteil auch für diejenigen Wohnungseigentümer erblicken, die bereits über einen Stellplatz verfügen. Des Weiteren hält sich die konkrete Kostenverteilung von 85 % für die 25 Wohnungseigentümer und von 15 % für die weiteren sechs Wohnungseigentümer im Rahmen des insoweit bestehenden Gestaltungsspielraums.

(...)

### Anmerkung:

Das Urteil ist richtig und geht über den entschiedenen Bereich hinaus, ohne überraschend zu sein. Der BGH hat es mit Leitsätzen versehen und in der Pressemitteilung vom 18.3.2016 Nr. 5916 der Öffentlichkeit erläutert, nicht aber für die amtliche Sammlung vorgesehen. Die Entscheidung geht über den Einzelfall hinaus, betrifft insbesondere Fragen ordnungsgemäßer Verwaltung und hat drei Schwerpunkte:

1. Zunächst geht es um die Freiheit einer Wohnungseigentümergeinschaft, ein Grundstück entweder so dazu zu erwerben, dass sich das Grundstück der Gemeinschaft vergrößert, oder so, dass der Verband der Wohnungseigentümer es zu seinem Verwaltungsvermögen erwirbt. Die Variante 1 findet sich häufig bei Grenzbereinigungen und vergrößert das gemeinsame Grundstück, das die sachenrechtliche Basis der Gemeinschaft bildet; der Zuerwerb erfordert die Mitwirkung aller Wohnungseigentümer, folgt den Regeln der Gemeinschaft aus §§ 741 ff. BGB und nicht dem WEG und wird im Grundbuch des gemeinsamen aufgeteilten Grundstücks gebucht.

Die Variante 2 ist überhaupt erst möglich, seit Rechtsprechung<sup>1</sup> und Gesetzgeber in der WEG-Novelle 2007<sup>2</sup> die Fä-

higkeit der Gemeinschaft bejaht haben, Rechtsträger zu sein. Rechtsträger sind dann nicht „die Wohnungseigentümer“, sondern ist ihr Verband, also die „Gemeinschaft der Wohnungseigentümer“ mit der Folge, dass das Grundstück auf gesondertem Blatt gebucht wird mit der Eigentümerangabe „Wohnungseigentümergeinschaft ...“, gefolgt von der bestimmten Angabe des gemeinschaftlichen Grundstücks (§ 10 Abs. 6 Satz 4 WEG).

Der BGH bejaht die Möglichkeit zum Erwerb eines Parkplatzgrundstücks durch den Verband der Wohnungseigentümer (Ziffer II. 3. a) bb) (1) und schließt sich damit insbesondere der entsprechenden OLG-Rechtsprechung<sup>3</sup> an unter Betonung, dass der Begriff „Verwaltung“ (§ 21 WEG) weit zu verstehen ist (Ziffer II. 3. a) bb) (2) (a)) und der Begriff „Verwaltungsvermögen“ (§ 10 Abs. 7 WEG) nicht in bewegliches und unbewegliches Vermögen trennt. Die Wohnungseigentümer definieren durch Beschluss, was „Verwaltungsvermögen“ ist (Ziffer II. 3. a) bb) (2) (b)).

2. Der Beschluss auf Erwerb einer Immobilie muss förmlich den in der Gemeinschaftsordnung bestimmten Voraussetzungen genügen, ansonsten denen des Mehrheitsbeschlusses (§ 25 WEG). Er bedarf keiner Beurkundung, weil er nur der Willensbildung und der Bevollmächtigung des Verwalters dient (Ziffer II. 3. a) cc) (1) und (2)).

Inhaltlich muss er ordnungsgemäßer Verwaltung (§ 21 WEG) entsprechen. Der Senat arbeitet die entsprechende Rechtslehre auf (Ziffer II. 3. b) aa) und bb)), um in einem Dreischritt Ordnungsgemäßheit zu bejahen, weil der Parkplatzwerb die Stellplatzpflicht erfüllt und damit der Verwaltung dient, weil er keine unverhältnismäßigen Kosten auslöst und weil keine sonstige Problematik erkennbar ist.

3. Der Beschluss bestimmt zu den Anschaffungskosten, dass alle Eigentümer nur 15 % aufzubringen hätten und die konkreten Nutzer die Hauptsache von 85 % tragen müssten. Der Senat hielt dies für zutreffend. Er entnahm die Kompetenz nicht § 16 Abs. 3 WEG, sondern § 21 Abs. 7 WEG als Sondervorschrift für Anschaffungskosten gegenüber allgemeinen Verwaltungskosten (Ziffer II. 3. c) bb) (2) (a)). Die Wohnungseigentümer könnten danach in weiten Grenzen für besonderen Verwaltungsaufwand mit Stimmenmehrheit die Art und Weise von Zahlungen beschließen, ohne dass das Gesetz eine feste Verteilung vorgibt (Ziffer II. 3. c) bb) (2) (b)). Sachgerecht seien insbesondere die Abrechnung nach dem Verursacher- oder – so hier – nach dem Vorteilsprinzip.

Notar Dr. *Heinrich Kreuzer*, München

<sup>3</sup> OLG Celle, Beschluss vom 26.2.2008, 4 W 213/07, Rdnr. 17, DNotZ 2008, 616 = mit Erläuterung DNotI-Report 2008, 85; OLG Hamm, Beschluss vom 4.5.2010, 15 W 382/09, Rdnr. 9, 12, MittBayNot 2010, 470; OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.4.2014, 20 W 32/14, Rdnr. 6, BeckRS 2015, 09006.

<sup>1</sup> BGH, Beschluss vom 2.6.2005, V ZB 32/05, BGHZ 163, 154 = MittBayNot 2005, 495 = mit Erläuterung DNotI-Report 2005, 158.

<sup>2</sup> BT-Drucks. 16/887, S. 60-63.

2. BGB §§ 433, 437 Nr. 1, § 439; WEG § 21 Abs. 1, Abs. 5 Nr. 2, § 10 Abs. 6 Satz 3 (*Verkauf zuvor vermieteter Wohnung durch Bauträger und Transparenz von AGB*)

1. **Die Wohnungseigentümergeinschaft kann kaufvertragliche Nacherfüllungsansprüche der Erwerber gegen den Bauträger gemäß § 437 Nr. 1, § 439 BGB an sich ziehen und deren gemeinschaftliche gerichtliche Durchsetzung beschließen, wenn diese Ansprüche jeweils in vollem Umfang auf Beseitigung der Mängel am Gemeinschaftseigentum und damit auf das gleiche Ziel gerichtet sind.**
2. **Bei Eigentumswohnungen, die ein Bauträger ungefähr drei Jahre nach Errichtung veräußert und die zuvor vermietet waren, richtet sich die Sachmängelhaftung nach Kaufvertragsrecht.**
3. **Zur Erfüllung des AGB-rechtlichen Transparenzgebots genügt es nicht schon, dass die einzelne Regelung für sich genommen klar formuliert ist; vielmehr muss sie auch im Kontext der übrigen Regelungen des Klauselwerks verständlich sein (hier: Verjährungsfristbeginn bei „Übergabe bzw. Abnahme“). Erforderlich ist ferner, dass zusammengehörende Regelungen im Zusammenhang aufgeführt werden oder der Zusammenhang in anderer Weise, etwa durch Bezugnahme auf konkrete Klauseln, deutlich gemacht wird. (Leitsatz der Schriftleitung)**

BGH, Urteil vom 25.2.2016, VII ZR 156/13

Die Klägerin, eine Wohnungseigentümergeinschaft, begehrt von der Beklagten die Beseitigung näher bezeichneter Mängel am Gemeinschaftseigentum sowie die Zahlung von Aufwendungsersatz i. H. v. 837,31 € und Erstattung von vorgerichtlichen Anwaltskosten i. H. v. 1.641,96 € nebst Zinsen.

Die Beklagte ließ im Jahr 2003 auf einem ihr gehörenden Grundstück in M. durch eine Generalunternehmerin eine Wohnanlage errichten, um später Eigentumswohnungen zu veräußern. Mit Teilungserklärung vom 16.1.2004 teilte sie das Grundstück in 81 Miteigentumsanteile, davon 30 Wohnungen und 51 Tiefgaragenplätze. Eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums der Wohnanlage erfolgte am 16.2.2004 durch den von der Beklagten bevollmächtigten Sachverständigen R.

Die Beklagte veräußerte beginnend mit dem 1.4.2004 nach und nach einzelne Eigentumswohnungen; andere Eigentumswohnungen wurden zunächst vermietet.

In den notariellen Verträgen, die in den Jahren 2004 bis 2007 geschlossen wurden, finden sich unter § 3 „Übergabe“ und unter § 5 „Sachmangelfreiheit“ unter anderem folgende Regelungen:

„§ 3 Nr. 2 Abs. 6:

Das Gemeinschaftseigentum wurde am 16.2.2004 durch den öffentlich bestellten und vereidigten Bausachverständigen Herrn Dipl.-Ing. R. vom Sachverständigenbüro Dipl.-Ing. F. abgenommen. Das Abnahmeprotokoll liegt dem Käufer vor und ist dieser Urkunde als Anlage beigelegt. Der Käufer erkennt die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Bausachverständigen für sich als verbindlich an. Der Käufer erkennt insbesondere an, dass für ihn die Verjährungsfrist für Baumängel am Gemeinschaftseigentum mit dieser Abnahme zu laufen beginnt.“ (...)

„§ 5 Abs. 1:

Der Verkäufer hat das Kaufobjekt einschließlich Einbauten frei von Sachmängeln zu verschaffen, soweit nachfolgend nichts anderes vereinbart ist:

1) Der Käufer kann innerhalb von 5 Jahren ab Übergabe bzw. Abnahme Beseitigung eines Sachmangels (Nacherfüllung) durch den Verkäufer verlangen.“

Mit Anwaltsschreiben vom 28.2.2011 forderte die Klägerin die Beklagte unter Bezugnahme auf ein im August 2008 erstelltes Gutachten des Sachverständigen K. zur Beseitigung näher bezeichneter Mängel auf. Ferner beehrte sie Aufwendungsersatz für den von ihr

im Oktober 2010 im Wege einer angeblichen Notmaßnahme veranlassten Anschluss von Entwässerungsrohren. Die Beklagte berief sich unter anderem auf den Ablauf der Gewährleistungsfrist. In einer Eigentümerversammlung vom 10.5.2011 wurde die Klägerin durch Mehrheitsbeschluss ermächtigt, Rechte wegen der nicht beseitigten Mängel am Gemeinschaftseigentum gerichtlich geltend zu machen.

Das LG hat die am 6.9.2011 eingegangene und am 14.12.2011 zugestellte Klage insgesamt abgewiesen und sich im Wesentlichen darauf gestützt, dass den von der Klägerin geltend gemachten Mängelrechten die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung entgegenstehe. Die hiergegen eingelegte Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht nach vorangegangenem Hinweisbeschluss durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter.

Aus den Gründen:

## II.

Die Revision führt zur Aufhebung des Beschlusses des Berufungsgerichts und zur Zurückverweisung der Sache an dieses. (...)

### 1. Anspruch auf Nacherfüllung

a) Im Ausgangspunkt zu Recht nimmt das Berufungsgericht an, dass die Klägerin für auf Beseitigung der Mängel am Gemeinschaftseigentum gerichtete Ansprüche der Erwerber prozessführungsbefugt ist, da sie diese Ansprüche an sich gezogen und deren gerichtliche Geltendmachung beschlossen hat, § 21 Abs. 1, Abs. 5 Nr. 2, § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG.

Die Prozessführungsbefugnis der Klägerin besteht auch, soweit sich die Ansprüche der Erwerber aus § 437 Nr. 1, § 439 BGB (Nacherfüllung) i. V. m. § 5 Abs. 1 Nr. 1 der Verträge ergeben.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH (vgl. nur BGH, Urteil vom 12.4.2007, VII ZR 236/05, BGHZ 172, 42 Rdnr. 20; Urteil vom 15.1.2010, V ZR 80/09, BauR 2010, 774 Rdnr. 7 ff. = NZBau 2010, 432) kann eine Wohnungseigentümergeinschaft im Rahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung die Ausübung der den einzelnen Erwerbern aus den jeweiligen Verträgen mit dem Veräußerer zustehenden Rechte auf ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums durch Mehrheitsbeschluss an sich ziehen. Sie kann danach einen auf Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum gerichteten werkvertraglichen Erfüllungs- oder Nacherfüllungsanspruch an sich ziehen und die gemeinschaftliche gerichtliche Durchsetzung beschließen. Im Prozess kommt der Wohnungseigentümergeinschaft die Stellung eines gesetzlichen Prozessstandschafters zu. Die sich aus § 21 Abs. 1, Abs. 5 Nr. 2, § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG ergebende Befugnis besteht selbst dann, wenn nur ein Erwerber noch ein durchsetzbares Recht auf ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums haben sollte (BGH, Urteil vom 15.1.2010, V ZR 80/09, a. a. O.).

Diese Rechtsprechung gilt auch für kaufvertragliche Nacherfüllungsansprüche der Erwerber gemäß § 437 Nr. 1, § 439 BGB betreffend das Gemeinschaftseigentum, wenn diese Ansprüche – wie die werkvertraglichen Erfüllungs- und Nacherfüllungsansprüche – jeweils in vollem Umfang auf Beseitigung der Mängel am Gemeinschaftseigentum und damit auf das gleiche Ziel gerichtet sind. Es besteht dann kein Anlass, die aus § 21 Abs. 1, Abs. 5 Nr. 2, § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG folgenden Befugnisse der Wohnungseigentümergeinschaft unterschiedlich zu beurteilen. Ein solcher Fall ist hier nach den unten stehenden Ausführungen (II. 1. d) gegeben.

b) Dagegen ist die Auffassung des Berufungsgerichts, die auf Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum ge-

richteten Ansprüche sämtlicher Erwerber seien verjährt, von Rechtsfehlern beeinflusst.

Die Revision macht zu Recht geltend, dass zumindest die Erwerber, die ihre Verträge im Jahr 2007 geschlossen haben, nicht verjährte Nacherfüllungsansprüche gemäß § 437 Nr. 1, § 439 BGB i. V. m. § 5 Abs. 1 Nr. 1 der Verträge haben.

aa) Das Berufungsgericht legt schon rechtsfehlerhaft zugrunde, dass die Beklagte hinsichtlich sämtlicher in den Jahren 2004 bis 2007 geschlossenen Verträge einer werkvertraglichen Sachmängelhaftung unterliegt. Jedenfalls hinsichtlich der im Jahr 2007 geschlossenen Verträge haftet die Beklagte für Sachmängel nach Kaufvertragsrecht.

(1) Für vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes geschlossene Verträge gilt nach ständiger Rechtsprechung des Senats, dass sich die Ansprüche der Erwerber wegen Mängeln an neu errichteten Häusern oder Eigentumswohnungen grundsätzlich nach Werkvertragsrecht richten, mag auch das Bauwerk bei Vertragsschluss bereits fertiggestellt sein (vgl. grundlegend BGH, Urteil vom 29.6.1981, VII ZR 259/80, BauR 1981, 571, 572 f., juris Rdnr. 8 ff. sowie Urteile vom 9.1.2003, VII ZR 408/01, BauR 2003, 535, juris Rdnr. 11 = NZBau 2003, 213; vom 17.9.1987, VII ZR 153/86, BGHZ 101, 350, 352, juris Rdnr. 7; vom 7.5.1987, VII ZR 129/86, BauR 1987, 438, juris Rdnr. 9 und vom 21.2.1985, VII ZR 72/84, BauR 1985, 314, 315, juris Rdnr. 13 ff.; für noch nicht vollständig fertiggestellte Bauwerke vgl. BGH, Urteile vom 5.4.1979, VII ZR 308/77, BGHZ 74, 204, 206 f., juris Rdnr. 11 ff. und vom 10.5.1979, VII ZR 30/78, BGHZ 74, 258, 267 f., juris Rdnr. 30 f.). Die Anwendbarkeit von Werkvertragsrecht kann danach auch dann noch zu bejahen sein, wenn die Erwerbsverträge zwei Jahre nach Errichtung geschlossen wurden (vgl. BGH, Urteil vom 9.1.2003, VII ZR 408/01, a. a. O.; Urteil vom 21.2.1985, VII ZR 72/84, a. a. O., juris Rdnr. 15 f.).

Dabei ist ohne Bedeutung, ob die Parteien den Vertrag als Kaufvertrag und sich selbst als Käufer und Verkäufer bezeichnet haben. Entscheidend ist vielmehr, dass sich aus dem Inhalt solcher Verträge, aus ihrem Zweck und ihrer wirtschaftlichen Bedeutung sowie aus der Interessenlage die Verpflichtung des Veräußerers zu einer mangelfreien Errichtung des Bauwerks ergibt.

(2) Der Senat braucht im Streitfall nicht zu entscheiden, ob an dieser Rechtsprechung auch nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes grundsätzlich festzuhalten ist, wofür allerdings einiges spricht (vgl. zum Streitstand, bejahend: *Kniffka/Kniffka*, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand: 28.7.2015, Einf. vor § 631 Rdnr. 55 ff.; *Koebler* in *Kniffka/Koebler*, *Kompendium des Baurechts*, 4. Aufl., 11. Teil Rdnr. 206 ff.; *Basty*, *Der Bauträgervertrag*, 8. Aufl., Rdnr. 11 ff.; *Vogel*, *BauR* 2010, 1992, 1994 f.; *Derleder*, *NZBau* 2004, 237, 242 f.; *Thode*, *NZBau* 2002, 297, 299 f.; *Pause*, *NZBau* 2002, 648 f.; tendenziell auch BGH, Urteil vom 26.4.2007, VII ZR 210/05, BauR 2007, 1407, 1409, juris Rdnr. 18 f. = NZBau 2007, 507; verneinend: *Hertel*, *DNotZ* 2002, 6, 18 f.; *Bambring*, *DNotZ* 2001, 904, 906; *Ott*, *NZBau* 2003, 233, 238 f.).

Jedenfalls bei Eigentumswohnungen, die ein Bauträger ungefähr drei Jahre nach Errichtung veräußert und die zuvor vermietet waren, richtet sich die Sachmängelhaftung nach Kaufvertragsrecht. Derartige Eigentumswohnungen sind nach der Verkehrsanschauung im Allgemeinen nicht mehr als neu errichtete Objekte zu qualifizieren. Daher kann den Verträgen unter Berücksichtigung des Vertragszwecks, der wirtschaftlichen Bedeutung und der beiderseitigen Interessenlage im Re-

gelfall keine Errichtungsverpflichtung mehr entnommen werden.

(3) Nach diesen Maßstäben ist die Haftung der Beklagten für die geltend gemachten Mängel am Gemeinschaftseigentum, die auf die im Jahr 2007 geschlossenen Verträge gestützt wird, nach Kaufrecht zu beurteilen.

Sämtliche Wohnungen, die in diesem Zeitraum veräußert worden sind, waren gemäß den Feststellungen des Berufungsgerichts nach Errichtung der Wohnanlage Anfang des Jahres 2004 zunächst vermietet. Die insoweit von der Revision erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und für nicht durchgreifend erachtet, § 564 Satz 1 ZPO. Besondere vertragliche Regelungen oder sonstige Umstände, die ausnahmsweise die Anwendbarkeit von Werkvertragsrecht rechtfertigen könnten, liegen nicht vor.

bb) Die Auffassung des Berufungsgerichts, die das Gemeinschaftseigentum betreffenden Nacherfüllungsansprüche der Erwerber, die ihre Verträge im Jahr 2007 geschlossen haben, seien im Hinblick auf § 3 Nr. 2 Abs. 6 Satz 4 der Verträge verjährt, weil diese Klausel der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB standhalte, ist ebenfalls rechtsfehlerhaft.

Nach den revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts handelt es sich bei der betreffenden Klausel um eine von der Beklagten gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung.

Die Regelung zur Verjährungsfrist in § 3 Nr. 2 Abs. 6 Satz 4 der Verträge genügt nicht den Anforderungen des Transparenzgebots und ist deshalb wegen unangemessener Benachteiligung der Erwerber gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam.

Gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners, die gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB die Unwirksamkeit der betreffenden Bestimmung zur Folge hat, auch daraus ergeben, dass diese nicht klar und verständlich ist. Das Transparenzgebot verpflichtet den Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Rechte und Pflichten seiner Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteile vom 3.12.2015, VII ZR 100/15, BB 2016, 84 Rdnr. 22 und vom 29.4.2015, VIII ZR 104/14, NJW 2015, 2244 Rdnr. 16, jeweils m. w. N.). Dazu gehört nicht nur, dass die einzelne Regelung für sich genommen klar formuliert ist, vielmehr muss die Regelung auch im Kontext mit den übrigen Regelungen des Klauselwerks verständlich sein. Erforderlich ist ferner, dass zusammengehörende Regelungen im Zusammenhang aufgeführt werden, oder der Zusammenhang in anderer Weise, etwa durch Bezugnahme auf konkrete Klauseln, deutlich gemacht wird. Der Vertragspartner soll seine Rechte möglichst klar und einfach feststellen können, damit er nicht von deren Durchsetzung abgehalten wird. Eine Vertragsgestaltung, die objektiv dazu geeignet ist, den Vertragspartner bezüglich seiner Rechtsstellung irrezuführen, verstößt danach gegen das Transparenzgebot (vgl. BeckOK-BGB/H. *Schmidt*, Stand: 1.11.2015, § 307 Rdnr. 43). Abzustellen ist bei der Bewertung der Transparenz einer Vertragsklausel auf die Erwartungen und Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders im Zeitpunkt des Vertragsschlusses (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteile vom 3.12.2015, VII ZR 100/15, a. a. O., Rdnr. 22 und vom 29.4.2015, VIII ZR 104/14, a. a. O., Rdnr. 17).

Diesen Anforderungen wird die Regelung in § 3 Nr. 2 Abs. 6 Satz 4 der Verträge nicht gerecht. Auch wenn die Klausel isoliert betrachtet klar formuliert ist, erweist sich der Regelungsgehalt im Hinblick auf die Regelung in § 5 Abs. 1 Nr. 1 der

Verträge für einen durchschnittlichen Vertragspartner als intransparent. Während § 3 Nr. 2 Abs. 6 Satz 4 der Verträge für Baumängel am Gemeinschaftseigentum eine Verjährungsfrist von fünf Jahren beginnend mit der Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Sachverständigen R. am 16.2.2004 vorsieht, bestimmt § 5 Abs. 1 Nr. 1 der Verträge für die Sachmängelhaftung eine Verjährungsfrist von fünf Jahren beginnend mit „Übergabe bzw. Abnahme“. Sowohl das Verhältnis von „Übergabe bzw. Abnahme“ im Rahmen der Klausel des § 5 Abs. 1 Nr. 1 der Verträge als auch das Verhältnis zwischen den beiden Klauseln wird im Vertrag nicht ausdrücklich geregelt. Es ergibt sich auch im Wege der Auslegung nicht mit der erforderlichen Klarheit. § 5 Abs. 1 Nr. 1 der Verträge kann insbesondere nicht lediglich auf das Sondereigentum bezogen werden. Vielmehr regelt diese Bestimmung die Sachmängelhaftung hinsichtlich des „Kaufobjekts“. Zum Kaufobjekt gehören aber gemäß § 1 der Verträge nicht nur das Sondereigentum an der jeweiligen Wohnung und dem jeweiligen Tiefgaragenstellplatz, sondern auch der Miteigentumsanteil an dem Grundstück und damit an dem Gemeinschaftseigentum. Angesichts dieser Vertragsgestaltung kommen als Anknüpfungspunkte für den Verjährungsbeginn hinsichtlich der Ansprüche wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum zum einen dessen Abnahme durch den Sachverständigen R. am 16.2.2004 und zum anderen die spätere Übergabe des Kaufobjekts an die jeweiligen Erwerber in Betracht. Diesen Widerspruch löst der Vertrag nicht auf. Hinzu kommt, dass neben der inhaltlichen Unklarheit auch die gewählte Anordnung und Gestaltung der beiden Klauseln zur Intransparenz führt. So vermittelt § 5 Abs. 1 Nr. 1 der Verträge, der bereits ausweislich der Überschrift die Sachmängelhaftung betrifft, einem Erwerber den Eindruck, dass für sämtliche Mängelansprüche die nach dem Gesetz bestehende Verjährungsfrist – im Kaufrecht gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 2a), Abs. 2 BGB fünf Jahre ab Übergabe – gilt. Ein konkreter Hinweis auf die an anderer Stelle und in anderem Zusammenhang stehende Bestimmung des § 3 Nr. 2 Abs. 6 Satz 4 der Verträge, die im Gegensatz dazu aufgrund der Vorverlegung des Verjährungsbeginns zu einer mittelbaren Verkürzung der gesetzlichen fünfjährigen Verjährungsfrist führen soll, findet sich in § 5 der Verträge nicht. Diese Vertragsgestaltung ist objektiv geeignet, einen Erwerber über den Umfang seiner Mängelrechte irrezuführen.

Daher gilt gemäß § 306 Abs. 2 BGB für die hier maßgeblichen Verträge aus dem Jahr 2007 die gesetzliche Verjährungsfrist von fünf Jahren ab Übergabe gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 2a), Abs. 2 BGB.

Eine Verjährung der das Gemeinschaftseigentum betreffenden Nacherfüllungsansprüche gemäß § 437 Nr. 1, § 439 BGB i. V. m. § 5 Abs. 1 Nr. 1 der Verträge scheidet danach hinsichtlich derjenigen Erwerber aus, bei denen Vertragsschluss und Übergabe im Jahr 2007 erfolgt sind, weil die Erhebung der Klage am 14.12.2011 zu einer rechtzeitigen Hemmung gemäß § 204 Nr. 1 BGB geführt hat.

c) Die Entscheidung des Berufungsgerichts beruht auf der rechtsfehlerhaften Annahme, auch die Nacherfüllungsansprüche jener Erwerber seien verjährt.

Dabei kann für das Revisionsverfahren offen bleiben, inwieweit Ansprüche der anderen Erwerber auf Beseitigung der Mängel am Gemeinschaftseigentum noch durchgesetzt werden könnten. Da der Verjährungseintritt in der Person eines Erwerbers die entsprechenden Ansprüche der übrigen Erwerber unberührt lässt (vgl. BGH, Urteil vom 21.2.1985, VII ZR 72/84, BauR 1985, 314, 316 f., juris Rdnr. 27 ff.), kann eine Wohnungseigentümergeinschaft vom Bauträger Beseiti-

gung der Mängel am Gemeinschaftseigentum verlangen, solange nur ein Erwerber einen solchen nicht verjährten Anspruch hat.

d) Die Entscheidung des Berufungsgerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar.

Die hier in Betracht kommenden nicht verjährten Nacherfüllungsansprüche der Erwerber gemäß § 437 Nr. 1, § 439 BGB i. V. m. § 5 Abs. 1 Nr. 1 der Verträge sind jeweils in vollem Umfang auf Beseitigung der Mängel am Gemeinschaftseigentum gerichtet.

Allerdings ist bislang höchstrichterlich nicht entschieden, welchen Inhalt der Nacherfüllungsanspruch gemäß § 437 Nr. 1, § 439 BGB bei einem Verkauf einer gebrauchten Eigentumswohnung im Allgemeinen hat. Der BGH hat vielmehr ausdrücklich offen gelassen, ob der Verkäufer in einem solchen Fall gehalten ist, dem Käufer insgesamt mangelfreies Gemeinschaftseigentum mit der Folge eines entsprechenden „vollen“ Nacherfüllungsanspruchs zu verschaffen, oder ob der Nacherfüllungsanspruch sich lediglich auf einen Anspruch auf Freistellung von den Kosten zur Beseitigung des Mangels am Gemeinschaftseigentum in Höhe der Quote des Miteigentumsanteils (§ 16 Abs. 2 WEG) beschränkt (vgl. BGH, Urteil vom 24.7.2015, V ZR 167/14, BauR 2015, 1837 Rdnr. 22 f. = NZBau 2015, 697).

Diese Frage kann weiterhin offen bleiben, denn vorliegend ergibt sich aus den konkreten Bestimmungen der Verträge, dass der kaufvertragliche Nacherfüllungsanspruch der betreffenden Erwerber – wie der werkvertragliche Erfüllungs- oder Nacherfüllungsanspruch – in vollem Umfang auf Beseitigung der Mängel am Gemeinschaftseigentum gerichtet ist. Das folgt aus § 5 Abs. 1 Nr. 1 der Verträge, in dem ausdrücklich ein Anspruch der Erwerber auf „Beseitigung eines Sachmangels“ am Kaufobjekt im Wege der Nacherfüllung geregelt ist. Kaufobjekt im Sinne dieser Bestimmung ist, wie bereits ausgeführt, gemäß § 1 der Verträge nicht nur das Sondereigentum, sondern auch der Miteigentumsanteil am Gemeinschaftseigentum. Danach steht den Erwerbern hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums jeweils ein auf Beseitigung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum gerichteter „voller“ Nacherfüllungsanspruch gegen die Beklagte zu. Eine Beschränkung des Nacherfüllungsanspruchs findet im Vertrag keine Grundlage.

## 2. Anspruch auf Aufwendungsersatz

a) Die Klägerin ist auch hinsichtlich des Anspruchs auf Aufwendungsersatz prozessführungsbefugt. Dies ergibt sich bereits daraus, dass sie nach den zugrunde zu legenden Feststellungen des Berufungsgerichts insoweit einen eigenen Anspruch gegen die Beklagte geltend macht, der sich nach ihrem Vorbringen daraus ergeben soll, dass sie den Anschluss von Entwässerungsrohren im Wege einer Notmaßnahme beauftragt hat und ihr hierdurch Kosten entstanden sind.

b) Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Anspruch auf Aufwendungsersatz sei verjährt, ist rechtsfehlerhaft.

Ein eigener vertraglicher Anspruch – insbesondere ein eigener Mängelanspruch – der Klägerin gegen die Beklagte besteht nicht. Es kommt daher nur ein eigener Anspruch der Klägerin aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis, etwa aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigter Bereicherung, in Betracht. Hierfür gilt die regelmäßige Verjährungsfrist gemäß § 195 BGB, deren Beginn sich nach § 199 Abs. 1 BGB richtet. Da ein solcher Anspruch frühestens mit Beauftragung der Maßnahme im Oktober 2010 entstanden sein kann, ist die Verjährung durch die Erhebung der Klage am 14.12.2011 rechtzeitig gehemmt worden.

c) Die Entscheidung des Berufungsgerichts beruht auch insoweit auf der rechtsfehlerhaften Annahme der Verjährung, da das Bestehen eines eigenen unverjährten Anspruchs der Klägerin auf Aufwendungsersatz aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis wegen der behaupteten Notmaßnahme nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann. Dies kommt in Betracht, wenn die Klägerin mit der Veranlassung der Notmaßnahme – auch – eine etwaige gegenüber den Erwerbern bestehende Verpflichtung der Beklagten zur Mängelbeseitigung erfüllen wollte und dies dem Interesse der Beklagten entsprach.

III. Die Entscheidung des Berufungsgerichts kann danach keinen Bestand haben. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, § 563 Abs. 3 ZPO, weil das Berufungsgericht bislang keine Feststellungen zum Vorliegen der geltend gemachten Mängel getroffen hat. Der Beschluss des Berufungsgerichts ist daher aufzuheben und die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, um diesem Gelegenheit zu geben, die erforderlichen Feststellungen nachzuholen und die in Betracht kommenden Ansprüche in der Sache zu prüfen.

### **Anmerkung (zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 25.2.2016, VII ZR 49/15, nachstehende Entscheidung Nr. 3):**

Für die notarielle Praxis sind die beiden Entscheidungen in erster Linie für die Vertragsgestaltung bei Nachzüglerfällen von Bedeutung. Kaum weniger interessant erscheinen aber die Ausführungen zum Transparenzgebot.

1. Bei Nachzüglerfällen ist seit der Schuldrechtsmodernisierung streitig, ob diese nach Kauf- oder nach Werkvertragsrecht zu behandeln sind. Der BGH lässt diese Frage in diesen Entscheidungen offen, gibt aber deutlich zu erkennen, dass bei der gegebenen Rechtslage mehr für die Anwendbarkeit des Werkvertragsrechts spricht. In diesem Sinn hat er nun mit Urteil vom 12.5.2016, VII ZR 171/15, entschieden. Für die Vertragsgestaltung und -abwicklung ist daher dringend zu empfehlen, in Zweifelsfällen eine Abnahme vorzusehen. Nach der Entscheidung zu Az. VII ZR 156/13 führen solche Regelungen nicht aufgrund Vereinbarung zur Anwendbarkeit des Werkvertragsrechts; der damit verbundene Aufwand kann sich allenfalls als überflüssig herausstellen. Von Kaufrecht darf man nunmehr grundsätzlich ausgehen, wenn der Vertrag ca. drei Jahre nach Fertigstellung des Gebäudes abgeschlossen wird *und* die betreffende Wohnung vermietet ist. Hingegen gilt jedenfalls Werkvertragsrecht, wenn das Bauvorhaben zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses seit etwa zwei Jahren fertig gestellt *und* nach dem Vertrag in der verkauften Wohnung noch verschiedene Arbeiten („bauliche Sonderwünsche“) zu leisten sind. Dort bedarf es folglich einer Abnahme sowohl hinsichtlich des Sonder- als auch des Gemeinschaftseigentums.

Unabhängig davon, ob Kauf- oder Werkvertragsrecht anwendbar ist, ist die Frage der Zulässigkeit haftungsbeschränkender Regelungen zu beurteilen. Nach dem Urteil zu Az. VII ZR 49/15 verstößt die Anknüpfung an die Abnahme früherer Erwerber gegen § 309 Nr. 8 b) ff) BGB, weil damit der Beginn der Verjährung auf einen Zeitpunkt vorverlagert wird, zu dem das Werk weder erworben noch übergeben war. Die für Nachzüglerfälle viel diskutierte Übernahme einer früheren Abnahme durch andere Erwerber ist demnach keine taugliche Gestaltung. Nur wenn der Nachzügler selbst bereits früher Sondereigentum aus derselben Wohnanlage erworben und die Bauleistungen abgenommen hat, wird man auf dessen (eigene) frühere Abnahme des Gemeinschaftseigentums abstellen können.

Der BGH geht nicht auf die Frage ein, wie lange eine Immobilie genutzt sein muss, damit sie nicht mehr als neu im Sinne des § 309 Nr. 8 b) ff) BGB anzusehen ist. Offen bleibt auch, ob diesbezüglich zwischen dem nicht selten schon länger im Allgemeingebrauch aller Eigentümer stehenden Gemeinschaftseigentum und dem oft ungebraucht und als neu verkauften Sondereigentum unterschieden werden kann. Aus der Entscheidung zu Az. VII ZR 49/15 ist wohl abzuleiten, dass Gemeinschaftseigentum, das zwei Jahre in Gebrauch ist, immer noch als neu im Sinne dieser Vorschrift anzusehen ist. Ab wann eine andere Bewertung veranlasst ist, bleibt offen. Aus dem Urteil zu Az. VII ZR 156/13 lässt sich nicht ohne Weiteres entnehmen, dass die Grenze bei drei Jahren zu ziehen wäre. Die diesbezüglichen Aussagen (Ziffer II. 1. b) aa) (2)) beziehen sich allein darauf, ab wann eine Errichtungsverpflichtung im Sinne des Werkvertragsrechts verneint werden kann. Es ist jedoch bemerkenswert, dass der BGH in dieser Entscheidung nicht auf § 309 Nr. 8 b) ff) BGB eingeht. Es erscheint daher gut vertretbar, jedenfalls ab einer Nutzungsdauer von ca. drei Jahren haftungsbeschränkende Regelungen zuzulassen. Auch dann wird man aber die Haftung für Sachmängel nicht gänzlich ausschließen können. Insofern ist an eine Entscheidung des BGH vom 21.2.1985 zu erinnern.<sup>1</sup> Dort führt der BGH (im Hinblick auf die Anwendbarkeit von Werkvertragsrecht aus), es sei ein „widersinniges Ergebnis“, wenn Mängelansprüche des Nachzüglers früher verjährten als die Ansprüche früherer Erwerber. Nimmt man dies als Maßstab, wären Klauseln, die zu einem solchen Ergebnis führen, wohl unwirksam gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Vertretbar erscheint ggf. die Verkürzung der Verjährungsfristen für Mängelansprüche entsprechend den Fristen, die für frühere Erwerber von Einheiten in derselben Anlage gelten.

Offen bleibt nach der Rechtsprechung der BGH, ob der Nacherfüllungsanspruch des Nachzüglers gemäß § 437 Nr. 1, § 439 BGB den vollen Anspruch auf Beseitigung von Mängeln des Gemeinschaftseigentums verschafft oder nur auf Freistellung von den Kosten zur Beseitigung des Mangels am Gemeinschaftseigentum in Höhe der Quote seines Miteigentumsanteils (§ 16 Abs. 2 WEG).<sup>2</sup> Insofern ist an vertragliche Regelungen zu denken, die für den Fall, dass Ansprüche früherer Erwerber auf Mängelbeseitigung bereits verjährt sind, dem Nachzügler von vornherein nur Anspruch auf eine entsprechende Zahlung verschaffen, also auf Ersatz von Mängelbeseitigungskosten, die ihn nach seinem Miteigentumsanteil treffen oder träfen, wenn die Eigentümergemeinschaft die Mängel selbst beseitigen würde. Die Zulässigkeit solcher Regelungen ist offen. Jedenfalls sollte ein Bauträger wohl vertragliche Bestimmungen vermeiden, die (wie im entschiedenen Fall geschehen) auch in diesen Fällen den vollen Anspruch auf Mängelbeseitigung vermitteln.

2. Besonderes Interesse verdienen die Ausführungen des BGH zum Transparenzgebot in der Entscheidung zu Az. VII ZR 156/13. Wer die zitierten Vertragsklauseln liest, kann durchaus den Eindruck gewinnen, dass man sich bei der Formulierung sehr viel Mühe gegeben hat. Jedenfalls die Klausel unter § 3 Nr. 2 Abs. 6 des Vertrages taugt als Vertragsmuster. Am Regelungsinhalt konnten auf den ersten Blick (eigentlich) keine Zweifel bestehen. Und auch vor dem OLG scheint man sich nicht über Transparenz und Verständlichkeit gestritten zu haben, sondern allein über die rechtliche Zulässigkeit der Vertragsgestaltung, die an die Abnahme durch frühere Erwerber anknüpft. Auf die vom OLG behandelte Rechtsfrage kam es aber wegen der Anwendbarkeit des Kaufrechts nicht an. Hier-

<sup>1</sup> Urteil, VII ZR 72/84, NJW 1985, 1551.

<sup>2</sup> Vgl. Ziffer II. 1. d) zu Az. VII ZR 156/13.

auf geht der BGH folglich nicht weiter ein. Nach seiner Auffassung genügen die Regelungen zur Haftung in dem Vertrag nicht den Anforderungen des Transparenzgebotes. Für den BGH ist es nicht hinreichend, dass die Klausel in § 3 des Vertrages isoliert betrachtet klar formuliert ist. Ein wesentlicher Gesichtspunkt ist hierbei, dass sich die betreffende (klare) Klausel in einem Abschnitt des Vertrages zur „Übergabe“ befindet, während es in dem Abschnitt „Sachmangelfreiheit“ nur heißt, der Käufer könne „innerhalb von 5 Jahren ab Übergabe bzw. Abnahme Beseitigung eines Sachmangels (Nacherfüllung) durch den Verkäufer verlangen“. Im Rahmen der Regelung zur Haftung werde nicht hinreichend klar, welche Anknüpfungspunkte bei Mängeln am Sonder- bzw. Gemeinschaftseigentum gelten sollen. Die Vertragsgestaltung sei insgesamt geeignet, einen Erwerber über den Umfang seiner Mängelrechte irrezuführen. Damit sei die Regelung für einen durchschnittlichen Vertragspartner intransparent.

Dem BGH wäre es wohl hinreichend gewesen, wenn bei der Haftungsregelung ausdrücklich zwischen Sonder- und Gemeinschaftseigentum differenziert und bezüglich des Gemeinschaftseigentums auf § 3 Nr. 2 Abs. 6 des Vertrages verwiesen worden wäre. Jedoch scheint es nicht darauf ankommen zu können, ob der Notar die betreffende Regelung entsprechend erläutert hat. Andernfalls wäre eine Aufklärung durch das Berufungsgericht geboten gewesen. Entscheidend dürfte sein, dass der durchschnittliche Verbraucher die Tragweite einer Regelung auch bei späterer Lektüre seines Vertrages ohne Weiteres nachvollziehen können soll. Wer Verträge gestaltet, kann mit den Ausführungen des BGH zum Transparenzgebot in dieser Entscheidung seine Probleme haben. Man kann sich fragen, wie häufig (oder selten) es einem gelingt, dessen Anforderungen bei komplexen Verträgen wie einem Bauträgervertrag gerecht zu werden.

Andererseits finden sich verschiedene Entscheidungen, nach denen das Transparenzgebot den AGB-Verwender nicht überfordern darf.<sup>3</sup> Die Grenzziehung ist, wie man sieht, nicht immer einfach.

Notar Dr. *Gregor Basty*, München

<sup>3</sup> Z. B. BGH, Urteil vom 10.7.1990, XI ZR 275/89, BGHZ 112, 115, 119.

3. BGB §§ 242, 309 Nr. 8 b) ff), § 637 Abs. 3 (*Abnahme des Gemeinschaftseigentums bei „Nachzügeln“ in der AGB-Gestaltung*)

1. **Eine von einem Bauträger in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Erwerbsvertrages verwendete Klausel, die die nach Entstehen der werdenden Wohnungseigentümergeinschaft und Abnahme des Gemeinschaftseigentums vertragschließenden Erwerber („Nachzügler“) an eine durch frühere Erwerber bereits erfolgte Abnahme des Gemeinschaftseigentums bindet, ist wegen mittelbarer Verkürzung der Verjährung gemäß § 309 Nr. 8 b) ff) BGB unwirksam.**
2. **Dem Bauträger ist es als Verwender dieser von ihm gestellten, unwirksamen Formulklausel nach Treu und Glauben verwehrt, sich darauf zu berufen, dass der Vertrag sich noch im Erfüllungsstadium befinde und deshalb ein Anspruch aus § 637 Abs. 3 BGB nicht bestehe.**

BGH, Urteil vom 25.2.2016, VII ZR 49/15

Die Klägerin, eine Wohnungseigentümergeinschaft, verlangt von der Beklagten Kostenvorschuss für die Beseitigung von Mängeln am

Gemeinschaftseigentum an der Wohnungseigentumsanlage G. sowie die Feststellung der Ersatzpflicht zur Übernahme etwaiger weiterer Sanierungskosten. Die Beklagte ließ die Wohnungseigentumsanlage, bestehend aus mehreren Gebäuden und einer Tiefgarage, errichten. Am 16.11.2004 fand ein Teilabnahmetermine betreffend die Treppenhäuser und die Tiefgarage statt, an dem mehrere Eigentümer sowie die Verwalterin teilgenommen haben. Die Außenanlagen und die Tiefgaragenzufahrt wurden dabei nicht abgenommen. Am 15.12.2004 wurde ein Übergabeprotokoll zu den Außenanlagen erstellt, in dem verschiedene ausstehende Nacharbeiten festgehalten wurden.

Mit notarieller Urkunde vom 6.11.2006 erwarben die Eheleute G. von der Beklagten die Penthousewohnung 1.7 der Wohnanlage. Die Erwerber hatten betreffend die Ausstattung des Sondereigentums bauliche Sonderwünsche, die in § 2 Abs. 4 des Vertrages erfasst und durch die Beklagte nachträglich erfüllt wurden.

Unter § 3 Nr. 2 „Bauabnahme“ vereinbarten die Vertragsparteien Folgendes:

„Das Bauwerk ist durch die Vertragsparteien oder mit schriftlicher Vollmacht ausgestattete Vertreter förmlich abzunehmen. Der Abnahmetermine wird vom Veräußerer bestimmt.

Die Abnahme des gemeinschaftlichen Eigentums ist bereits erfolgt. Der Verkauf gilt nach Maßgabe dieser Abnahme als vereinbart.“

Am 17.11.2006 wurde ein Nachabnahmeprotokoll erstellt, in dem beseitigte und nicht beseitigte Mängel aufgeführt wurden. An dem betreffenden Termine nahmen einzelne Eigentümer, ein Vertreter der Beklagten sowie ein Vertreter der Hausverwaltung, nicht jedoch die Eheleute G. teil. Die Übergabe der Penthousewohnung Nr. 1.7 an die Eheleute G. erfolgte am 13.12.2006.

Die Klägerin rügte in der Folgezeit die verfahrensgegenständlichen vier Mängel und setzte für deren Beseitigung Fristen, die zu einzelnen Mängelbeseitigungsversuchen seitens der Beklagten führten.

Mit Abtretungsvereinbarung vom 12.4.2012 traten die Eheleute G. sämtliche Mängelansprüche aus dem Erwerbsvertrag vom 6.11.2006 gegen die Beklagte an die Klägerin ab. Die Klägerin nahm die Abtretung an.

Die Klägerin macht aus abgetretenem Recht der Eheleute G. Kostenvorschuss geltend und begehrt die Feststellung, die Beklagte sei verpflichtet, die Kosten weitergehender Sanierung zu tragen. Die Beklagte hat das Vorliegen von Mängeln bestritten und die Einrede der Verjährung erhoben.

Das LG hat der Klage weitgehend stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist überwiegend ohne Erfolg geblieben.

Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

(...)

*Aus den Gründen:*

## II.

Zutreffend hat das Berufungsgericht den ausgeurteilten Anspruch der Klägerin aus abgetretenem Recht auf Vorschuss für die zur Beseitigung von Mängeln des Gemeinschaftseigentums erforderlichen Aufwendungen nach § 634 Nr. 2, § 637 Abs. 3 BGB bejaht. Entsprechendes gilt für die getroffene Feststellung bezüglich der Pflicht zum Ersatz weiterer Sanierungskosten.

1. Soweit das Berufungsgericht angenommen hat, die Klägerin mache aufgrund der Abtretung der Mängelansprüche durch die Eheleute G. Ansprüche aus eigenem Recht im eigenen Namen geltend und sei damit, ohne dass es auf eine Vergemeinschaftung der Ansprüche ankomme, prozessführungsbefugt, wird dies von den Parteien hingenommen. Revisionsrechtlich beachtliche Rechtsfehler sind insoweit nicht ersichtlich.

2. Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass sich die Haftung der Beklagten für Mängel am Bauwerk nach Werkvertragsrecht richtet.

a) Für vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes geschlossene Verträge gilt nach ständiger Rechtsprechung des Senats, dass sich die Ansprüche der Erwerber wegen Mängeln an neu errichteten Häusern oder Eigentumswohnungen grundsätzlich nach Werkvertragsrecht richten, mag auch das Bauwerk bei Vertragsschluss bereits fertiggestellt sein (vgl. grundlegend BGH, Urteil vom 29.6.1981, VII ZR 259/80, BauR 1981, 571, 572 f., juris Rdnr. 8 ff. sowie Urteile vom 9.1.2003, VII ZR 408/01, BauR 2003, 535, juris Rdnr. 11 = NZBau 2003, 213; vom 17.9.1987, VII ZR 153/86, BGHZ 101, 350, 352, juris Rdnr. 7; vom 7.5.1987, VII ZR 129/86, BauR 1987, 438, juris Rdnr. 9 und vom 21.2.1985, VII ZR 72/84, BauR 1985, 314, 315, juris Rdnr. 13 ff.; für noch nicht vollständig fertiggestellte Bauwerke vgl. BGH, Urteile vom 5.4.1979, VII ZR 308/77, BGHZ 74, 204, 206 f., juris Rdnr. 11 ff. und vom 10.5.1979, VII ZR 30/78, BGHZ 74, 258, 267 f., juris Rdnr. 30 f.). Die Anwendbarkeit von Werkvertragsrecht kann danach auch dann noch zu bejahen sein, wenn die Erwerbsverträge zwei Jahre nach Errichtung geschlossen wurden (vgl. BGH, Urteil vom 9.1.2003, VII ZR 408/01, a. a. O.; Urteil vom 21.2.1985, VII ZR 72/84, a. a. O., juris Rdnr. 15 f.).

Dabei ist ohne Bedeutung, ob die Parteien den Vertrag als Kaufvertrag und sich selbst als Käufer und Verkäufer bezeichnet haben. Entscheidend ist vielmehr, dass sich aus dem Inhalt solcher Verträge, aus ihrem Zweck und ihrer wirtschaftlichen Bedeutung sowie aus der Interessenlage die Verpflichtung des Veräußerers zu einer mangelfreien Errichtung des Bauwerks ergibt.

b) Der Senat braucht im Streitfall nicht zu entscheiden, ob an dieser Rechtsprechung auch nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes grundsätzlich festzuhalten ist, wofür allerdings einiges spricht (vgl. zum Streitstand, bejahend: *Kniffka/Kniffka*, *ibr-online-Kommentar Bauvertragsrecht*, Stand: 28.7.2015, Einf. vor § 631 Rdnr. 55 ff.; *Koebler in Kniffka/Koebler*, *Kompandium des Baurechts*, 4. Aufl., 11. Teil Rdnr. 206 ff.; *Basty*, *Der Bauträgervertrag*, 8. Aufl., Rdnr. 11 ff.; *Vogel*, *BauR* 2010, 1992, 1994 f.; *Derleder*, *NZBau* 2004, 237, 242 f.; *Thode*, *NZBau* 2002, 297, 299 f.; *Pause*, *NZBau* 2002, 648 f.; tendenziell auch BGH, Urteil vom 26.4.2007, VII ZR 210/05, BauR 2007, 1407, 1409, juris Rdnr. 18 f. = NZBau 2007, 507; verneinend: *Hertel*, *DNotZ* 2002, 6, 18 f.; *Bambring*, *DNotZ* 2001, 904, 906; *Ott*, *NZBau* 2003, 233, 238 f.).

Jedenfalls im Streitfall ist Werkvertragsrecht anwendbar. Die Penthousewohnung 1.7, die Gegenstand des Vertrags vom 6.11.2006 ist, war zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht vollständig errichtet. Zwar war das Gemeinschaftseigentum zum Zeitpunkt des Erwerbs der genannten Wohnung durch die Eheleute G. am 6.11.2006 bereits seit annähernd zwei Jahren errichtet. Die Eheleute G. hatten jedoch betreffend ihr Sondereigentum bauliche Sonderwünsche, die in § 2 Abs. 4 des Vertrages vom 6.11.2006 festgehalten und nachträglich durch die Beklagte erfüllt wurden. Insoweit enthielt der Vertrag eine (ergänzende) Herstellungsverpflichtung, die ihm insgesamt das Gepräge eines Werkvertrages verleiht.

3. Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Klausel in § 3 Nr. 2 Abs. 3 des Erwerbsvertrages der Eheleute G. unwirksam ist.

a) In revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass es sich bei der Abnahmeregung in § 3 Nr. 2 Abs. 3 um eine von der Beklagten gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung handelt, die nicht im Einzelnen ausgehandelt ist. Die Revision erinnert hiergegen nichts.

b) Die Unwirksamkeit der Klausel ergibt sich jedenfalls aus § 309 Nr. 8 b) ff) BGB.

aa) Die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung, die genannte Klausel sei dahingehend zu verstehen, die Eheleute G. sollten die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 6.11.2006 bereits durch die übrigen Erwerber erklärte Abnahme des Gemeinschaftseigentums und damit auch den dadurch ausgelösten Beginn der Verjährungsfrist als sog. „Nachzügler“ gegen sich gelten lassen, ist nicht zu beanstanden. Ohne Erfolg rügt die Revision, das Berufungsgericht habe die Klausel nicht ausgelegt, vor allem den Vortrag der Beklagten nicht berücksichtigt, wonach die Klausel der besonderen Situation der Eheleute G. geschuldet sei.

(1) Die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung unterliegt uneingeschränkt der revisionsrechtlichen Nachprüfung. Nach der Rechtsprechung des BGH, an die der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 545 Abs. 1 ZPO angeknüpft hat, sind Allgemeine Geschäftsbedingungen wie reversible Rechtsnormen zu behandeln und infolgedessen vom Revisionsgericht frei auszulegen, da bei ihnen ungeachtet der Frage, ob sie über den räumlichen Bezirk des Berufungsgerichts verwendet werden, ein Bedürfnis nach einer einheitlichen Handhabung besteht (BGH, Urteil vom 20.6.2013, VII ZR 82/12, BauR 2013, 1673 Rdnr. 12 m. w. N. = NZBau 2013, 567).

(2) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind gemäß ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind (BGH, Urteil vom 9.7.2015, VII ZR 5/15, BauR 2015, 1652 Rdnr. 26 = NZBau 2015, 549 m. w. N.).

(3) Nach dem Wortlaut der Klausel, die die Beklagte nach den durch die Revision unangegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts in einer Mehrzahl der Erwerbsverträgen verwandt hat, gilt die Abnahme entsprechend der bereits durchgeführten Abnahme rückwirkend als vereinbart. Dies entspricht dem erkennbaren Sinn, die nach der Herstellung der Wohnungseigentumsanlage in die Wohnungseigentumsgemeinschaft eintretenden Erwerber an eine bereits erfolgte Abnahme zu binden. Ein davon abweichendes Verständnis, wie es von der Revision auf Grund der individuellen Besonderheiten der Erwerbssituation der Eheleute G. vorgetragen wird, ergibt sich aus dem objektiven Inhalt und typischen Sinn der Klausel nicht.

bb) Mit der Anknüpfung an die Abnahme der übrigen Erwerber wird der Beginn der Verjährung von Mängelansprüchen der Eheleute G. betreffend das Gemeinschaftseigentum auf einen Zeitpunkt vorverlagert, zu dem diese das Werk weder erworben hatten noch es ihnen übergeben war. Dies stellt eine mittelbare Verkürzung der Verjährungsfrist dar, die von § 309 Nr. 8 b) ff) BGB erfasst wird (vgl. BGH, Urteil vom 9.10.1986, VII ZR 245/85, NJW-RR 1987, 144, 146, juris Rdnr. 16; Urteil vom 25.6.1992, VII ZR 128/91, BauR 1992, 794, 795, juris Rdnr. 19). Damit ist die Klausel insgesamt unwirksam. Eine geltungserhaltende Reduktion allein auf die Abnahme ist mangels Teilbarkeit der Klausel nicht möglich.

4. Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist es, dass das Berufungsgericht eine konkludente Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch Ingebrauchnahme und anschließende Nutzung seitens der Erwerber G. unter Berücksichtigung der Vertragsklausel in § 3 Nr. 2 Abs. 1 Satz 1 verneint hat.

a) Diese Vertragsklausel sieht vor, dass das Bauwerk durch die Vertragsparteien förmlich abzunehmen ist. Das Berufungs-

gericht hat diese Vertragsklausel dahingehend ausgelegt, dass sich der Begriff „Bauwerk“ nicht nur auf das Sondereigentum, sondern auch auf das Gemeinschaftseigentum bezieht. Die Parteien erinnern gegen diese Auslegung nichts.

b) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist für einen Verzicht auf das Erfordernis einer förmlichen Abnahme von der Beklagten ebenso wenig wie für das Erklärungsbewusstsein bezüglich einer konkludenten Abnahme vorgetragen. Auch hiergegen erinnern die Parteien nichts.

5. Es kann dahinstehen, ob das Berufungsgericht zu Recht angenommen hat, eine konkludente Abnahme des Gemeinschaftseigentums sei jedenfalls durch die Erhebung der Vorschussklage im Jahr 2012 seitens der Klägerin trotz des – nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht eingehaltenen – Erfordernisses einer förmlichen Abnahme erfolgt. Des Weiteren kann dahinstehen, ob Mängelansprüche generell vor Abnahme anwendbar sein können, obgleich die Abnahme im Grundsatz den maßgebenden Zeitpunkt markiert, von dem an die Mängelrechte des Bestellers eingreifen (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 6.6.2013, VII ZR 355/12, ZfBR 2013, 657 Rdnr. 16). Nach den vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen ist es der Beklagten als Verwenderin der unwirksamen Formularabnahmeklausel in § 3 Nr. 2 Abs. 3 jedenfalls nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich darauf zu berufen, dass der Vertrag sich mangels Abnahme des Gemeinschaftseigentums insoweit noch im Erfüllungsstadium befinde.

a) Die Inhaltskontrolle von Formalklauseln dient ausschließlich dem Schutz des Vertragspartners des Verwenders; der Verwender kann sich nicht auf die Unwirksamkeit einer von ihm gestellten Allgemeinen Geschäftsbedingung berufen (vgl. BGH, Urteil vom 4.12.1986, VII ZR 354/85, BGHZ 99, 160, 161, juris Rdnr. 15; Urteil vom 9.3.2006, VII ZR 268/04, BauR 2006, 1012, 1013, juris Rdnr. 13 = NZBau 2006, 383; *Wolff/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, 6. Aufl., § 307 Rdnr. 95; *Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs*, AGB-Recht, 11. Aufl., Vorb. v. § 307 BGB Rdnr. 53 m. w. N.) und darf aus einer solchen Unwirksamkeit keine Vorteile ziehen (vgl. *Temming*, AcP 2015, 17, 34).

b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist es der Beklagten als Verwenderin der unwirksamen Formularabnahmeklausel in § 3 Nr. 2 Abs. 3 nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verwehrt, sich darauf zu berufen, dass der Vertrag sich bezüglich des Gemeinschaftseigentums noch im Erfüllungsstadium befinde (vgl. *Temming*, AcP 2015, 17, 36 f.). Die Beklagte hat durch die Stellung dieser Klausel den Eindruck erweckt, dass das Erfüllungsstadium aufgrund erfolgter Abnahme des Gemeinschaftseigentums beendet sei. Sie muss daher nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) als Verwenderin den Nachteil tragen, dass sie trotz etwa fehlender Abnahme des Gemeinschaftseigentums mit Mängelrechten aus dem Vertrag vom 6.11.2006 konfrontiert wird.

6. Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht auch die übrigen Voraussetzungen des § 637 BGB bejaht.

(...)

#### Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu die Anmerkung von *Basty*, MittBayNot 2016, 502 (in diesem Heft).

4. WEG §§ 3, 6 Abs. 1, § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1, §§ 8, 14 Nr. 4, § 21 Abs. 4 und 5 Nr. 2, § 22, § 27 Abs. 1 Nr. 1; BGB §§ 181, 242, 925 Abs. 1 (*Sondereigentum bei planwidriger Errichtung – „verschobene“ Kellertrennwand*)

1. **Sondereigentum kann nur in den Grenzen entstehen, die sich aus dem zur Eintragung in das Grundbuch gelangten Aufteilungsplan ergeben.**
2. **Die erstmalige plangerechte Herstellung einer Wand, die zwei Sondereigentumseinheiten voneinander abgrenzt, ist unabhängig von der dinglichen Zuordnung der herzustellenden Wand Aufgabe aller Wohnungseigentümer und nicht nur der benachbarten Sondereigentümer.**
3. **Der Anspruch eines Wohnungseigentümers auf erstmalige plangerechte Herstellung des gemeinschaftlichen Eigentums kann nach dem Grundsatz von Treu und Glauben ausgeschlossen sein, wenn die tatsächliche Bauausführung nur unwesentlich von dem Aufteilungsplan abweicht.**
4. **Ist den Vertragsparteien bei der Veräußerung von Wohnungseigentum nicht bekannt, dass das Sondereigentum in größerem Umfang entstanden ist, als es die tatsächliche Bauausführung erkennen lässt, erlaubt eine vor Vertragsschluss erfolgte Besichtigung des Kaufobjekts nicht den Schluss, dass die Auflassung auf das Sondereigentum in den von der Bauausführung vorgegebenen Grenzen beschränkt worden ist.**

BGH, Urteil vom 20.11.2015, V ZR 284/14

Die Parteien bilden eine Wohnungseigentümergeinschaft. Das zu der Anlage gehörige Wohngebäude wurde 1972 als Mietshaus für 18 Parteien errichtet. Bei dem Bau des Kellergeschosses wurde von den der Baugenehmigung zugrundeliegenden Bauplänen abgewichen, um einen Fensterzugang für den innenliegenden Kellerraum Nr. 7 zu schaffen. Durch die hierfür erforderliche Verlegung einer Innenwand verkleinerte sich der nach den Plänen 8,43 m<sup>2</sup> große Kellerraum Nr. 3 um eine Fläche von 3,94 m<sup>2</sup>.

Im Jahr 1984 erfolgte die Aufteilung in Wohnungseigentum. Für die Erstellung des Aufteilungsplans wurden die ursprünglichen, der Baugenehmigung zugrundeliegenden Baupläne verwendet. Infolgedessen zeigt der im Grundbuch in Bezug genommene Aufteilungsplan nicht die tatsächliche Bauausführung der Kellerräume Nr. 3 und Nr. 7, sondern die ursprüngliche Planung. Im Jahr 2011 erwarb der Kläger nach vorheriger Besichtigung das Sondereigentum an der Wohnung Nr. 3 sowie an dem Kellerraum Nr. 3. Von dem Aufteilungsplan nahm er erst nach dem Erwerb Kenntnis.

In der Eigentümerversammlung vom 17.4.2013 wurde der Antrag des Klägers, den Kellerraum Nr. 3 in den aus dem Aufteilungsplan ersichtlichen Grenzen herzustellen, mehrheitlich abgelehnt. Hiergegen wendet er sich mit der Anfechtungsklage. Zugleich verlangt er festzustellen, dass die dem Aufteilungsplan entsprechende Herstellung des Kellerraumes Nr. 3 auf Kosten der Wohnungseigentümergeinschaft und die Erteilung des Auftrags an den günstigsten Anbieter beschlossen ist. Das AG hat der Klage vollen Umfangs stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das LG das Urteil geändert und die Klage abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision will der Kläger die Zurückweisung der Berufung erreichen; die Beklagten beantragen die Zurückweisung der Revision.

Das Berufungsgericht meint, die Abgrenzung des Sondereigentums richte sich nicht nach dem Aufteilungsplan, sondern nach der tatsächlichen Bauausführung. Der teilende Eigentümer habe die Aufteilung offenkundig an den seit zwölf Jahren bestehenden baulichen Gegebenheiten ausrichten wollen und die veralteten Bauunterlagen aufgrund eines schlichten Versehens verwendet. Solche Fehler bei der planerischen Erfassung wirkten sich auf die Zuweisung des Sondereigentums nicht aus und dürften keine Umbaupflichten nach sich ziehen. Die für die Begründung von Wohnungseigentum an einem noch zu errichtenden Gebäude geltenden Grundsätze seien auf die Aufteilung eines bereits bestehenden Gebäudes nicht übertragbar. Zudem sei auch insoweit in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass bei unwesentlichen Abweichungen auf die tatsächliche Bauausführung abzustellen und der Aufteilungsplan entsprechend zu berichtigen sei. Um eine solche unwesentliche Abweichung gehe es hier, da nur ein Kellerraum betroffen sei und die Fläche des gesamten Sondereigentums lediglich um 6 % gemindert werde. Schließlich habe

der Kläger die streitige Fläche nicht gutgläubig erworben. Die Unrichtigkeit des Grundbuches sei ihm bekannt gewesen, weil er den Kellerraum in seinem tatsächlichen Umfang vor dem Erwerb besichtigt habe.

*Aus den Gründen:*

## II.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Die Anfechtungsklage hat Erfolg. Der angefochtene Negativbeschluss entspricht nicht ordnungsmäßiger Verwaltung, weil der Kläger die plangerechte Herstellung des Kellerraums Nr. 3 von den Beklagten verlangen kann.

a) Im Ausgangspunkt stützt sich der geltend gemachte Anspruch auf § 21 Abs. 4 i. V. m. Abs. 5 Nr. 2 WEG. Hiernach kann jeder Wohnungseigentümer von den übrigen Mitgliedern der Wohnungseigentümergeinschaft grundsätzlich verlangen, dass das Gemeinschaftseigentum plangerecht hergestellt wird, da unter Instandsetzung auch die erstmalige Herstellung des Gemeinschaftseigentums zu verstehen ist. Beschließen die Wohnungseigentümer die plangerechte Herrichtung der Wohnanlage auf Kosten der Gemeinschaft mehrheitlich nach § 21 Abs. 3 WEG, sind die hiervon betroffenen Wohnungseigentümer ab diesem Zeitpunkt nach § 14 Nr. 4 WEG zur Duldung des Umbaus verpflichtet. § 22 WEG steht dem nicht entgegen, weil die erstmalige plangerechte Herrichtung keine bauliche Veränderung im Sinne der genannten Norm darstellt. Dies gilt im Grundsatz auch dann, wenn ein Gebäude planwidrig erstellt wurde und sodann die Planwidrigkeit behoben wird (vgl. zum Ganzen Senat, Urteil vom 14.11.2014, V ZR 118/13, NJW 2015, 2027 Rdnr. 20, vorgelesen zum Abdruck in BGHZ).

b) Ob die vorhandene Trennwand planwidrig ist, richtet sich nach der Grundbucheintragung, und zwar nach der Teilungserklärung und dem dort in Bezug genommenen Aufteilungsplan.

aa) Bei der Auslegung von Grundbucheintragungen, die der Senat in vollem Umfang überprüfen kann, ist vorrangig auf den Wortlaut und den Sinn der Eintragung sowie der darin in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung abzustellen, wie sie sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergeben. Umstände außerhalb dieser Urkunden dürfen zur Ermittlung von Inhalt und Umfang eines Grundstücksrechts nur insoweit mit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (st. Rspr., vgl. nur Senat, Urteil vom 30.6.1995, V ZR 118/94, BGHZ 130, 159, 166).

bb) Danach ist für die Abgrenzung des Sondereigentums nicht die tatsächliche Bauausführung, sondern der Aufteilungsplan maßgeblich. Letzterer soll sicherstellen, dass dem Bestimmtheitsgrundsatz des Sachen- und Grundbuchrechts Rechnung getragen wird, indem er die Aufteilung des Gebäudes sowie die Lage und Größe des Sondereigentums und der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Gebäudeanteile ersichtlich macht (§ 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WEG, vgl. Senat, Urteil vom 30.6.1995, V ZR 118/94, BGHZ 130, 159, 166 f.; Urteil vom 18.7.2008, V ZR 97/07, BGHZ 177, 338 Rdnr. 12; Urteil vom 15.1.2010, V ZR 40/09, NZM 2010, 407 Rdnr. 7; Urteil vom 16.11.2012, V ZR 246/11, NZM 2013, 153 Rdnr. 5 f.). Bei Grundstücken ergibt sich der Grenzverlauf aus der dem Liegenschaftskataster zugrundeliegenden Liegenschaftskarte (vgl. § 2 Abs. 2 GBO); hierauf erstreckt sich die Vermutung der Richtigkeit des Grundbuches

gemäß § 891 Abs. 1 BGB (vgl. Senat, Urteil vom 2.12.2005, V ZR 11/05, Rpfleger 2006, 181 f.; Urteil vom 8.11.2013, V ZR 155/12, BGHZ 199, 31 Rdnr. 11). Dieselbe sachentrechtliche Abgrenzungsfunktion wie das Liegenschaftskataster erfüllt bei der Aufteilung in Wohnungseigentum der Aufteilungsplan, der an die Stelle der Vermessung und katastermäßigen Erfassung tritt (vgl. Senat, Urteil vom 30.6.1995, V ZR 118/94, BGHZ 130, 159, 166 f.; Urteil vom 18.7.2008, V ZR 97/07, BGHZ 177, 338 Rdnr. 12). Dagegen hat der tatsächliche Besitzstand bei der Auslegung der Eintragung außer Betracht zu bleiben, weil er als Umstand außerhalb des Grundbuchs nicht für jedermann erkennbar ist (vgl. KG NZM 2001, 1127, 1128; OLG Zweibrücken, FGPrax 2006, 103, 104).

cc) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist in diesem Zusammenhang unerheblich, in welchem Ausmaß die tatsächliche Bauausführung von dem Aufteilungsplan abweicht.

(1) Allerdings entspricht es der ganz überwiegenden Ansicht, dass Sondereigentum ausnahmsweise in den von der tatsächlichen Bauausführung vorgegebenen Grenzen entsteht, wenn diese nur unwesentlich von dem Aufteilungsplan abweicht (BayObLG, NZM 1998, 973, 975; OLG Düsseldorf, OLGZ 1977, 467, 469; OLG Celle, OLGZ 1981, 106, 108; KG, NZM 2001, 1127, 1128; OLG Frankfurt, ZMR 2012, 30, 31; OLG Zweibrücken, FGPrax 2006, 103, 104; *Bärmann/Armbrüster*, WEG, 13. Aufl., § 2 Rdnr. 77; *Timme/Gerono*, WEG, 2. Aufl., § 3 Rdnr. 102, 105; *Niedenführ/Kümmell/Vandenhoueten*, WEG, 11. Aufl., § 7 Rdnr. 35; *Spielbauer/Then*, WEG, 2. Aufl., § 3 Rdnr. 15; a. A. *Staudinger/Rapp*, § 3 Rdnr. 78; *Hügel/Elzer*, WEG, § 3 Rdnr. 90; *Röll*, MittBayNot 1991, 240, 242).

(2) Diese Auffassung teilt der Senat nicht. Sondereigentum kann nur in den Grenzen entstehen, die sich aus dem zur Eintragung in das Grundbuch gelangten Aufteilungsplan ergeben. Eine hiervon abweichende tatsächliche Bauausführung stellt unabhängig von ihrem Ausmaß einen Umstand außerhalb des Grundbuchs dar, der nicht für jedermann erkennbar ist. Hiervon zu trennen ist die Frage, ob auch geringfügige Abweichungen einen Anspruch einzelner Wohnungseigentümer auf Herstellung eines plangerechten Zustands bzw. auf Anpassung der Teilungserklärung und des Aufteilungsplans begründen können.

dd) Für die Aufteilung eines bestehenden Gebäudes gilt entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nichts anderes als bei der Errichtung von Bauwerken. Das Gesetz differenziert insoweit nicht. Der Aufteilungsplan ist auch dann maßgeblich, wenn er einen bereits vorhandenen Bestand aufgrund eines Versehens unzutreffend erfasst. Nichts anderes folgt aus der von der Revisionserwiderung herangezogenen Angabe in der Teilungserklärung, wonach ein bestehendes Gebäude aufgeteilt werden soll. Da der vorhandene Gebäudebestand aus dem Grundbuch nicht ersichtlich ist, ergeben sich die Einzelheiten der Aufteilung gerade nicht aus der Teilungserklärung, sondern aus dem darin in Bezug genommenen Aufteilungsplan.

c) Die Entstehung von Sondereigentum nach Maßgabe des Aufteilungsplans wird grundsätzlich – und auch hier – nicht dadurch gehindert, dass die tatsächliche Aufteilung des errichteten Gebäudes von der nach dem Aufteilungsplan vorgesehenen abweicht.

aa) Die ausreichend eindeutige Abgrenzbarkeit kann auch gegeben sein, wenn eine vorgesehene Trennwand fehlt, aber ihre Lage nach dem Aufteilungsplan eindeutig feststellbar ist

(„Luftschranken“, näher Senat, Urteil vom 18.7.2008, V ZR 97/07, BGHZ 177, 338 Rdnr. 10 ff.). Daher scheidet die entsprechende Anwendung von Überbaurecht (§§ 912 ff. BGB, hierfür *Staudinger/Rapp*, § 3 Rdnr. 78 b ff.; *Hügel/Elzer*, WEG, § 3 Rdnr. 92; *Röll*, MittBayNot 1991, 240, 242) auf Fallgestaltungen wie die vorliegende aus. Ein in dem Aufteilungsplan vorgesehenes Sondereigentum gelangt nur dann nicht wirksam zur Entstehung, wenn es gegen sonstiges Sondereigentum und gegen das Gemeinschaftseigentum nicht mehr eindeutig abgrenzbar ist (Senat, Urteil vom 5.12.2003, V ZR 447/01, NJW 2004, 1798, 1800; Urteil vom 18.7.2008, V ZR 97/07, BGHZ 177, 338 Rdnr. 9; Urteil vom 20.5.2011, V ZR 99/10, NJW 2011, 3237 Rdnr. 19).

bb) Danach ist das Sondereigentum an den Kellerräumen Nr. 3 und Nr. 7 in den von dem Aufteilungsplan vorgegebenen Grenzen entstanden. Die Lage beider Räume ist nach dem Aufteilungsplan ohne Weiteres identifizierbar; es befindet sich lediglich eine Trennwand an einer anderen Stelle als vorgesehen. Ob der Kläger die Divergenz zwischen Aufteilungsplan und Bauausführung kannte, ist in diesem Zusammenhang unerheblich, weil das Grundbuch nicht im Sinne von § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB unrichtig ist. Da auch der Eigentümer des Kellerraums Nr. 7 sein Sondereigentum nur in den von dem Aufteilungsplan vorgegebenen Grenzen erworben hat, stehen dessen Rechte nicht entgegen.

d) Zu Recht verlangt der Kläger die dem Aufteilungsplan entsprechende Herstellung von den Beklagten; die Mitwirkung daran wird nicht allein von dem benachbarten Sondereigentümer des Kellerraums Nr. 7 geschuldet. Die erstmalige plangerechte Herstellung einer Wand, die zwei Sondereigentumseinheiten voneinander abgrenzt, ist unabhängig von der dinglichen Zuordnung der herzustellenden Wand Aufgabe aller Wohnungseigentümer, also auch dann, wenn – wie hier – eine nicht tragende Wand versetzt werden muss.

aa) Allerdings hat der Senat eine solche nicht tragende Trennwand in seinem Beschluss vom 21.12.2000 (V ZB 45/00, BGHZ 146, 241, 248) als „gemeinsames Sondereigentum“ der beiden betroffenen Sondereigentümer angesehen (vgl. auch Senat, Urteil vom 18.7.2008, V ZR 97/07, BGHZ 177, 338 Rdnr. 11 a. E.). Dass Zwischenwände dieser Art im sog. „Nachbareigentum“ stehen, entspricht der ganz überwiegenden Ansicht; ermöglichen soll dies insbesondere eine entsprechende Anwendung der §§ 921, 922 BGB im Verhältnis der Sondereigentümer zueinander (OLG München, NJW-RR 2006, 297, 298; OLG Schleswig, DNotZ 2007, 620, 621 f.; OLG Zweibrücken, Rpfleger 1987, 106; *Bärmann/Armbrüster*, WEG, 12. Aufl., § 3 Rdnr. 30 und § 5 Rdnr. 134; *Staudinger/Rapp*, § 3 Rdnr. 10 und § 5 Rdnr. 61; *Timmel/Gerono*, WEG, 2. Aufl., § 3 Rdnr. 26; *Riecke/Schmid/Elzer/Schneider*, WEG, 4. Aufl., § 3 Rdnr. 79; *Hügel/Elzer*, WEG, § 5 Rdnr. 39 a. E.; *PWW/Lemke*, BGB, 10. Aufl., § 921 Rdnr. 18; *Weitnauer*, WEG, 9. Aufl., § 5 Rdnr. 36; *Gaier*, FS Wenzel [2005], 145, 149; vgl. auch BR-Drs. 75/51, S. 13; a. A. *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, 11. Aufl., § 3 Rdnr. 7; *Comnichau*, DNotZ 2007, 622, 623 f.). In Betracht kommt allerdings nicht Mitsondereigentum, das das Wohnungseigentumsgesetz ebenso wenig vorsieht wie dinglich verselbständigte Untergemeinschaften an einzelnen Gebäudeteilen (vgl. Senat, Urteil vom 30.6.1995, V ZR 118/94, BGHZ 130, 159, 168 f.; Urteil vom 21.10.2011, V ZR 75/11, NJW-RR 2012, 85 Rdnr. 9), sondern allenfalls vertikal („lotrecht“) geteiltes Sondereigentum, wie es dem Eigentum an einer Grenzanlage im Sinne der §§ 921, 922 BGB entspricht (näher hierzu Senat, Urteil vom 27.3.2015, V ZR 216/13, BGHZ 204, 364 Rdnr. 8 ff.).

bb) Ob an der Anerkennung eines „Nachbareigentums“ in diesem Sinne festzuhalten ist, oder ob insbesondere die bei einer Unterteilung des Sondereigentums entstehenden Rechtsprobleme auch dann lösbar wären, wenn Außenwände des Sondereigentums als einheitliche Sachen im gemeinschaftlichen Eigentum stünden, bedarf keiner Entscheidung. Denn eine nicht tragende Trennwand muss jedenfalls dann wie gemeinschaftliches Eigentum behandelt werden, wenn es um ihre erstmalige plangerechte Herstellung geht. Diese ist nicht allein Aufgabe der betroffenen Sondereigentümer (a. A. BayObLG, WuM 1996, 491 ff.). Auch die §§ 921, 922 BGB regeln nur bereits vorhandene Grenzanlagen (vgl. *Staudinger/Roth*, § 921 Rdnr. 5; MünchKomm-BGB/*Säcker*, 6. Aufl., § 922 Rdnr. 8). Dagegen ist die erstmalige Verwirklichung der sachenrechtlichen Abgrenzung nach Maßgabe des Aufteilungsplans von allen Wohnungseigentümern gleichermaßen zu gewährleisten. Dies gilt unabhängig davon, ob es um die Abgrenzung des Sondereigentums zum Gemeinschaftseigentum oder um die Abgrenzung der Sondereigentumseinheiten untereinander geht; auch kann in diesem Zusammenhang nicht entscheidend sein, ob eine tragende (und damit ohne Weiteres im gemeinschaftlichen Eigentum stehende) oder eine nicht tragende Wand versetzt werden muss, um die Vorgaben des Aufteilungsplans erstmals zu verwirklichen. Ebenso ist die Entfernung der vorhandenen Trennwand Aufgabe aller Wohnungseigentümer, selbst wenn diese infolge der planwidrigen Errichtung im Sondereigentum des Klägers stehen sollte.

e) Der Anspruch auf erstmalige Herstellung eines den Plänen entsprechenden Zustands ist nicht nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) ausgeschlossen. Dies kommt allerdings in Betracht, wenn seine Erfüllung den übrigen Wohnungseigentümern nach den Umständen des Einzelfalls nicht zuzumuten ist.

aa) So kann es etwa liegen, wenn die plangerechte Herstellung tiefgreifende Eingriffe in das Bauwerk erfordert oder Kosten verursacht, die auch unter Berücksichtigung der berechtigten Belange der von der abweichenden Bauausführung unmittelbar betroffenen Wohnungseigentümer unverhältnismäßig sind (vgl. Senat, Urteil vom 14.11.2014, V ZR 118/13, NJW 2015, 2027 Rdnr. 21, vorgesehen zum Abdruck in BGHZ). Die Gewichtung der berechtigten Belange der unmittelbar betroffenen Wohnungseigentümer richtet sich nach dem Ausmaß der Abweichung und der damit verbundenen Beeinträchtigung. Infolgedessen kann der Herstellungsanspruch ausgeschlossen sein, wenn die tatsächliche Bauausführung nur unwesentlich von dem Aufteilungsplan abweicht. Dann sind die Wohnungseigentümer im Grundsatz verpflichtet, Teilungserklärung und Aufteilungsplan so zu ändern, dass diese der tatsächlichen Bauausführung entsprechen (vgl. Senat, Urteil vom 14.11.2014, V ZR 118/13, NJW 2015, 2027 Rdnr. 21, vorgesehen zum Abdruck in BGHZ). Bei geringfügigen Abweichungen können sich aber auch die mit einer Anpassung des Aufteilungsplans verbundenen Kosten als unverhältnismäßig erweisen, sodass es im Ergebnis bei den bestehenden Verhältnissen bleiben muss.

bb) Hiernach ist den Beklagten die Herstellung des plangerechten Zustands zuzumuten. Weil das Kellerabteil Nr. 3 durch die tatsächliche Bauausführung nicht geringfügig verkleinert, sondern fast halbiert wird, handelt es nicht um eine unwesentliche Abweichung. Dass gemessen daran unverhältnismäßige Kosten durch die Versetzung der Wand verursacht werden, ist nicht ersichtlich. Insbesondere ist die Geltendmachung des Anspruchs auch nicht deshalb treuwidrig, weil eigene Belange des Klägers nicht berührt wären.

(1) Da die plangerechte Herstellung des gemeinschaftlichen Eigentums im Grundsatz ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht, kann sie ohnehin jeder Wohnungseigentümer verlangen. Im Einzelfall kann es sich aber als treuwidrig erweisen, wenn ein von der Abweichung nicht unmittelbar betroffener Wohnungseigentümer einen solchen Anspruch geltend macht, obwohl sich die eigentlich betroffenen Wohnungseigentümer dem widersetzen.

(2) Der Kläger ist von der abweichenden Bauausführung jedoch unmittelbar betroffen, weil er (auch) das Sondereigentum an dem planwidrig abgetrennten Teil des Kellerraums Nr. 3 erworben hat.

(a) Allerdings hat das Berufungsgericht – wenn auch in anderem Zusammenhang – festgestellt, dass der Kläger den Keller vor Vertragsschluss besichtigt und von dem Aufteilungsplan keine Kenntnis gehabt habe; darüber hinaus habe bis zum Jahr 2012 niemand eine Umbaumaßnahme in Erwägung gezogen. Demnach gingen die Parteien des im Jahr 2011 geschlossenen Kaufvertrags bei Vertragsschluss davon aus, dass (nur) der besichtigte verkleinerte Kellerraum Teil des Sondereigentums war.

(b) Dem Eigentumserwerb des Klägers steht dies aber nicht entgegen; die Auflassung hat sich insgesamt auf das Sondereigentum an dem Kellerraum Nr. 3 erstreckt. Es liegt keine versehentliche Falschbezeichnung vor, die dazu führte, dass das Sondereigentum nur in den Grenzen der tatsächlichen Bauausführung aufgelassen worden wäre.

(aa) Nach den getroffenen Feststellungen hat der Kläger einen Miteigentumsanteil von 674/10.000 verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 3 nebst zugehörigem Kellerraum erworben. Allerdings gelten auch bei einer notariellen Urkunde die allgemeinen Regeln für die rechtliche Behandlung einer Falschbezeichnung. Danach kann ein übereinstimmender tatsächlicher Wille der Vertragsparteien den Inhalt des Rechtsgeschäfts bestimmen und dem Wortlaut der Vereinbarung vorgehen (vgl. Senat, Urteil vom 7.12.2001, V ZR 65/01, NJW 2002, 1038, 1039; Urteil vom 2.12.2005, V ZR 11/05, Rpfleger 2006, 181 f.; Urteil vom 18.1.2008, V ZR 174/06, NJW 2008, 1658 Rdnr. 12; Urteil vom 18.7.2008, V ZR 97/07, BGHZ 177, 338 Rdnr. 18).

(bb) An einem solchen übereinstimmenden Willen fehlt es. Ist den Vertragsparteien – wie hier – bei der Veräußerung von Wohnungseigentum nicht bekannt, dass das Sondereigentum in größerem Umfang entstanden ist, als es die tatsächliche Bauausführung erkennen lässt, erlaubt eine vor Vertragsschluss erfolgte Besichtigung des Kaufobjekts nicht den Schluss, dass die Auflassung auf das Sondereigentum in den von der Bauausführung vorgegebenen Grenzen beschränkt worden ist. Andernfalls wäre die Auflassung nämlich insgesamt unwirksam; da unzweifelhaft der gesamte Miteigentumsanteil übereignet werden sollte, hätte sie die gemäß § 6 Abs. 1 WEG unzulässige Entstehung eines isolierten Sondereigentumsanteils zur Folge (hier in Gestalt des durch die Wand abgetrennten Kellerteils; vgl. BayObLGZ 1987, 390, 395 f.). Dieses Ergebnis liefe den vernünftigen Interessen beider Parteien zuwider, die eine wirksame Eigentumsübertragung erzielen wollen. Nichts anderes lässt sich dem Urteil des Senats vom 18.7.2008 (V ZR 97/07, BGHZ 177, 338 Rdnr. 17 ff.) entnehmen; dieses betraf eine Auflassung durch Insichgeschäft des teilenden Eigentümers unter Befreiung von den Vorgaben des § 181 BGB.

f) Der Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB greift auch nicht unter dem – von Amts wegen zu prüfenden (vgl. BGH, Urteil vom 10.11.1965, Ib ZR 101/63, NJW 1966,

343, 345) – Gesichtspunkt der Verwirkung ein. Ein Recht ist verwirkt, wenn sich der Schuldner wegen der Untätigkeit seines Gläubigers über einen gewissen Zeitraum hin bei objektiver Beurteilung darauf einrichten darf und eingerichtet hat, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen, und deswegen die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt (st. Rspr., vgl. nur Senat, Urteil vom 8.5.2015, V ZR 178/14, ZMR 2015, 731 Rdnr. 12 m. w. N.). Diese Voraussetzungen liegen nicht vor, ohne dass es darauf ankäme, ob und unter welchen Voraussetzungen eine eingetretene Verwirkung den Kläger als Rechtsnachfolger binden kann (offen gelassen durch Senat, Urteil vom 8.5.2015, V ZR 178/14, a. a. O. Rdnr. 14). Die Beklagten konnten nicht darauf vertrauen, dass der fortwährende Widerspruch zwischen tatsächlicher Bauausführung und Grundbuchinhalt auch in der Zukunft von allen Seiten hingenommen werden würde. Sie hätten es ihrerseits in der Vergangenheit in der Hand gehabt, die Situation durch eine einvernehmliche Anpassung des Aufteilungsplans an die tatsächlichen Verhältnisse zu beheben.

(...)

#### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu den Beitrag von *Rapp*, MittBayNot 2016, 474 (in diesem Heft).

5. GBO §§ 133, 133a (*Widerruf der Teilnahmegenehmigung am automatisierten Grundbuchabrufverfahren*)

**1. Mit Einführung des § 133a GBO ist jeder Notar quasi zu einer Außenstelle des Grundbuchamtes geworden. Hieraus kann aber nicht die Schlussfolgerung gezogen werden, dass Notare nunmehr generell, also unabhängig von den Voraussetzungen des § 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 GBO, zur Teilnahme am uneingeschränkten Abrufverfahren berechtigt wären. (Leitsatz der Schriftleitung)**

**2. Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 GBO beurteilt sich nach der Anzahl an Abrufen im konkreten Bundesland, nicht in irgendeinem Bundesland. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG Hamm, Beschluss vom 13.6.2016, 1-15 VA 4/15

Der Beteiligte zu 1 ist hauptberuflicher Notar im Oberlandesgerichtsbezirk A. (im folgenden „Notar“). Seine Bestellung erfolgte zum 15.10.2012. Mit Bescheid vom 26.10.2012 wurde dem Notar die Genehmigung zur uneingeschränkten Teilnahme am automatisierten Grundbuchabrufverfahren erteilt. In der Folgezeit bis zum 31.12.2014 tätigte der Notar nach seinem unbestrittenen Vortrag in anderen Bundesländern, für die er ebenfalls die Zulassung besitzt, folgende Abfragen:

|                    |       |
|--------------------|-------|
| Bayern             | 4,    |
| Brandenburg        | 2,    |
| Baden-Württemberg  | 6,    |
| Hessen             | 39,   |
| Hamburg            | 1,    |
| Schleswig-Holstein | 1 und |
| Niedersachsen      | 1.    |

In Nordrhein-Westfalen erfolgten keine Abrufe. Unter Hinweis hierauf hat der Beteiligte zu 2 mit Bescheid vom 29.12.2014 die Teilnahmegenehmigung mit der Begründung widerrufen, dass die Voraussetzungen des § 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 GBO nicht (mehr) vorlägen. Hiergegen wendet sich der Notar mit dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung, der am 28.1.2015 bei dem OLG eingegangen ist. Er macht geltend, dass die Voraussetzungen des § 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 GBO bei einer Auslegung im Lichte des § 133a GBO immer zu bejahen seien. Bei der Häufigkeit der Abrufe sei unter Berücksichti-

gung des § 133 Abs. 7 Satz 2 GBO nicht auf die Häufigkeit in dem einzelnen Bundesland, sondern die Häufigkeit im gesamten Bundesgebiet abzustellen.

Aus den Gründen:

## II.

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist nach §§ 23 ff. EGGVG statthaft. Der durch den Beteiligten zu 2 ausgesprochene Widerruf (vgl. § 133 Abs. 3 Satz 1 GBO) ist als Maßnahme einer Justizbehörde zur Regelung einer einzelnen Angelegenheit auf dem Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit einzustufen (§ 23 Abs. 1 Satz 1 EGGVG). Der Antrag ist auch im Übrigen zulässig, er ist insbesondere rechtzeitig gestellt worden (§ 26 Abs. 1 EGGVG).

Der Antrag bleibt jedoch in der Sache ohne Erfolg, weil der Beteiligte zu 2 durch den angefochtenen Bescheid zu Recht die dem Notar erteilte Genehmigung zur Teilnahme am automatisierten Grundbuchabrufverfahren widerrufen hat. Diese Genehmigung ist nach § 133 Abs. 3 Satz 1 GBO zu widerrufen, wenn eine der in Abs. 2 derselben Vorschrift genannten Voraussetzungen weggefallen ist. Zu diesen Voraussetzungen gehört nach Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 der Vorschrift, dass diese Form der Datenübermittlung unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen der betroffenen dinglich Berechtigten wegen der Vielzahl der Übermittlungen oder wegen ihrer besonderen Eilbedürftigkeit angemessen ist. Auch unter Berücksichtigung des tatsächlichen Vorbringens des Notars zur Begründung seines Antrags auf gerichtliche Entscheidung ist festzustellen, dass diese Voraussetzungen nicht vorliegen:

Der Senat teilt zunächst die Auffassung des Beteiligten zu 2, dass es für die Prüfung, ob die Voraussetzungen des § 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 GBO vorliegen, auf die Häufigkeit der Abrufe in dem jeweils betroffenen Bundesland ankommt. Dass der Notar bezogen auf Nordrhein-Westfalen die Voraussetzung der „Vielzahl der Übermittlungen“ nicht erfüllt, ist offenkundig, da er in der Zeit seit seiner Zulassung, also für mehr als zwei Jahre, keinen einzigen Abruf bei einem der hiesigen Grundbuchämter getätigt hat.

Der Auffassung des Notars, aus § 133 Abs. 7 GBO sei abzuleiten, dass es nur auf das Vorliegen der Voraussetzungen des § 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 GBO in irgendeinem Bundesland ankommen könne, weil sich aus dieser Vorschrift antizipierte Genehmigung für das gesamte Bundesgebiet ergebe, wenn die technischen Voraussetzungen für einen automatisierten Abruf vorlägen (in dieser Richtung auch BeckOK-GBO/Wilsch, § 133 Rdnr. 15 ff.), greift nach Auffassung des Senats zu kurz. Nach dem Verständnis des Senats müssen vielmehr auch im Rahmen des § 133 Abs. 7 GBO die datenschutzrechtlichen Belange in Betracht genommen werden.

§ 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 GBO nimmt eine Abwägung der datenschutzrechtlichen Belange derjenigen Personen, deren Verhältnisse durch den Grundbuchinhalt tangiert sind, gegen das Vereinfachungs- und Beschleunigungsinteresse derjenigen Personen und Stellen vor, die nach § 133 Abs. 2 Satz 2 GBO zum uneingeschränkten Abrufverfahren zugelassen werden können (KEHE/Erber-Faller, GBO, 6. Aufl., § 133 Rdnr. 13). Nimmt man dabei den Katalog des § 133 Abs. 2 Satz 2 GBO in Betracht, so zeigt sich, dass im Grundsatz das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 GG) mit den ebenfalls verfassungsrechtlich begründeten Interessen einer effektiven Rechtspflege, Verwaltung und Rechtsverfolgung in einem Interessenwiderstreit steht.

Die Abwägung dieser gegenläufigen Interessen hat der Gesetzgeber durch die inhaltlichen Voraussetzungen für die

Zulassung der automatisierten Datenübermittlung in § 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 GBO vorgenommen, und nicht durch Satz 2 der Vorschrift. Aus diesem Grund ist es aus Sicht des Senats verfehlt, wenn der Notar meint, dass jeder Notar bereits aufgrund der Geschäftsstruktur seines Amtes die Zulassungsvoraussetzungen erfülle.

Die Voraussetzungen des § 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 GBO sind im Genehmigungsverfahren praktisch nicht überprüfbar. Rechtlich bietet das Gesetz keine Handhabe, von dem jeweiligen Antragsteller nähere Angaben zu verlangen oder seine Verhältnisse sonst näher aufzuklären. Rein praktisch ist, wie z. B. bei neu bestellten Notaren, die bisherige Häufigkeit der Grundbucheinsicht kein geeignetes Kriterium, um die Berechtigung der Zulassung für die Zukunft zu beurteilen. Aus diesem Grund ist § 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 GBO – nicht ganz zu Unrecht – als wenig sinnvoll kritisiert worden (vgl. *Bauer/v. Oefele/Waldner*, GBO, 3. Aufl., § 133 Rdnr. 5), was allerdings nichts daran ändert, dass es sich um eine der Kernvorschriften zur Regelung der datenschutzrechtlichen Aspekte des automatisierten Verfahrens handelt. Bei der Prüfung des Antrags ist die Genehmigungsbehörde nach alledem darauf beschränkt, eine Schlüssigkeitskontrolle vorzunehmen, ob die Voraussetzungen des § 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 GBO bei dem jeweiligen Antragsteller in der Zukunft vorliegen können, insoweit bietet dann die grundsätzliche Aufgabenstellung des Notaramtes einen Ansatzpunkt für eine positive Prognose. Die früher als weiterer Aspekt diskutierte Kostenhürde für den Zugang (*Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 133 Rdnr. 14; einschränkend Senat, FGPrax 2008, 51) ist durch die Reform des Kostenrechts in Form des ERVGBG vom 11.8.2009, das die Genehmigungs- bzw. Einrichtungsgebühr vollständig aufgehoben hat, beseitigt worden. Die Kosten der technischen Ausrüstung können in diesem Zusammenhang praktisch nicht berücksichtigt werden, da die notwendige IT-Ausstattung ohnehin in nahezu jedem Notar- oder Anwaltsbüro vorhanden ist.

Neben technischen Aspekten realisiert sich der effektive Datenschutz im uneingeschränkten Abrufverfahren danach allein durch die Kontrolle der Genehmigungsbehörde (§ 133 Abs. 3 GBO). Hierbei gewichtet das Gesetz den Wegfall der besonderen Zulassungsvoraussetzung sogar noch höher als Bedenken gegen die persönliche Zuverlässigkeit, da Ersteres nach § 133 Abs. 3 Satz 1 GBO zum zwingenden Widerruf führt.

Ist die Prüfung der Voraussetzungen des § 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 GBO der Genehmigungsbehörde nur ex post möglich, so muss weiter festgestellt werden, dass ihr diese effektiv auch nur bezogen auf das eigene Bundesland möglich ist, und selbst dies setzt das Vorhandensein einer zentralen Erfassung der Abrufe durch einzelne Nutzer voraus, was für Nordrhein-Westfalen zwar der Fall, im Gesetz aber nicht zwingend angelegt ist. Eine Mitwirkungspflicht des zugelassenen Nutzers, der Genehmigungsbehörde seine Abruffrequenz in anderen Bundesländern mitzuteilen, sieht das Gesetz nicht vor. Von daher müsste die Genehmigungsbehörde für eine Überprüfung der Voraussetzungen eines Widerrufs sämtliche Genehmigungsbehörden im Bundesgebiet im Einzelfall bitten, im Wege der Amtshilfe die bei ihnen angefallenen Abrufe des betroffenen Nutzers mitzuteilen. Ein gesondertes, insbesondere vereinfachtes Verfahren hierfür sieht das Gesetz ebenfalls nicht vor. Der mit einer Vielzahl von Einzelanfragen verbundene Verwaltungsaufwand würde eine Kontrolle der in dem jeweiligen Bundesland nicht oder wenig aktiven Nutzer jedoch weitgehend leerlaufen lassen.

Dieser Zusammenhang verdeutlicht, dass sich aus § 133 Abs. 7 Satz 2 GBO kein Anspruch des Notars auf Teilnahme

am automatisierten Grundbuchabrufverfahren unabhängig von den Voraussetzungen des § 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 GBO ableiten lässt. Zwar gilt nach § 133 Abs. 7 Satz 2 GBO eine Genehmigung nach Abs. 2 der Vorschrift, die in einem Bundesland erteilt worden ist, auch im übrigen Bundesgebiet, sobald die technischen Voraussetzungen dafür gegeben sind. Diese Geltungserstreckung tritt jedoch nach der ergänzenden Bestimmung in Satz 3 der Vorschrift erst dann ein, wenn durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates festgestellt wird, dass diese Voraussetzungen gegeben sind. Eine solche Rechtsverordnung ist bislang nicht erlassen worden. Dieser Vorbehalt hat ersichtlich den Sinn, dass vor einer solchen Geltungserstreckung (auch) die Verwaltungsprobleme der Gewährleistung der datenschutzrechtlichen Kontrolle gelöst werden müssen, die aus einer Geltungserstreckung zwangsläufig resultieren müssten. Denn wenn eine erteilte Genehmigung sich auf das gesamte Bundesgebiet bezieht, müsste diese auch zentral von derjenigen Behörde, die die Genehmigung erteilt hat, überwacht werden. Dies gilt nicht nur für die vorstehend bereits angesprochene Kontrolle des Fortbestandes der besonderen Voraussetzungen des § 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 GBO dann bezogen auf das gesamte Bundesgebiet, sondern auch für die Überwachung der Rechtmäßigkeit der erfolgten Abrufe bezogen auf die Voraussetzungen nach den §§ 12 und 12a GBO, aus der sich ein Widerrufsgrund nach § 133 Abs. 3 Satz 2 GBO ergeben kann. Ein solcher Widerrufsgrund könnte nur einheitlich unter Berücksichtigung des Abrufverhaltens des Teilnehmers im gesamten Bundesgebiet abschließend beurteilt werden. Damit unvereinbar wäre der Fortbestand von Partikulargenehmigungen, die rechtlich voneinander unabhängig wären und bei denen deshalb die Entscheidung über Widerrufsgründe zu abweichenden Ergebnissen führen könnte. Die bisherige Vorschrift des § 81 Abs. 4 Satz 2 GBV, die eine gegenseitige Unterrichtung der Landesjustizverwaltungen über den erfolgten Widerruf oder die Aussetzung einer Genehmigung vorsieht, kann dem sich aufdrängenden Regelungsbedarf bei einer Geltungserstreckung einer erteilten Genehmigung auf das gesamte Bundesgebiet erkennbar nicht Rechnung tragen. Dabei ist ergänzend zu berücksichtigen, dass die Vorschrift des § 133 GBO einheitlich für den gesamten Kreis teilnahmeberechtigter Personen einschließlich der Berechtigten des eingeschränkten Abrufverfahrens nach § 133 Abs. 4 GBO gilt, ohne dass der Gesetzgeber für Notare Sondervorschriften vorgesehen hat (siehe dazu bereits die vorstehenden Ausführungen).

Nach § 133a Abs. 1 GBO sind Notare berechtigt, demjenigen, der ihnen ein berechtigtes Interesse im Sinne des § 12 GBO darlegt, den Inhalt des Grundbuchs auch durch Erteilung eines Grundbuchausdrucks mitzuteilen. Auch aus dieser Vorschrift lässt sich nach Auffassung des Senats im Ergebnis keine Sonderberechtigung der Notare bei der Teilnahme am automatisierten Grundbuchabrufverfahren ableiten.

Es ist richtig, dass mit Einführung des § 133a GBO jeder Notar quasi zu einer Außenstelle des Grundbuchamtes geworden ist. Richtig ist weiter, dass der Einführung des § 133a GBO sowie bei der Änderung der einschlägigen Kostenvorschriften für die Einrichtung des Abrufverfahrens die Einführung einer möglichst flächendeckenden Teilnahme der Notare am automatisierten Abrufverfahren in den Gesetzesbegründungen jeweils ausdrücklich thematisiert worden ist.

Hieraus kann aber nicht die Schlussfolgerung gezogen werden, dass Notare nunmehr generell, also unabhängig von den Voraussetzungen des § 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 GBO, zur Teilnahme am uneingeschränkten Abrufverfahren berechtigt wären. Auch aus Sicht des Senats wäre eine solche Gesetzesän-

derung vor dem Hintergrund des § 133a GBO konsequent gewesen. Indes hat sie der Gesetzgeber nicht getroffen. Da diese Entscheidung jedoch grundrechtsrelevant ist und alle wesentlichen Entscheidungen in diesem Bereich dem Gesetzgeber vorbehalten sind (vgl. zuletzt BVerfG, Beschluss vom 17.2.2016, 1 BvL 8/10), ist es der Justizverwaltung und der Rechtsprechung verwehrt, bei der Zulassung von Notaren zum automatisierten Abrufverfahren § 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 GBO zu ignorieren.

Letztlich kann der Senat auch nicht der Auffassung des Notars folgen, dass seine weitere Zulassung wegen der Eilbedürftigkeit der von ihm zu tätigen Abfragen gerechtfertigt sei. Der Senat hält an seiner von dem Beteiligten zu 2 angeführten Rechtsprechung fest, dass das Zulassungskriterium der Eilbedürftigkeit der Abfragen nur erfüllt ist, wenn nach den Gegebenheiten des Einzelfalles zumindest eine gesteigerte Häufigkeit von Eilfällen bei der Übermittlung zu erwarten ist. Die gegenteilige Argumentation des Notars läuft auch an dieser Stelle letztlich wieder darauf hinaus, dass jeder Notar diese Voraussetzungen von vorneherein erfülle. Wie bereits ausgeführt, hält der Senat es de lege ferenda für durchaus sinnvoll und konsequent, Notare ohne weitere Voraussetzungen zum uneingeschränkten Abrufverfahren zuzulassen. De lege lata sieht der Senat die Rechtslage allerdings anders.

(...)

#### Hinweis der Schriftleitung:

Die Rechtsbeschwerde wird beim BGH unter dem Aktenzeichen IV AR(VZ) 3/16 geführt.

#### Anmerkung:

Den Beschluss des OLG Hamm könnte man schlagwortartig unter der Überschrift „bad law makes hard cases“ zusammenfassen.

Im Zentrum der Entscheidung steht die Vorschrift des § 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 GBO, welche die Voraussetzungen für die Teilnahme am automatisierten Grundbuchabrufverfahren („Internet-Grundbucheinsicht“) regelt. Ausweislich des Gesetzeswortlautes müsse diese Form der Datenübermittlung unter Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen der betroffenen dinglich Berechtigten wegen der Vielzahl der Übermittlungen oder wegen ihrer besonderen Eilbedürftigkeit angemessen sein. Abzuwägen sind insofern die schutzwürdigen Interessen des Grundstückseigentümers mit den besonderen Abrufbedürfnissen des Antragstellers.<sup>1</sup>

Das OLG Hamm stellt zunächst lakonisch fest, dass die Voraussetzungen des § 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 GBO im Genehmigungsverfahren praktisch nicht überprüfbar seien. Aus diesem Grund sei diese Vorschrift – aus Sicht des Gerichts „nicht ganz zu Unrecht“ – als wenig sinnvoll kritisiert worden. Leider bleibt das OLG Hamm mit seiner zutreffenden Erkenntnis, dass es sich bei § 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 GBO um eher praxisfernes Recht handelt, auf halbem Wege stecken bzw. zieht es hieraus zweifelhafte Schlussfolgerungen.

Nach meinem Dafürhalten legt der Senat seinen Prüfungsschwerpunkt allzu sehr auf § 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 Alt. 1 GBO (quantitatives Kriterium der Vielzahl der Übermittlungen), lehnt dessen Voraussetzungen im konkreten Fall de lege lata ab, und setzt sich gegen Ende seiner Entscheidungsgründe nur noch kurz mit dem qualitativen Kriterium der besonderen Eilbedürftigkeit im Sinne der (zur ersten Alternative

<sup>1</sup> BeckOK-GBO/Wilsch, Stand: 1.6.2016, § 133 Rdnr. 7.

gleichwertigen) zweiten Alternative des § 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 GBO sowie mit dem angedeuteten Wertungswiderspruch zwischen § 133 GBO einerseits und § 133a GBO andererseits auseinander.

Dabei sprechen bereits die besseren Argumente dafür, entgegen der Rechtsauffassung des OLG Hamm de lege lata die Voraussetzungen des § 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 Alt. 1 GBO selbst dann zu bejahen, wenn ein Notar als Antragsteller wie im entschiedenen Fall aus einer ex post Betrachtung keine oder nur sehr wenige Abrufe in einem bestimmten Bundesland getätigt hat. Meine Erfahrungen aus der notariellen Praxis zeigen, dass Mandanten aus dem eigenen Amtsbereich nicht selten kurzfristig und unerwartet umfangreiche notar- bzw. grundbuchrelevante Unternehmungen – z. B. Bauträgerobjekte – in einem anderen Bundesland tätigen, sodass sich in der Folge eine „Vielzahl“ von Übermittlungen im Sinne des § 133 Abs. 2 Satz 3 Alt. 1 GBO beim betreffenden Notar abzeichnet. Eine ex post Betrachtung, mag sie sich auch über einen längeren Prüfungszeitpunkt erstrecken, ist insofern wenig aussagekräftig, zumal solche überregionalen Unternehmungen in großen Zeitabständen auftreten können. Anders gewendet dürfte ein probater Nachweis für den Wegfall der Voraussetzungen des § 133 Abs. 2 GBO, seinerseits Erfordernis für den Widerruf der Genehmigung zur Teilnahme am automatisierten Abrufverfahren (§ 133 Abs. 3 Satz 1 GBO), kaum geführt werden können.

Ungeachtet der vom OLG Hamm selbst eingeräumten Schwierigkeiten bei der faktischen Ermittlung und Überprüfung der Voraussetzungen des § 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 Alt. 1 GBO reicht es entgegen der Ansicht des Senats für deren Vorliegen aus, wenn sie vom Antragsteller (vorerst) lediglich in irgendeinem Bundesland erfüllt werden. Diese Schlussfolgerung kann durchaus der Vorschrift des § 133 Abs. 7 Satz 2 GBO entnommen werden, wengleich die in § 133 Abs. 7 Satz 3 GBO in Bezug genommene Rechtsverordnung bislang nicht erlassen worden ist. Die vom OLG Hamm dargestellte ratio der Rechtsverordnung, im Vorfeld einer Geltungserstreckung nach § 133 Abs. 7 Satz 2 GBO die Verwaltungsprobleme der Gewährleistung der datenschutzrechtlichen Kontrolle zu bewältigen, ist eher verfahrensrechtlicher Natur. Sie ändert nichts am in § 133 Abs. 7 Satz 2 GBO bereits jetzt und gleichsam de lege lata zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers, unter materiellrechtlichen Gesichtspunkten eine Geltungserstreckung der für ein Bundesland erteilten Abrufgenehmigung auf das gesamte Bundesgebiet anzuordnen. Eine andere Auslegung, insbesondere die vom OLG Hamm angedeutete „Berücksichtigung des Abrufverhaltens des Teilnehmers im gesamten Bundesgebiet“ würde künftig, d. h. nach Erlass der vorgenannten Rechtsverordnung, unter Umständen zu widersinnigen Fragestellungen oder gar Ergebnissen führen, etwa wenn ein Notar über einen längeren Zeitraum hinweg nur im Bundesland seines Amtsbereichs (eine Vielzahl von) Abrufe(n) tätigt. Auch und gerade in diesem Fall dürfen im Interesse einer funktionierenden Rechtspflege am Fortbestehen der – bislang in Ansehung dieses einen Bundeslands unstreitig erfüllten Voraussetzungen des § 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 Alt. 1 GBO – keine Zweifel aufkommen, wengleich der betreffende Notar nach Erlass der Rechtsverordnung im Sinne des § 133 Abs. 7 Satz 3 GBO eine Abrufgenehmigung bezogen auf das gesamte Bundesgebiet erhalten wird.

Selbst bei enger Auslegung des § 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 Alt. 1 GBO werden in Bezug auf Notare als Antragsteller jedenfalls die Voraussetzungen der zweiten Alternative des § 133 Abs. Satz 3 Nr. 1 GBO regelmäßig zu bejahen sein. „Besondere Eilbedürftigkeit“ im Sinne dieser Vorschrift liegt

meines Erachtens bereits dann vor, wenn sie nur in einem Einzelfall zu erwarten ist. Dies trifft nach den oben geschilderten Erfahrungen aus der notariellen Praxis gleichsam für jeden Notar als Antragsteller zu, da auch im Hinblick auf den örtlichen Mandantenkreis jederzeit mit eilbedürftigen Aufträgen (z. B. Grundschuldbestellung) zu rechnen ist, die eine entsprechend kurzfristige Einsicht in das Grundbuch eines anderen Bundeslands erfordern. Die vom OLG Hamm als zusätzliches Tatbestandsmerkmal des § 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 Alt. 2 GBO geforderte Prognose einer gesteigerten (Unterstreichung durch das Gericht) Häufigkeit von Eilfällen bei der Übermittlung lässt sich dem Wortlaut der Vorschrift nicht entnehmen; im Gegenteil: Das Kriterium der „Vielzahl der Übermittlungen“ bezieht sich grammatikalisch eindeutig und ausschließlich auf den ersten Halbsatz und damit auf die erste Alternative des § 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 GBO.

Zu kurz greift schließlich die Schlussfolgerung des Gerichts aus dessen per se zutreffender These, wonach „mit Einführung des § 133a GBO jeder Notar quasi zu einer Außenstelle des Grundbuchamtes geworden ist“. Dieser Umstand rechtfertigt nach Ansicht des Senats de lege lata nicht die generelle Teilnahme der Notare am uneingeschränkten Abrufverfahren, auch wenn sie im Einzelfall die Voraussetzungen des § 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 GBO (entsprechend der tendenziell engen Auslegung durch den Senat) nicht erfüllen. Die vom OLG Hamm eingeräumten Wertungswidersprüche zwischen § 133 GBO einerseits und § 133a GBO andererseits können indes unter der geltenden Rechtslage aufgelöst werden, sofern man der hier vertretenen (weiten) Auslegung des § 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 GBO folgt. Der Gesetzgeber hat mit der Vorschrift des § 133a GBO die grundrechtsrelevante Abwägung zwischen dem Recht des Grundstückseigentümers auf informationelle Selbstbestimmung einerseits und dem Interesse an einer effektiven und bürgerfreundlichen Rechtspflege – Entlastung der Justiz durch Aufgabenübertragung auf Notare<sup>2</sup> – andererseits bereits abschließend getroffen, indem er die Erteilung sog. „isolierter Grundbuchauszüge“ durch Notare an enge Voraussetzungen (Darlegung eines berechtigten Interesses, § 133a Abs. 1 Satz 1 GBO, sowie Protokollierungspflicht, § 133a Abs. 3 GBO) knüpft. Die hinreichende Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen der betroffenen dinglich Berechtigten gemäß § 133 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 GBO dürfte daher im Regelfall im Sinne einer Ermessenreduzierung auf Null angesichts der in § 133a GBO vorweggenommenen Abwägung des Gesetzgebers von der Genehmigungsbehörde zu bejahen sein, sofern es sich beim Antragsteller um einen Notar handelt.

Notar Dr. Johannes Hecht, Hengersberg

<sup>2</sup> Keller/Munzig, Grundbuchrecht – Kommentar, 7. Aufl. 2015, § 133a Rdnr. 1.

6. BGB §§ 133, 873 Abs. 1, § 1010; GBO § 46 Abs. 2, § 53 Abs. 1 Satz 1 (*Wahrung des Ausschlusses des Aufhebungsrechts bei späterer Untergemeinschaft*)

1. **Ist nach Übertragung eines Teils eines Miteigentums im Grundbuch zwar der Ausschluss des Rechts, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, im Verhältnis der bisherigen Miteigentümer und im Verhältnis des neuen Miteigentümers zu dem nicht an der Veräußerung beteiligten Miteigentümer, nicht aber im Verhältnis von Erwerber und Veräußerer eingetragenen, so kommt eine Grundbuchunrichtigkeit nur**

**in Betracht, wenn die Auslegung der ursprünglichen Bestellung ergibt, dass der Ausschluss zugunsten aller, auch der erst später hinzukommenden Miteigentümer bestehen soll.**

**2. Wird das nur zugunsten der vorhandenen Miteigentümer eingetragene Recht vom neuen Miteigentümer übernommen, ist damit nicht ohne Weiteres auch eine Bindung zwischen Veräußerer und Erwerber vereinbart.**

OLG München, Beschluss vom 23.2.2015, 34 Wx 7/14; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Die Beteiligten zu 1 ist die Mutter von Thomas F. und des Beteiligten zu 2. Im Jahr 2011 hatte sie Thomas F. ein Grundstück (Gebäude- und Freifläche) sowie einen Miteigentumsanteil (1/3) an einem weiteren Grundstück (FlSt. 167/8; Verkehrsfläche) überlassen. Jene Verkehrsfläche sollte als gemeinsame Zufahrt zur Erschließung ihrer Grundstücke dienen. Im Hinblick auf die Miteigentumsanteile an der gemeinsamen Straßen- und Wegefläche vereinbarten die Beteiligten zu 1 und ihr Sohn Thomas im Vertrag vom 14.3.2011 (Ziffer XIX. 1.), dass das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, ausgeschlossen ist. In der Zweiten Abteilung des Grundbuchs wurde auf Bewilligung vom 3.5.2011 zu FlSt 167/8 eingetragen:

„Belastung jeden Anteils zugunsten des jeweiligen Miteigentümers: Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft nach § 1010 BGB ...“

Am 16.12.2011 überließ die Beteiligte zu 1 dem Beteiligten zu 2 neben angrenzenden Grundstücken einen Miteigentumsanteil zu 1/3 an der Verkehrsfläche FlSt. 167/8. Der Erwerber übernahm hierbei gemäß Ziffer IX. die „Belastung jeden Anteils zugunsten des jeweiligen Miteigentümers: Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft nach § 1010 BGB“.

Bei der Eintragung der Auflassung wurde das Grundbuchblatt zu FlSt. 167/8 geschlossen. Die jeweiligen Miteigentumsanteile zu 1/3 an dem Grundstück wurden auf dem Grundbuchblatt der jeweils erschlossenen Grundstücke gebucht (vgl. § 3 Abs. 4, 5 und 7 GBO). In der zweiten Abteilung der Grundbuchblätter ist vermerkt:

„Belastung dieses Anteils zugunsten des jeweiligen Eigentümers des 1/3-Anteils an FlSt. 167/8 in Blatt ... (= Grundbuchblatt zum Grundstück des Thomas F.): Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft nach § 1010 BGB.“

Nach Umschreibung des Anteils von Thomas F. auf ein anderes Grundbuchblatt wurde dort in der Zweiten Abteilung eingetragen:

„Belastung dieses Anteils zugunsten der jeweiligen anderen Miteigentümer des Grundstücks Flst. 167/8: Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft nach § 1010 BGB.“

Am 19.7.2013 haben die Beteiligten zu 1 und 2, vertreten durch den beurkundenden Notar, unter Bezugnahme auf ein vorgelegtes Rechtsgutachten beantragt, die Eintragungen in der Zweiten Abteilung der ihren Grundbesitz betreffenden beiden Grundbücher dahingehend zu berichtigen, dass sie lauten:

„Belastung dieses Anteils zugunsten der jeweiligen anderen Miteigentümer des Grundstücks Flst. 167/8: Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft nach § 1010 BGB.“

Diesen Antrag hat das Grundbuchamt am 26.11.2013 zurückgewiesen. Es hat die Auffassung vertreten, die Vereinbarung betreffe nur die ursprünglichen Anteile der Beteiligten zu 1 (2/3) und von Thomas F. (1/3). Eine Erstreckung auf die Untergemeinschaft mit dem Beteiligten zu 2 setze eine neue Vereinbarung der Veräußerin mit diesem voraus. Die Übernahme des Rechts bedeute nur die Anerkennung des bestehenden Rechtszustands, beinhalte aber nicht eine ergänzende Vereinbarung. Der dagegen eingelegten Beschwerde hat es nicht abgeholfen.

Die Beschwerdebegründung verweist insbesondere auf folgende Gesichtspunkte:

Das Grundbuch gebe die Rechtslage unzutreffend wieder. Vermittelt werde der Eindruck, als könne die Beteiligte zu 1 gegenüber dem Beteiligten zu 2 sowie dieser gegenüber der Beteiligten zu 1 jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen. Indessen wirke der zwischen allen Miteigentümern vereinbarte Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft automatisch auch für und gegen die Eigentümer

weiterer Miteigentumsanteile untereinander, wenn ein ursprünglich mit dem Aufhebungsausschluss belasteter Miteigentumsanteil unterteilt werde. Schließlich könne auch aus der erklärten Belastungsübernahme entnommen werden, dass der Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft auch zwischen der Beteiligten zu 1 und dem Beteiligten zu 2 gelten solle.

*Aus den Gründen:*

## II.

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Die beiden Beschwerdeführer beanstanden die unterschiedliche Belastung der Grundstücksmitteigentumsanteile mit dem Ausschluss des Rechts, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, die derzeit nach dem Inhalt der Grundbucheintragungen darin besteht, dass zwar Thomas F. gegenüber beiden Miteigentümern gebunden ist, diese jedoch nur ihm gegenüber, nicht aber im Verhältnis untereinander. Ziel der Beschwerdeführer ist es, das Grundbuch dahingehend nach § 22 Abs. 1 GBO berichtigen zu lassen, dass der Ausschluss des Rechts, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, von Anfang an für alle Miteigentümer bestehe.

Das Rechtsmittel ist nur als beschränkte Beschwerde nach § 11 Abs. 1 und Abs. 3 RPfFG mit § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO statthaft. Da der jeweilige Miteigentumsanteil bei Veräußerung an einen Gutgläubigen ohne die Belastung zugunsten der weiteren Berechtigten übergehen würde, also § 892 BGB gilt (*Palandt/Bassenge*, BGB, 74. Aufl., § 1010 Rdnr. 4 a. E.), kommt die Beschwerde nur mit dem Ziel in Betracht, einen Amtswiderspruch gegen die unvollständige Eintragung des Ausschlusses in der Zweiten Abteilung einzutragen (*Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 71 Rdnr. 52; *Hügel/Kramer*, GBO, 2. Aufl., § 71 Rdnr. 123). Auch wenn die Beschwerde nicht erkennen lässt, dass sie in diesem beschränkten Umfang eingelegt sein soll, ist anzunehmen, dass der Beschwerdeführer das Rechtsmittel mit dem zulässigen Inhalt einlegen will (*Demharter*, § 71 Rdnr. 55); die Beschwerde der beiden Beteiligten kann in diesem Sinne ausgelegt werden.

Im Übrigen ist die notariell für die Beteiligten zu 1 und 2 eingelegte Beschwerde zulässig, § 73 GBO, § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 FamFG i. V. m. Ziffer XVI. des Überlassungsvertrags vom 16.11.2011 (Vollzugsvollmacht).

2. Die Beschwerde ist jedoch unbegründet.

Die Eintragung eines Amtswiderspruchs nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO setzt voraus, dass das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist. Dies muss (zumindest) glaubhaft gemacht sein (vgl. *Demharter*, § 53 Rdnr. 28).

Das Grundbuch ist durch die vorgenommene Eintragung der Belastung nur hinsichtlich einzelner Miteigentümer nicht unrichtig. Denn die materielle entspricht der formellen aus der Eintragung ersichtlichen Rechtslage. Die Belastung mit dem Ausschluss des Rechts, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, erfasst nicht das Verhältnis zwischen der Beteiligten zu 1 und dem Beteiligten zu 2. Sie ist deshalb zutreffend nicht an den jeweiligen Anteilen im Grundbuch eingetragen.

a) Als dingliches Recht entsteht der Ausschluss des Rechts, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, nur mit entsprechender Eintragung im Grundbuch, § 1010 BGB i. V. m. § 873 BGB (*Palandt/Bassenge*, § 1010 Rdnr. 4). Ein solcher Ausschluss zwischen den Beteiligten zu 1 und 2 ist im Grundbuch nicht eingetragen.

b) Die Eintragung des Ausschlusses wurde auch nicht durch eine unterbliebene Mitübertragung bei Neuanlegung des Grundbuchblatts zu Unrecht gelöscht, § 46 Abs. 2 GBO. Ursprünglich war der Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft zwischen Thomas F. und der Beteiligten zu 1 vereinbart und im Grundbuch mit dem Wortlaut eingetragen, dass der Anteil „zugunsten des jeweiligen Miteigentümers“ belastet ist. Damit beschränkte sich das Aufhebungsverbot auf das Verhältnis zwischen Thomas F. und der Beteiligten zu 1. Eine Bestellung zugunsten „aller“ – nämlich der jeweils anderen – Miteigentümer ist weder der Bewilligung noch der Eintragung zu entnehmen. In dem Vertrag zwischen der Beteiligten zu 1 und Thomas F., der nur die Vereinbarung dieser Vertrags-teile enthält, ist jedenfalls keine ausdrückliche Bestimmung des Ausschlusses für Miteigentümer erklärt, die etwa durch Teilung von Anteilen hinzukommen. Deshalb kommt es darauf an, ob die Auslegung der Bewilligung eine derart umfassende Vereinbarung ergibt.

Für die Auslegung gilt § 133 BGB entsprechend; jedoch ist zu berücksichtigen, dass der das Grundbuchverfahren beherrschende Bestimmtheitsgrundsatz und das grundsätzliche Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsunterlagen der Auslegung durch das Grundbuchamt Grenzen setzen (BayObLGZ 1984, 122/124). Auf die Auslegung darf nur zurückgegriffen werden, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt. Bei der Auslegung ist auf Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt; außerhalb der Urkunde liegende Umstände dürfen nur insoweit herangezogen werden, als sie für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (st. Rspr.; z. B. BGHZ 113, 374/378; BGH, ZWE 2013, 402/403; *Demharter*, § 19 Rdnr. 28). Auf das, was der Bewilligende gewollt hat, kommt es nicht an (vgl. *Demharter*, § 19 Rdnr. 28 a. E.).

Dass der Ausschluss des Rechts, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, nach der nächstliegenden Bedeutung alle möglichen, auch später nach weiteren Teilungen hinzukommenden Miteigentümer umfassen sollte, ergibt sich weder zwangsläufig noch als ohne Weiteres gewollter Regelungsinhalt. Vielmehr ist nicht auszuschließen, dass es gerade besondere Interessen einzelner, nicht unbedingt sämtlicher Anteilseigner daran geben könnte, das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, auszuschließen. So hat ein Eigentümer eines rückwärtigen, also nicht zur Straße hin gelegenen Grundstücks möglicherweise ein gesteigertes Interesse, das Zufahrtsgrundstück in der Gemeinschaft zu halten als ein Nachbar mit direktem Zugang zur Straße. Mangels sonstiger offensichtlicher Anhaltspunkte auf die Interessenlage in der Urkunde erweist sich die von den Beteiligten im Beschwerdeverfahren vorgetragene Auslegung nicht als zwingend.

Weil die Eintragung entsprechend der Bewilligung formuliert ist und darauf zulässigerweise Bezug nimmt (§ 874 BGB), ergibt sich auch daraus nichts anderes.

c) Die Übertragung des Hälfteanteils der Beteiligten zu 1 an den Beteiligten zu 2 führte zu einer Übernahme der Belastung und damit Erweiterung des Ausschlusses der Aufhebung der Gemeinschaft im Verhältnis zwischen Thomas F. und dem Beteiligten zu 2. Diese Belastung ist auch entsprechend in den jeweiligen Grundbüchern eingetragen.

Aus der Übernahme der zwischen Thomas F. und der Beteiligten zu 1 vereinbarten Belastung durch den Beteiligten zu 2 entsteht jedoch keine entsprechende Belastung zwischen den Beteiligten zu 1 und 2. Die maßgebliche Erklärung der Übernahme hat nur der Beteiligte zu 2 abgegeben. Die (neue) Ver-

einbarung dahin, das Recht auszuschließen, die Aufhebung der Gemeinschaft zwischen den Beteiligten zu verlangen, ist in der allein vom Beteiligten zu 2 erklärten Übernahme nicht zu erkennen. Die Urkunde kann auch nicht so ausgelegt werden, dass eine solche Erklärung der Beteiligten zu 1 mit enthalten ist, da Ziffer IX. ausdrücklich nur vom Erwerber spricht, der die bestehenden Belastungen übernimmt.

Der Erklärung des Beteiligten zu 2, die Regelung über das Recht, den Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft zu übernehmen, der im Verhältnis von Thomas F. und der Beteiligten zu 1 eingetragen ist, lässt sich – gerade auch im Hinblick auf das oben zur Auslegung der ursprünglichen Urkunde Gesagte (siehe oben b) – ebenso wenig eine Erweiterung der Belastung entnehmen. Nachdem sich die Beteiligte zu 1 ihm gegenüber nicht gebunden hat, ist kein Grund ersichtlich, warum die Erklärung des Beteiligten zu 2 so auszulegen sein sollte, dass er sich einseitig gegenüber seiner Mutter gebunden hätte.

d) Dass damit faktisch Thomas F. gegenüber beiden Miteigentümern gebunden ist, diese jedoch nur ihm gegenüber, nicht aber im Verhältnis untereinander, ändert am Ergebnis nichts, da anerkannt ist, dass es ein Aufhebungsverbot auch nur zugunsten einzelner Miteigentümer geben kann (vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 1462; *Staudinger/Gursky*, Neubearb. 2012, § 1010 Rdnr. 8).

(...)

#### Anmerkung:

Bei der Lektüre der vorstehenden Entscheidung des OLG München<sup>1</sup> beschleicht den erfahrenen Vertragsgestalter das Gefühl, dass hier eine bisher unbekannte Sicherungslücke aufgedeckt wurde und dass viele gleich gelagerte Problemfälle auch in der eigenen Urkundensammlung schlummern. Man gewinnt den Eindruck, dass durch die Veräußerung des zweiten Miteigentumsanteils am Wegegrundstück der bereits sicher geglaubte Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft ausgehebelt wurde und jetzt jederzeit mit einer Teilungsversteigerung gerechnet werden muss.

Die Entscheidung ist daher von allgemeinem Interesse, da Miteigentümergeinschaften in der notariellen Praxis nicht nur bei gemeinsamen Wege- und Zufahrtsflächen häufig vorkommen.<sup>2</sup>

#### 1. Grundlagen der Miteigentümergeinschaft

Das Gesetz gestaltet die Miteigentümergeinschaft als Gemeinschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit aus und gibt grundsätzlich jedem Miteigentümer das Recht, jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, vgl. § 749 Abs. 1 BGB. Es ist allseits bekannt, dass dieser Anspruch auf Aufhebung durch Vereinbarung zwischen den Miteigentümern ausgeschlossen werden kann, vgl. § 749 Abs. 2 BGB. Die Aufhebung bleibt allerdings trotz einer solchen Vereinbarung möglich, wenn ein wichtiger Grund vorliegt (§ 749 Abs. 2 BGB)

<sup>1</sup> Die Entscheidung ist, soweit ersichtlich, bislang nur veröffentlicht in DNotIR 2015, 158.

<sup>2</sup> Vor Einführung des WEG musste für die Bildung von „Eigentumswohnungen“ auf die Miteigentümergeinschaft im Sinne der §§ 741 ff., 1010 BGB zurückgegriffen werden. Auch danach wurden bis zur Einfügung des § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG Sammeltiefgaragen in der Form von Miteigentümergeinschaften gebildet, bei denen der einzelne Stellplatz als Miteigentumsbruchteil an der ganzen Tiefgarage (am besten mit Benutzungsregelung) abgebildet wurde.

oder wenn ein Pfändungsgläubiger eines Miteigentümers, dessen Vollstreckungstitel nicht nur vorläufig vollstreckbar ist, die Aufhebung verlangt, vgl. § 751 Satz 2 BGB.

Abweichend vom Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse ordnet § 751 Satz 1 BGB an, dass ein vereinbarter Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft *für* und *gegen* Sondernachfolger wirkt. § 1010 Abs. 1 BGB schränkt diese Regelung für Miteigentumsanteile an Grundstücken dahingehend ein, dass sie *gegen* den Sondernachfolger eines Miteigentümers nur dann wirkt, wenn sie als Belastung des Anteils im Grundbuch eingetragen ist. Die Wirkung *für* den Sondernachfolger ist auch bei Miteigentumsanteilen an Grundstücken durch § 1010 BGB nicht eingeschränkt.<sup>3</sup>

Es steht heute für die Praxis außer Frage, dass § 747 Satz 1 BGB jedem Miteigentümer nicht nur das Recht gibt, über seinen Miteigentumsanteil im Ganzen zu verfügen, sondern ihn auch berechtigt, nur einen Teil seines Miteigentumsanteils an eine andere Person zu übertragen.<sup>4</sup> Es ist für die Praxis auch geklärt, dass durch die Teilveräußerung eines Miteigentumsanteils keine Unterbruchteilgemeinschaft entsteht, sondern der Erwerber des Teilmiteigentumsanteils unmittelbar Miteigentümer des ganzen Gegenstandes wird.<sup>5</sup>

## 2. Bindungswirkung für und gegen Teilsondernachfolger

Im zu entscheidenden Fall war ursprünglich die Mutter M. Alleineigentümerin aller drei Anliegergrundstücke sowie des Wegegrundstückes. Sie übertrug zunächst ein Anliegergrundstück zusammen mit einem  $\frac{1}{3}$ -Miteigentumsanteil am Wegegrundstück an den Sohn T. und später das zweite Anliegergrundstück zusammen mit einem weiteren  $\frac{1}{3}$ -Miteigentumsanteil am Wegegrundstück auf den Sohn W. Das dritte Anliegergrundstück behielt M. zusammen mit dem letzten  $\frac{1}{3}$ -Miteigentumsanteil am Wegegrundstück. Der Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft am Wegegrundstück wurde von M. nur mit T. vereinbart und zur Eintragung ins Grundbuch gebracht. W. schloss keine eigene Vereinbarung mit M. mehr ab, sondern übernahm nur die bereits eingetragene Regelung.

Die Besonderheit im vorliegenden Fall lag darin, dass im Rahmen der Übertragung an W. ein Antrag auf Zubuchung der Miteigentumsanteile am Wegegrundstück gemäß § 3 Abs. 4, 5 GBO gestellt wurde. Beim Vollzug des Zubuchungsantrages trat das Problem zu Tage, ob der bereits zwischen M. und T. vereinbarte Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft auch im Verhältnis zwischen M. und W. wirkt.

<sup>3</sup> Palandt/Bassenge, 75. Aufl. 2016, § 1010 Rdnr. 1; Staudinger/Gursky, BGB, 16. Aufl. 2012, § 1010 Rdnr. 1.

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 23.4.1954, V ZR 145/52, BGHZ 13, 133, 141; BayObLG, Beschluss vom 3.5.1979, 2 Z 60/78, DNotZ 1980, 98, 99; Tschon, RNotZ 2006, 205, 212 ff.; a. A. Hilbrandt, AcP, 2002, 631, 643 ff; Da bei einer Teilübertragung sowohl dem bisherigen Teilhaber als auch dem hinzutretenden Teilhaber nach § 743 Abs. 2 BGB der Mitgebrauch am gesamten gemeinschaftlichen Gegenstand zusteht, werden die weiteren Miteigentümer durch die Teilübertragung beeinträchtigt und liegt in der Teilübertragung eines Miteigentumsanteils eine Verfügung über den gesamten Gegenstand nach § 747 Satz 2 BGB vor, die nur mit Zustimmung aller Miteigentümer zulässig ist.

<sup>5</sup> MünchKomm-BGB/Schmidt, 6. Aufl. 2013, § 741 Rdnr. 16; BeckOK-BGB/Fehrenbacher, Stand 23.9.2015, § 741 Rdnr. 40; BGH, Urteil vom 23.4.1954, V ZR 145/52, BGHZ 13, 133, 141; BayObLG, Beschluss vom 3.5.1979, 2 Z 60/78, DNotZ 1980, 98, 99; LG Berlin, Beschluss vom 23.11.1955, 84 T 355/55, NJW 1956, 471; LG Mönchengladbach, Entscheidung vom 14.7.1966, 4 T 81/66, DNotZ 1967, 434, 435; Tschon, RNotZ 2006, 205, 212; a. A. Schnorr, Die Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741 bis 758 BGB), 2004, Seite 150 ff.

Es sollte eigentlich keinen Zweifel geben, dass auch der Erwerber eines Teils eines Miteigentumsanteils als Sondernachfolger anzusehen ist und daher grundsätzlich durch die getroffenen Vereinbarungen der bisherigen Miteigentümer nach Maßgabe von §§ 751, 1010 BGB gebunden ist.

Das Grundbuchamt und ihm folgend das OLG München kamen jedoch zu dem Ergebnis, dass im Verhältnis zwischen M. und W. der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft nicht ausgeschlossen ist.

Das OLG München stützt sich in seiner Begründung auf die Auslegung von zwei Regelungen, nämlich einerseits der ursprünglichen Vereinbarung des Ausschlusses der Aufhebung der Gemeinschaft im Vertrag zwischen M. und T. und schließlich andererseits der Übernahmeerklärung von W. im Vertrag zwischen M. und W.

Da die jeweils ausgelegten Erklärungen keinerlei individuelle Formulierungen aufweisen und das OLG München einen Rückgriff auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände ausschließt, beansprucht die Entscheidung des OLG Allgemeingültigkeit. Sie betrifft insbesondere alle Fälle, in denen Miteigentumsanteile von einem ursprünglichen Alleineigentümer nach und nach abverkauft werden.

Der Entscheidung des OLG München kann allerdings nicht gefolgt werden.

Es stellt bereits alle Auslegungsregelungen auf den Kopf, wenn das OLG München bei der Auslegung der Vereinbarung zwischen M. und T. ausführt, dass nicht zwangsläufig alle Miteigentümer das gleiche Interesse am Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft haben, und daraus folgert, dass der zwischen den ursprünglichen Miteigentümern vereinbarte Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft nicht zwangsläufig auch alle weiteren, durch spätere Unterteilungen eines Miteigentumsanteils hinzukommenden Miteigentümer umfasst, wenn keine ausdrückliche Regelung getroffen ist.

Das OLG München führt damit eine ergänzende Auslegung<sup>6</sup> der Vereinbarung zwischen M. und T. durch. Eine solche ergänzende Auslegung kommt allerdings grundsätzlich nur in Betracht, wenn die Regelungslücke nicht durch die Heranziehung des dispositiven Rechts sachgerecht geschlossen werden kann.<sup>7</sup> Es wäre daher zunächst zu untersuchen gewesen, welchen Inhalt die gesetzliche Regelung, also § 751 BGB, im vorliegenden Fall hat.

Hätte M. ihren gesamten  $\frac{2}{3}$ -Miteigentumsanteil am Wegegrundstück an W. übertragen, so wäre W. als Sondernachfolger von M. zweifelsohne an die Vereinbarung zwischen M. und T. gebunden gewesen. Wenn M. nunmehr nur einen  $\frac{1}{3}$ -Miteigentumsanteil an W. überträgt, so ist W. insoweit immer noch (Teil-)Sondernachfolger von M. Es fragt sich, ob von diesem Prinzip eine Einschränkung im Verhältnis zu M. selbst zu machen ist, also ob M. aktiv und passiv ihr eigener Sondernachfolger sein kann.<sup>8</sup> Für die Beantwortung dieser Frage kommt es darauf an, ob der Miteigentümergevereinbarung über den Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft

<sup>6</sup> Das OLG München macht nicht ausdrücklich deutlich, ob es eine ergänzende Auslegung vornimmt. Es hält jedoch eine ausdrückliche abweichende Vereinbarung für zulässig. Die Auslegung war deshalb notwendig, weil es keine ausdrückliche Regelung in der Eintragungsbewilligung gab. Es bestand also eine Regelungslücke, die Voraussetzung für eine ergänzende Auslegung ist, Palandt/Ellenberger, 75. Aufl. 2016, § 157 Rdnr. 3.

<sup>7</sup> Palandt/Ellenberger, 75. Aufl. 2016, § 157 Rdnr. 4.

<sup>8</sup> Bejahend: Staudinger/Gursky, 16. Aufl. 2012, § 1010 Rdnr. 4; LG Berlin, Beschluss vom 23.11.1955, 84 T 355/55, NJW 1956, 471; a. A. Weitnauer, DNotZ 1960, 115, 116.

ein rein schuldrechtlicher Charakter oder auch ein korporationsrechtlicher Charakter zukommt. Weist man der Miteigentümergeinschaft lediglich einen rein schuldrechtlichen Charakter zu, wirkt diese nur zwischen unterschiedlichen Rechtssubjekten, da es keinen Vertrag mit sich selbst geben kann. In diesem Fall würde der Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft nicht zwischen M. und W. wirken. Nimmt man allerdings einen korporationsrechtlichen Charakter der Miteigentümergeinschaft an, so gilt die Miteigentümergeinschaft gegenüber allen Mitgliedern der Miteigentümergeinschaft und zwar auch gegenüber solchen Mitgliedern, die erst durch Unterteilung eines ursprünglichen Miteigentumsanteils hinzu getreten sind. Für den schuldrechtlichen Charakter spricht zunächst, dass die Miteigentümergeinschaft keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt und es sich bei der Miteigentümergeinschaft um einen Vertrag handelt. Die besonderen Regelungen für die Miteigentümergeinschaft in §§ 746, 751, 755 Abs. 2, § 756 Satz 2 i. V. m. § 755 Abs. 2 BGB verschaffen den Miteigentümergeinschaften allerdings Drittwirkung und geben ihnen deshalb einen korporationsrechtlichen Charakter. Die Frage des korporationsrechtlichen Charakters ist auch klar von der Frage nach der eigenen Rechtspersönlichkeit der Gemeinschaft zu trennen. Auch bei der BGB-Gesellschaft war vor der Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit durch die Rechtsprechung nicht zweifelhaft, dass der Gesellschaftsvertrag auch für und gegen solche Gesellschafter wirkt, die erst später durch Unterteilung eines Gesellschaftsanteils in die BGB-Gesellschaft eintreten.

Im Ergebnis war also wegen des korporationsrechtlichen Charakters der Miteigentümergeinschaften für die ergänzende Auslegung durch das OLG München kein Raum.

Selbst wenn man eine ergänzende Auslegung der ursprünglichen Miteigentümergeinschaft für zulässig hält, kann diese nicht das vom OLG München gefundene Ergebnis haben. Ziel der ursprünglichen Vereinbarung zwischen M. und T. war es, den Anspruch auf Teilungsversteigerung *gegenseitig* auszuschließen. Es erschließt sich nicht, wieso sich ein Miteigentümer davon einseitig lösen können soll, weil er möglicherweise ein geringeres Interesse am Fortbestand der Regelung als der andere Miteigentümer hat. Der Grundsatz *pacta sunt servanda* besagt gerade umgekehrt, dass auch der Vertragsteil gebunden ist, der sich lösen will. Es ist auch unlogisch, wenn bei der Übertragung des ganzen Miteigentumsanteils der Sondernachfolger nach § 751 BGB gebunden ist, während bei der Übertragung eines Teils des Miteigentumsanteils die Bindung aufgehoben wird.

Wenig zielführend sind auch die Ausführungen des OLG München zur Auslegung des Vertrages zwischen M. und W. Es bleibt im Dunkeln, wieso das OLG auch hier das Interesse der Beteiligten hochhält, die Teilungsversteigerung des Weges durchführen zu können. Es mag zwar sein, dass ein einseitig wirkender Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft denkbar ist, einen praktischen Anwendungsfall dafür kenne ich allerdings nicht. Es leuchtet ebenso wenig ein, wieso die Erklärung des W, die eingetragene Regelung über den Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft zu übernehmen, gerade bedeuten soll, dass W. sich *nicht* an diese Regelung binden wollte.

Abschließend stellt sich die Frage, welchen Inhalt der nicht vollständig ausgeschlossene Anspruch von M. und W. auf Aufhebung der Gemeinschaft haben würde, wenn man die Auffassung des OLG München als richtig zugrunde legt. Würde M. einen Antrag auf Teilungsversteigerung des Wegegrundstücks stellen, so müsste sich diesem Antrag T. anschließen, da der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft von

M. gegenüber T. ausgeschlossen ist. In der Zustimmung von T. zum Antrag auf Teilungsversteigerung durch M. läge dann aber die Geltendmachung des Anspruchs auf Aufhebung der Gemeinschaft durch T., was wiederum im Verhältnis von T. zu W. ausgeschlossen ist. M. kann also nur mit Zustimmung von T. und W., T. kann nur mit Zustimmung M. und W. und W. kann nur mit Zustimmung von T. und M. die Aufhebung der Gemeinschaft durchsetzen.

Im Ergebnis kann es also in jedem Fall nur mit Zustimmung aller Miteigentümer zur Teilungsversteigerung des ganzen Wegegrundstücks kommen.

### 3. Nicht einschlägige Probleme

Möglicherweise hatte das OLG München bei seiner Entscheidung die Frage im Kopf, ob der Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft hinsichtlich des gesamten Wegegrundstücks auch eine Aufhebung der Untergemeinschaft zwischen M. und W. ausschließt, und hat sich dadurch auf die falsche Fährte führen lassen.

Die Teilungsversteigerung hinsichtlich eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück ist allerdings nur dann möglich, wenn daran wieder eine andere Gemeinschaft, z. B. eine Erbengemeinschaft, besteht.<sup>9</sup> Zwei Miteigentumsbruchteile, die durch Unterteilung eines größeren Miteigentumsbruchteils entstanden sind, bilden aber keine derartige Untergemeinschaft hinsichtlich des ursprünglichen größeren Miteigentumsanteils.<sup>10</sup> Eine solche Untergemeinschaft entsteht auch nicht durch die Zubuchung nach § 3 Abs. 4, 5 GBO, da es sich hier nur um eine besondere Form der Darstellung im Grundbuch handelt. Daher scheidet im vorliegenden Fall eine Teilungsversteigerung des ursprünglichen  $\frac{2}{3}$ -Miteigentumsanteils von M. schon kraft Gesetzes aus.

De lege lata ist dieses Ergebnis hinzunehmen, auch wenn es im Einzelfall dafür ein praktisches Bedürfnis geben würde. Würde beispielsweise T. sein Anliegergrundstück und seinen  $\frac{1}{3}$ -Miteigentumsanteil am Wegegrundstück an die Eheleute E. zu je  $\frac{1}{2}$  verkaufen, bestünde im Scheidungsfall für die Eheleute E. nur hinsichtlich des Anliegergrundstücks die Möglichkeit, die Teilungsversteigerung zu betreiben. Die Teilungsversteigerung bezüglich ihrer Beteiligung von insgesamt  $\frac{1}{3}$  am Wegegrundstück wäre jedoch nicht möglich, da – wie bereits dargestellt – insoweit keine Untergemeinschaft entstanden ist, sondern jeder Ehegatte unmittelbar einen Miteigentumsanteil zu  $\frac{1}{6}$  am Wegegrundstück erworben hat.

Die vom OLG München zu entscheidende Rechtsfrage hat auch nichts mit der Frage zu tun, welche Vereinbarungen zulässig sind, die nur zwischen einzelnen, aber nicht zwischen allen Miteigentümern getroffen werden.<sup>11</sup> Wenn zunächst M. mit T. vereinbart hätte, dass T. den nördlichen Stellplatz und M. den südlichen und den westlichen Stellplatz auf dem gemeinsamen Wegegrundstück unter Ausschluss des jeweils anderen nutzt, hätte sich im Vertrag zwischen M. und W. die Frage gestellt, ob M. und W. ohne Mitwirkung von T. vereinbaren könnten, dass M. den südlichen Stellplatz und W. den westlichen Stellplatz jeweils allein nutzt. Eine derartige „Untervereinbarung“ lag allerdings nach Auffassung des OLG München nicht in der Übernahmeerklärung des W.

<sup>9</sup> Stöber, ZVG, 21. Aufl. 2016, § 180 Ziffer 22.

<sup>10</sup> Siehe oben Fn. 5.

<sup>11</sup> Hierzu ausführlich: Panz., BWNotZ 1990, 67 ff.; Heitmann, Rechtspfleger 1999, 431 ff.

#### 4. Fazit

Die Entscheidung des OLG München ist abzulehnen, da auch bei der Unterteilung eines Miteigentumsanteils ein zwischen den ursprünglichen Miteigentümern vereinbarter Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft allseits fortgilt (korporationsrechtlicher Charakter der Miteigentümergeinschaft). Sie deckt nur ein Scheinproblem auf, da die Teilungsversteigerung selbst dann nur mit Zustimmung aller Miteigentümer durchgeführt werden kann, wenn man der Auffassung des OLG München folgt und eine Bindung der Inhaber von durch Unterteilung eines Miteigentumsanteils gebildeter Miteigentumsanteile untereinander verneint.

Wer besonders vorsichtig ist, folgt der Empfehlung des Deutschen Notarinstituts,<sup>12</sup> in die Erstvereinbarung über den Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft eine (klarstellende) Regelung aufzunehmen, wonach der Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft auch dann zwischen sämtlichen Miteigentümern gelten soll, wenn sich die Anzahl der Miteigentümer durch eine spätere Unterteilung eines Miteigentumsanteils vergrößert. Nötig ist das allerdings nicht.

Fehlt eine solche Klausel in der ursprünglichen Miteigentümergeinschaftvereinbarung, so könnte vorsorglich noch daran gedacht werden, in dem Vertrag über die Unterteilung des Miteigentumsanteils eine Vereinbarung zwischen dem veräußernden Miteigentümer und dem erwerbenden Miteigentümer zu treffen, wonach diese auch in ihrem Verhältnis einen Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft vereinbaren.<sup>13</sup> Nach der ganz herrschenden Auffassung ist diese Regelung allerdings sinnlos, weil es keine Teilungsversteigerung bezogen auf zwei Miteigentumsanteile gibt. Wenn diese Vereinbarung überhaupt helfen soll, muss diese wegen § 1010 BGB in das Grundbuch eingetragen werden. Hier stößt man dann allerdings auf die in dieser Anmerkung nicht vertiefte Frage, inwieweit Vereinbarungen nur zwischen einzelnen Miteigentümern möglich und wirksam sind und wie deren Eintragung im Grundbuch bewerkstelligt werden soll.<sup>14</sup>

Notar *Arnold Voran*, Memmingen

<sup>12</sup> DNotR 2015, 158, 159.

<sup>13</sup> Vgl. nochmals DNotR 2015, 158, 159.

<sup>14</sup> Vgl. dazu: *Panz.*, BWNotZ 1990, 67 ff.; *Heitmann*, Rechtspfleger 1999, 431 ff. Fn. 12.

7. BGB § 167 Abs. 2, § 873 Abs. 1, § 1896 Abs. 1 und 3; GBO § 29 (*Betreuung zur Grundstücksveräußerung bei privatschriftlicher Vorsorgevollmacht*)

**Zur Einrichtung einer Betreuung mit dem Aufgabenkreis der Grundstücksveräußerung, wenn dem Vorsorgebevollmächtigten nur eine privatschriftliche Vorsorgevollmacht erteilt ist.**

BGH, Beschluss vom 3.2.2016, XII ZB 454/15

Die 88-jährige Betroffene leidet an einer fortgeschrittenen senilen Demenz, wegen derer sie ihre Angelegenheiten nicht mehr selbst erledigen kann. Sie hatte ihrer Tochter (im Folgenden „Bevollmächtigte“) eine privatschriftliche General- und Vorsorgevollmacht erteilt, deren Wirksamkeit nicht im Zweifel steht.

Um die aus laufenden Einnahmen nicht gedeckten Pflege- und Heimkosten sowie andere finanzielle Bedürfnisse der Betroffenen abzudecken, beabsichtigt die Bevollmächtigte die Veräußerung eines Hausgrundstücks der Betroffenen. Da sie hierzu aufgrund fehlender notarieller Beglaubigung nicht in Ausübung ihrer Vollmacht imstande ist, hat sie die Einrichtung einer Betreuung für den Zweck der

Veräußerung des Hausgrundstücks angeregt. Die Beschwerdeführerin, eine weitere Tochter der Betroffenen, hat sich gegen die beabsichtigte Grundstücksveräußerung gewandt und angeboten, durch „Schuldübernahmeerklärung“ den Eigenanteil der Heimunterbringungskosten unter Vorwegabzug der monatlichen Altersrente und zusätzlich ein monatliches Taschengeld der Betroffenen von 160 € für den Fall zu übernehmen, dass eine finanzielle Unterversorgung besteht.

Das AG hat mit Beschluss vom 29.4.2015 eine Betreuung für den Aufgabenkreis der „Prüfung und Entscheidung über Verkauf oder Vermietung und Verwaltung der Immobilie ... sowie Durchführung der gefundenen Entscheidung“ eingerichtet und den Beteiligten zu 1 als Berufsbetreuer bestellt. Mit weiterem Beschluss vom 6.7.2015 hat das AG den Aufgabenkreis um die Geltendmachung von Rechten der Betreuten gegenüber ihrer Bevollmächtigten erweitert.

Gegen beide Beschlüsse hat die Beschwerdeführerin Beschwerde eingelegt, die das LG jeweils zurückgewiesen hat. Hiergegen richten sich ihre Rechtsbeschwerden.

*Aus den Gründen:*

#### II.

Die Rechtsbeschwerden sind nicht begründet.

1. Das LG hat zur Begründung seiner Entscheidungen ausgeführt: Die privatschriftliche Generalvollmacht reiche zur wirksamen Vertretung der Betroffenen in dem Aufgabenkreis des Grundstücksverkaufs wegen § 29 GBO nicht aus. Daher könnten die Angelegenheiten der Betroffenen durch die Bevollmächtigte oder durch andere Hilfen nicht ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden. Auch die Zusage der Beschwerdeführerin, für die monatlichen Heim- und Pflegekosten aufzukommen, soweit sie aus dem Barvermögen der Betroffenen nicht gedeckt werden könnten, mache die Anordnung einer Betreuung nicht entbehrlich. Denn angesichts der offenbar unüberbrückbaren innerfamiliären Differenzen erscheine die Umsetzung eines Zusammenwirkens zum Wohle der Betroffenen nicht realisierbar. Selbst wenn bezüglich der Heimkosten ein Schuldübernahmevertrag zustande käme, wären hiervon weitere Verbindlichkeiten der Betroffenen, etwa im Zusammenhang mit laufenden Kosten für die Immobilie, nicht erfasst.

Es sei auch nicht abschließend bereits vor der Bestellung eines Betreuers zu klären, ob und in welchem Umfang tatsächlich eine den Verkauf notwendig machende Finanzierungslücke bestehe. Die Prüfung dieser Frage solle gerade in die Hände eines berufsmäßigen Betreuers gelegt werden. Eine Bestellung der Bevollmächtigten oder der Beschwerdeführerin oder deren Sohnes als Betreuer komme wegen bestehender Interessenkonflikte nicht in Betracht.

Erforderlich sei auch der Aufgabenkreis einer Kontrollbetreuung, da die Betroffene nicht mehr in der Lage sei, die Bevollmächtigte zu überwachen und die bestehenden Rechte ihr gegenüber wahrzunehmen. Der Bitte des Betreuers um Auskunft über das Vermögen und die Einnahmen der Betroffenen sei die Bevollmächtigte nicht nachgekommen. Der Betreuer bedürfe der Auskünfte, um seinen Prüfungsauftrag hinsichtlich der Grundstücksveräußerung wahrnehmen zu können. Aus der mangelnden Kooperation mit dem Betreuer ergäben sich konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Bevollmächtigte ihre Generalvollmacht nicht ordnungsgemäß im Interesse der Betroffenen ausübe.

2. Die angefochtenen Entscheidungen halten einer rechtlichen Nachprüfung stand.

a) Das LG hat die Betreuungsbedürftigkeit der Betroffenen im Sinne des § 1896 Abs. 1 BGB rechtsfehlerfrei festgestellt. Dagegen erinnert auch die Rechtsbeschwerde nichts.

b) Gemäß § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB ist die Betreuung zwar nicht erforderlich, soweit die Angelegenheiten des Volljährigen durch einen Bevollmächtigten ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können. Das LG hat jedoch zutreffend erkannt, dass ein Betreuungsbedarf besteht, soweit es um die Veräußerung des Hausgrundstücks der Betroffenen geht.

Zwar wäre die Bevollmächtigte auch selbst imstande, das Hausgrundstück rechtswirksam im Namen der Betroffenen zu verkaufen und aufzulassen. Denn gemäß § 167 Abs. 2 BGB bedarf die Vollmachterklärung nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht. Jedoch soll gemäß § 29 Abs. 1 GBO eine Eintragung in das Grundbuch nur vorgenommen werden, wenn die zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Das gilt auch für die Aufassungsvollmacht, sodass die Bevollmächtigte ihre Vertretungsmacht nicht in grundbuchrechtlicher Form durch Urkunden nachweisen könnte. Ohne die Eintragung in das Grundbuch könnte eine Eigentumsübertragung aber nicht wirksam werden (§ 873 Abs. 1 BGB).

c) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist der Betreuungsbedarf auch nicht etwa deshalb zu verneinen, weil die Notwendigkeit einer Grundstücksveräußerung noch nicht endgültig feststeht. Zwar darf eine Betreuung nur für solche Aufgabenkreise angeordnet werden, bezüglich derer ein konkreter Bedarf besteht, was aufgrund der konkreten gegenwärtigen Lebenssituation des Betroffenen zu beurteilen ist. Dabei ist das Vorliegen eines aktuellen Handlungsbedarfs aber nicht zwingend erforderlich; es genügt, dass dieser Bedarf jederzeit auftreten kann und für diesen Fall die begründete Besorgnis besteht, dass ohne die Einrichtung einer Betreuung nicht das Notwendige veranlasst wird (Senatsbeschluss vom 20.5.2015, XII ZB 96/15, FamRZ 2015, 1378 Rdnr. 10 m. w. N.).

Im vorliegenden Fall hat das LG ohne Rechtsfehler festgestellt, dass es einer näheren und ggf. fortlaufenden Überprüfung bedarf, wie das Hausgrundstück der Betroffenen zu deren Wohl zu verwalten oder ob es zu veräußern ist. Dazu gehört auch die Prüfung und Abwägung des Angebots der Beschwerdeführerin, Beiträge zur Deckung laufender Kosten der Betroffenen zu übernehmen. Ebenfalls rechtsfehlerfrei hat das LG festgestellt, dass die Bevollmächtigte diese Prüfung nicht unbefangen von Interessengegensätzen zu der mit ihr zerstrittenen Schwester, der Beschwerdeführerin, zum Wohl der Betroffenen auszuüben vermag, und dem Betreuungsbedarf insoweit nicht bereits durch die bestehende Vollmacht Genüge getan ist.

d) Kann ein Bevollmächtigter seine Vertretungsmacht in einzelnen Angelegenheiten nicht zum Wohle des Betroffenen ausüben, erfordert das zwar grundsätzlich zunächst nur die Einrichtung einer Kontrollbetreuung (§ 1896 Abs. 3 BGB), um durch die Ausübung von Kontroll- und Weisungsrechten auf den Bevollmächtigten einzuwirken (vgl. auch Senatsbeschluss vom 28.7.2015, XII ZB 674/14, FamRZ 2015, 1702 Rdnr. 36, zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt). Steht aber wie hier die außerhalb der Rechtsmacht des Bevollmächtigten stehende und von diesem bereits befürwortete Veräußerung eines Grundstücks im Raum und hat der Bevollmächtigte die Regelbetreuung für diesen Aufgabenkreis selbst angeregt, bedeutet es keine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, wenn die Betreuungsanordnung den Aufgabenkreis der „Prüfung und Entscheidung über Verkauf (richtig: Veräußerung) oder Vermietung und Verwaltung der Immobilie sowie Durchführung der gefundenen Entscheidung“ bereits als Regelbetreuung (§ 1896 Abs. 1 BGB) vollständig umfasst.

e) Ebenso bestehen keine durchgreifenden Bedenken gegen die Anordnung darüber hinausgehender Kontrollbefugnisse des Betreuers gegenüber der Bevollmächtigten. Nach den Feststellungen des LG ist die Geltendmachung zusätzlicher Auskunfts- und Weisungsrechte durch den Betreuer erforderlich, um sich den für die Wahrnehmung der grundstücksbezogenen Entscheidungen nötigen Überblick über die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Betroffenen zu verschaffen.

(...)

8. BGB § 1365 (*Verkauf des Vermögens ohne Zustimmung des Ehepartners*)

**Eine Zustimmung gemäß § 1365 BGB liegt in jedem Verhalten, aus dem der Wille zu erschließen ist, dem Ehegatten den wirksamen Abschluss des zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfts zu gestatten. Erforderlich ist ein diesbezügliches Erklärungsbewusstsein, welches voraussetzt, dass der zustimmungspflichtige Ehegatte weiß, dass er zu einer rechtlich bedeutsamen Entscheidung berufen ist. Er muss sich also der Unwirksamkeit des Vertrags ohne seine Zustimmung und damit seiner Rechtsmacht, den Vertrag verhindern zu können, bewusst sein. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG Koblenz, Beschluss vom 27.5.2015, 13 UF 156/15

Die Beteiligten sind Söhne und zu je 1/2 Erben der am 2.1.2009 verstorbenen Frau A. Durch notariellen Erbteilskaufvertrag übertrug der Antragsteller dem Antragsgegner seinen Erbanteil an verschiedene Nachlassimmobilien. Hierbei handelte es sich um den einzigen Vermögensgegenstand des Antragstellers, der zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im gesetzlichen Güterstand verheiratet war. Eine ausdrückliche Zustimmung der Ehefrau des Antragstellers zu dem Erbteilskaufvertrag liegt nicht vor. Nachdem der Erbteilskaufvertrag grundbuchrechtlich vollzogen wurde, begehrt der Antragsteller nun vom Antragsgegner Grundbuchberichtigung. Er hält den Erbteilskaufvertrag mangels Zustimmung seiner Ehefrau für unwirksam. Auch für eine konkludente Zustimmung fehle das Erklärungsbewusstsein. Der Antragsgegner hat demgegenüber die Ansicht vertreten, die Ehefrau des Antragstellers habe durch ihr Verhalten im Zuge ihrer Einbindung in die Vertragsvorbereitung und -durchführung diesem stillschweigend zugestimmt.

Das Familiengericht hat dem Antrag mit der Begründung stattgegeben, der Antragsgegner habe seiner sekundären Darlegungslast bezüglich einer Zustimmung der Ehefrau zu der Erbteilsübertragung nicht genügt. Nachdem eine ausdrückliche Zustimmung nicht vorliege, sei nicht dargetan, welches konkludente Verhalten der Ehefrau eine solche darstelle. Es fehle das erforderliche Erklärungsbewusstsein. Des Weiteren habe die Ehefrau des Antragstellers auch nicht erkennen müssen, dass ihr Verhalten als eines auf Ausübung des ihr zustehenden entsprechenden Wahlrechts aufgefasst werden könne. Wegen der weitergehenden Einzelheiten nimmt der Senat Bezug auf die tatsächlichen Feststellungen und rechtlichen Erwägungen in der angefochtenen Entscheidung.

Mit der vorliegenden Beschwerde verfolgt der Antragsgegner seinen erstinstanzlichen Abweisungsantrag weiter. Er hält den Erbteilskaufvertrag für wirksam. Zwar liege keine ausdrückliche Zustimmung der Ehefrau des Antragstellers vor. Diese habe jedoch konkludent zum Vertragsschluss eingewilligt bzw. diesen konkludent genehmigt. Die an ein solches Verhalten zu stellenden Voraussetzungen habe das Familiengericht hier überspannt. So könne nicht gefordert werden, dass der Ehegatte genaue Kenntnis davon haben müsse, dass er das Rechtsgeschäft durch Nichtzustimmung verhindern könne. Vielmehr genüge, dass er wisse, dass es sich bei dem Vertragsgegenstand um das wesentliche Vermögen handle und er mit dem Vertrag einverstanden sei. Für die Annahme eines entsprechenden Erklärungsbewusstseins genüge somit auch ein bloßes vertragsförderndes Handeln bzw. Unterlassen wie z. B. die Entgegennahme der Gegenleistung oder Anweisungen hinsichtlich dieser sowie generell die Nutznießung aus

den mit dem Vertrag begründeten Vorteilen. Derartige Handlungen seien hier zu bejahen. Jedenfalls habe das Familiengericht die Ehefrau des Antragstellers als Zeugin vernehmen müssen, um Klarheit über den Erklärungswert und das Erklärungsbewusstsein zu erhalten. Schließlich habe die Ehefrau des Antragstellers den Vertragsschluss auch in der Folgezeit dadurch genehmigt, dass sie Rechtshandlungen des Antragstellers wegen angeblicher Nichterfüllung des Erbteilskaufvertrags gebilligt habe. Wegen der weiteren Einzelheiten des Beschwerdevorbringens wird auf den Schriftsatz vom 7.4.2015 verwiesen.

(...)

Aus den Gründen:

## II.

Die (...) Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Das Familiengericht hat den notariellen Erbteilskaufvertrag zutreffend aufgrund fehlender Zustimmung nach §§ 1365 f. BGB als unwirksam angesehen.

Unstreitig handelte es sich bei dem Vertragsgegenstand um den einzigen Vermögensgegenstand des Antragstellers. Dies war dem Antragsgegner auch bekannt. Er wusste, dass der Antragsteller von Leistungen nach SGB II lebt. Ebenfalls außer Streit steht, dass die Ehefrau des Antragstellers dem Vertrag nicht ausdrücklich zugestimmt hat. Mit zutreffender Begründung hat das Familiengericht hier schließlich eine konkludente Einwilligung oder Genehmigung mangels entsprechenden Erklärungsbewusstseins verneint. In einem weiteren Schritt hat es ebenfalls in nicht zu beanstandender Weise einen Sorgfaltspflichtverstoß der Ehefrau ausgeschlossen.

Das von der Beschwerde aufgezeigte Verhalten der Ehefrau im Zusammenhang mit dem Abschluss und mit der Durchführung des Erbteilskaufvertrags lässt den Schluss auf eine Zustimmung nach §§ 1365 f. BGB nicht zu. Zwar liegt eine Zustimmung in jedem Verhalten, aus dem der Wille zu erschließen ist, dem Ehegatten den wirksamen Abschluss des zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfts zu gestatten. Erforderlich ist dabei aber stets, dass mit Erklärungsbewusstsein gehandelt wird. Das wiederum setzt voraus, dass der zustimmungspflichtige Ehegatte auch weiß, dass er zu einer rechtlich bedeutsamen Entscheidung berufen ist. Er muss sich also der Entscheidungssituation – nämlich der Unwirksamkeit des Vertrag ohne seine Zustimmung und damit seiner Rechtsmacht, den Vertrag verhindern zu können – bewusst sein (vgl. BGH, NJW 1951, 796, und MünchKomm-BGB/Koch, 6. Aufl. 2013, § 1365 Rdnr. 86, sowie MünchKomm-BGB/Bayreuther, a. a. O., § 182 Rdnr. 11, und Palandt/Ellenberger, 74. Aufl. 2015, § 133 Rdnr. 11). Die von der Beschwerde vorgelegte Einbindung der Ehefrau des Antragstellers in die Vertragsverhandlungen sowie die Vertragsdurchführung genügt hierfür ebenso wenig wie die aufgezeigte Nutzung der Vorteile aus dem Erbteilskaufvertrag oder die Billigung der gerichtlichen Geltendmachung von Rechten aus dem Vertrag. Hieraus lässt sich zwar durchaus ableiten, dass die Ehefrau des Antragstellers den Vertrag befürwortet hat. Auf eine Kenntnis ihrer Rechtsmacht, den Vertrag verhindern zu können, und damit das nach §§ 1365 f. BGB erforderliche Erklärungsbewusstsein, kann daraus jedoch infolge nicht erkennbarer Rechtskundigkeit noch nicht geschlossen werden.

Das Familiengericht hat hier auch nicht die Darlegungs- und Beweislast verkannt. Diese trägt im Rahmen von §§ 1365 f. BGB zwar derjenige, der sich auf die Unwirksamkeit des Vertrags beruft (vgl. Palandt/Brudermüller, § 1365 Rdnr. 23). Das ist vorliegend der Antragsteller. Da es sich bei dem fehlenden Erklärungsbewusstsein jedoch um eine sog. negative Tatsache handelt, hat das Familiengericht zu Recht dem Antragsgegner

zunächst eine sekundäre Darlegungslast auferlegt. Dieser muss also Tatsachen vorbringen, aus denen sich ein entsprechendes Erklärungsbewusstsein ergeben soll. Erst dann oblag es hier dem Antragsteller, diese auszuräumen. Nachdem der Antragsgegner seiner sekundären Darlegungslast aus den o. g. Gründen nicht nachgekommen ist, war somit auch nicht die Ehefrau des Antragstellers als Zeugin zu vernehmen.

Nach der Rechtsprechung des BGH liegt allerdings eine Willenserklärung auch trotz fehlenden Erklärungsbewusstseins vor, wenn der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Äußerung nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte, und der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat. Hierfür müsste der Ehefrau des Antragstellers also der Vorwurf gemacht werden können, dass sie zumindest hätte erkennen können, dass ihr Verhalten im Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss und dessen Durchführung gerade als Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft im Sinne des §§ 1365 f. BGB ausgelegt werden könnte. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die Ehefrau des Antragstellers wusste bzw. hätte wissen müssen, dass der Erbteilskaufvertrag noch nicht vollgültig war und sie die Rechtsmacht besaß, den Vertrag zu verhindern zu können (vgl. BGH, NJW 2010, 861, 862, und MünchKomm-BGB/Bayreuther, § 182 Rdnr. 11). Auch diese Voraussetzung hat das Familiengericht zutreffend verneint. Eine solche Kenntnis bzw. eine in diese Richtung gehende Belehrung gegenüber den Vertragsparteien hätte man ggf. von den beiden an dem Erbteilskaufvertrag beteiligten Notaren erwarten können. Gleiches gilt jedoch nicht von der Ehefrau des Antragstellers, nachdem für eine entsprechende Rechtskundigkeit dieser keine Anhaltspunkte bestehen. Unabhängig davon fehlt es aber auch an der weiteren Voraussetzung, nämlich dass der Antragsgegner das Verhalten der Ehefrau des Antragstellers als Zustimmung nach §§ 1365 f. BGB verstanden hat. Denn ihm war das Zustimmungserfordernis augenscheinlich ebenfalls nicht bekannt. Somit kann dahinstehen, ob eine konkludente Einwilligung der Ehefrau des Antragstellers schon an dem Formerfordernis des § 29 GBO scheitern würde.

Danach ist das Familiengericht zutreffend von einer Unrichtigkeit des Grundbuchs und folglich einem Anspruch auf Zustimmung zur Berichtigung ausgegangen. Den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung bzw. der treuwidrigen Berufung auf die fehlende Zustimmung verfolgt die Beschwerde nicht weiter. Somit war das Rechtsmittel mit der Kostenfolge nach § 113 Abs. 1 FamFG, § 97 ZPO zurückzuweisen.

(...)

9. BGB § 2270 Abs. 1, § 2271 Abs. 1 und 2 Satz 1 Hs. 1, § 2285 (*Anfechtung wechselbezoglicher Verfügungen eines erstverstorbenen Ehegatten durch einen Dritten*)

**Bei der Anfechtung wechselbezoglicher Verfügungen eines erstverstorbenen Ehegatten durch einen Dritten ist ein Ausschluss der Anfechtung gemäß § 2285 BGB analog zu beachten.**

OLG Stuttgart, Urteil vom 19.3.2015, 19 U 134/14

### Hinweis der Schriftleitung:

Dieses Urteil wurde durch die Revisionsentscheidung des BGH, MittBayNot 2016, 524 (in diesem Heft), aufgehoben.

Die Klägerin begehrt die Feststellung ihrer Alleinerbenstellung nach dem Tod ihrer am ... 2012 verstorbenen Mutter.

Die Klägerin und die Beklagte sind die beiden leiblichen Kinder des Ehepaars ... und .... Die Eltern der Parteien errichteten am 7.4.1977 ein gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig als Alleinerben einsetzten. Erbin des zuletzt versterbenden Ehegatten sollte ihre gemeinsame Tochter..., somit die – damals 14-jährige – Klägerin, sein. In dem Testament bestimmten die Eheleute außerdem dass ihre gemeinsame Tochter die – damals 21-jährige – Beklagte, enterbt und dieser der ihr zustehende Pflichtteil abgesprochen wird; dieser sollte ganz der Klägerin zufallen.

Am 27.7.1985 verfasste der Vater der Parteien noch ein Einzeltestament. In diesem verfügte er lediglich die Einsetzung seiner Ehefrau zur Alleinerbin. Am 21.11.1995 verstarb der Vater der Parteien. Der Eröffnungsniederschrift vom 25.4.1996 des Nachlassgerichts in der Nachlasssache des verstorbenen Vaters der Parteien ist zu entnehmen, dass diesem – nur – das von der Witwe des Erblassers, der Mutter der Parteien, abgelieferte Testament des Erblassers vom 27.7.1985 vorlag.

Am 22.1.2012 verstarb auch die Mutter der Parteien. Das Nachlassgericht erteilte am 28.2.2012 einen Erbschein, nach dem die Mutter der Parteien, unter Zugrundelegung der gesetzlichen Erbfolge, von diesen je zur Hälfte beerbt wurde.

Nachdem die Klägerin am 15.7.2013 im Tresor des, von der Beklagten bewohnten, Elternhauses das Testament vom 7.4.1977 aufgefunden hatte, lieferte sie dieses am darauf folgenden Tag beim Nachlassgericht ab und beantragte die Erteilung eines Erbscheins als Alleinerbin nach dem Tod ihrer Mutter. Mit Schreiben vom 17.7.2013 forderte der Klägervorteiler den Beklagtenvertreter auf, die Alleinerbenstellung der Klägerin anzuerkennen. Daraufhin erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 27.7.2013 gegenüber dem Nachlassgericht die Anfechtung des Testaments vom 7.4.1977 wegen Motivirrtums ihrer Eltern. Diese hätten zum damaligen Zeitpunkt eine große Wut auf sie gehabt, weil sie deren Wunsch, Medizin zu studieren, nicht entsprechen und stattdessen Sozialpädagogik studiert habe. Außerdem habe sie ihre Eltern damals gerichtlich auf Unterhalt in Anspruch genommen und diesen Unterhaltsprozess, sehr zum Missfallen ihrer Eltern, gewonnen. Bereits ca. ein Jahr später hätten sich ihre Eltern jedoch wieder mit ihr versöhnt.

Das Nachlassgericht beschloss am 14.8.2013, dass der Klägerin ein Erbschein mit Erbteil 1/1 erteilt werden soll. Die sofortige Wirksamkeit des Beschlusses wurde ausgesetzt und die Erteilung des Zeugnisses bis zur Rechtskraft des Beschlusses zurückgestellt, da dieser dem Willen der Beklagten widersprochen hätte. Auf die Beschwerde der Beklagten vom ... 2013 hob das OLG Stuttgart mit Beschluss vom 5.11.2013 (Az.: 8 W 330/13) den Beschluss des Nachlassgerichts auf und wies den Antrag der Klägerin auf Erteilung eines Alleinerbscheins zurück.

(...)

Das LG hat der Klage stattgegeben und festgestellt, dass die Klägerin alleinige Erbin der am 22.1.2012 verstorbenen Mutter der Parteien geworden ist. Die Klägerin sei aufgrund des gemeinschaftlichen Ehegattentestamentes ihrer Eltern vom 7.4.1977 alleinige Schlussrbin nach ihrer Mutter geworden. Die Beklagte habe dieses Testament mit der von ihr erklärten Anfechtung, die sich gegen das gemeinschaftliche Testament als Ganzes gerichtet habe, nicht beseitigen können. Zu Lebzeiten der Eheleute sei das Testament von diesen weder gemeinsam aufgehoben noch wirksam widerrufen worden. Ein nach dem Tod ihres Ehemannes der Mutter der Parteien bei Vorliegen eines Motivirrtums zustehendes Anfechtungsrecht hinsichtlich ihrer wechselbezüglichen Verfügungen sei von dieser nicht ausgeübt worden und damit zum Zeitpunkt ihres Todes verfristet gewesen, da sich nach der Darstellung der Beklagten ihr Verhältnis zu ihren Eltern bereits kurz nach Abfassung des Testaments deutlich gebessert habe. Damit habe auch die Beklagte die letztwillige Verfügung ihrer Mutter nicht mehr anfechten können. Die Beklagte habe aber auch die im gemeinschaftlichen Testament enthaltenen wechselbezüglichen letztwilligen Verfügungen ihres Vaters nicht anfechten können, da das Anfechtungsrecht auch insoweit, entgegen der überwiegenden Rechtsauffassung in der Literatur, in analoger Anwendung des § 2285 BGB ausgeschlossen gewesen sei. Daher müsse nicht geklärt werden, ob sich der Vater der Parteien bei Abfassung des Testaments am 7.4.1977 in einem beachtlichen Motivirrtum befunden habe.

(...)

Die Beklagte ist der Ansicht, das LG habe der Klage zu Unrecht stattgegeben. So habe ihre Mutter durch Abgabe des Testaments vom 27.7.1985 beim Nachlassgericht konkludent die eigenen wechsel-

bezüglichen Verfügungen in dem gemeinschaftlichen Ehegattentestament vom 7.4.1977 angefochten. Außerdem habe ihr Vater durch Errichtung des Testaments vom 27.7.1985 zum Ausdruck gebracht, dass er sich an seinen letztwilligen Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament vom 7.4.1977 nicht mehr festhalten lassen möchte. Wenn ihr Vater an den Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament hätte festhalten wollen, hätte es nämlich einer weiteren letztwilligen Verfügung nicht bedurft. In der Verbringung des Testaments ihres Vaters vom 27.7.1985 zum Nachlassgericht durch ihre Mutter könne eine Anfechtung ihres Vaters selbst gesehen werden. Jedfalls seien die letztwilligen Verfügungen ihres Vaters im gemeinschaftlichen Ehegattentestament vom 7.4.1977 durch die von ihr erklärte Anfechtung erloschen, sodass auch die letztwilligen Verfügungen ihrer Mutter unwirksam geworden seien. Denn nach herrschender Meinung und entgegen der Auffassung des Einzelrichters komme ein Ausschluss der Anfechtung analog § 2285 BGB im hier vorliegenden Fall der Anfechtung einer wechselbezüglichen Verfügung des vorverstorbenen Ehegatten nicht in Betracht. Ihre Eltern hätten sich bei Erstellung des Testaments in einem Motivirrtum befunden, der darin gelegen habe, dass diese irrig davon ausgegangen seien, dass sich die Beziehung zu ihr nicht verbessern werde.

(...)

*Aus den Gründen:*

## II.

Die (...) Berufung ist zulässig; in der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg. Das LG hat zu Recht und mit zutreffenden Gründen der Klage stattgegeben. Das Vorbringen der Berufung rechtfertigt keine Abänderung der Entscheidung.

Da die Klägerin nach dem Tod der Mutter der Parteien deren Alleinerbin geworden ist, hat sie Anspruch auf die mit ihrer Klage beantragte Feststellung. Das gemeinschaftliche Testament der Eltern der Parteien vom 7.4.1977 ist wirksam. Es wurde von diesen wirksam errichtet und in der Folgezeit weder wirksam widerrufen noch wirksam angefochten.

1. Die Eltern der Parteien haben am 7.4.1977 ein wirksames gemeinschaftliches Testament errichtet.

a) Bereits dem Wortlaut dieses Testaments der Ehegatten, die ausweislich der Eröffnungsniederschrift des Nachlassgerichts in der Nachlasssache des verstorbenen Vaters der Parteien vom 25.4.1996 im Güterstand der Gütertrennung lebten, ist zu entnehmen, dass von diesen eine Voll- und Schlussrbinfolge (des überlebenden Ehegatten und anschließend der Tochter ...) gewollt war. Ein Rückgriff auf die Auslegungsregel des § 2269 Abs. 1 BGB ist daher nicht erforderlich.

b) Sowohl die Verfügungen der gegenseitigen Alleinerben-Einsetzung der Ehegatten als auch die Verfügungen der Schlussrbin-Einsetzung der gemeinsamen Tochter ... waren wechselbezüglich im Sinne des § 2270 Abs. 1 BGB.

aa) Wechselbezüglich sind gemäß § 2270 Abs. 1 BGB diejenigen Verfügungen, die ein Ehegatte nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen hätte, wenn also nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die eine Verfügung mit der anderen stehen und fallen soll (*Palandt/Weidlich*, 74. Aufl., § 2270 Rdnr. 1).

bb) Die Ehegatten haben sich gegenseitig als Alleinerben eingesetzt. Bei dieser Konstellation spricht auch die Vermutung des § 2270 Abs. 2 Alt. 1 BGB für die Wechselbezüglichkeit dieser Verfügungen.

Die Ehegatten haben darüber hinaus ihre gemeinsame Tochter ..., die Klägerin, als Schlussrbin des zuletzt sterbenden Ehegatten bestimmt. Auch insoweit ist von einer Wechselbezüglichkeit dieser Verfügungen der Ehegatten auszugehen, da offensichtlich beiden Ehegatten gerade an dieser Regelung gelegen war und ein Ausschluss der Tochter ... als Erbin sichergestellt werden sollte.

Anders wäre der Fall gelegen, wenn die Eheleute ihre beiden gemeinsamen Kinder, die Klägerin und die Beklagte, als Schlusserbinnen eingesetzt hätten. In diesem Fall wäre insoweit nicht von wechselbezüglichen Verfügungen hinsichtlich dieser Schlusserbeneinsetzung auszugehen, da es grundsätzlich der Lebenserfahrung widerspricht, dass Eltern ihre Kinder nur mit Rücksicht auf die Verfügung des anderen einsetzen (*Palandt/Weidlich*, 74. Aufl., § 2270 Rdnr. 5 m. w. N.). In einem solchen Fall wäre jedoch eine Wechselbezüglichkeit zwischen der Einsetzung des Ehegatten als Alleinerben einerseits und der Kinder als Schlusserben andererseits anzunehmen, um den etwaigen Wunsch zu berücksichtigen, die beim ersten Erbfall ererbten Kinder am gemeinsamen Vermögen teilhaben zu lassen (vgl. MünchKomm-BGB/*Musielak*, 6. Aufl., § 2270, Rdnr. 12).

2. Die Eltern der Parteien haben weder gemeinsam ihre beiden wechselbezüglichen Verfügungen der Schlusserbeneinsetzung der Tochter ... widerrufen noch hat ein Ehegatte allein seine wechselbezügliche Verfügung der Schlusserbeneinsetzung der Tochter ... widerrufen; letzteres hätte zur Folge gehabt, dass auch die vom anderen Ehegatten verfügte Schlusserbeneinsetzung gemäß § 2270 Abs. 1 BGB unwirksam geworden wäre.

a) Ein gemeinsamer Widerruf der Verfügungen der Schlusserbeneinsetzung – durch ein neues gemeinschaftliches Testament, durch Erbvertrag oder durch Vernichtung der Testamentsurkunde (vgl. MünchKomm-BGB/*Musielak*, 6. Aufl., § 2271 Rdnr. 3, 5) – erfolgte nicht.

b) Auch ein wirksamer einseitiger Widerruf seiner wechselbezüglichen Verfügung seitens des Vaters der Parteien durch dessen Einzeltestament vom 27.7.1985 liegt nicht vor, vgl. § 2271 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Denn der Widerruf einer wechselbezüglichen Verfügung ist gemäß den § 2271 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 2296 Abs. 2 Satz 2 BGB an eine bestimmte Form gebunden. So bedarf die gegenüber dem anderen Ehegatten empfangsbedürftige Erklärung des einseitigen Widerrufs einer wechselbezüglichen Verfügung der notariellen Beurkundung. Diese Form ist im vorliegenden Fall unstreitig nicht eingehalten.

Selbst wenn der Vater der Parteien insoweit einem Irrtum über die erforderliche Form des ihm jederzeit möglichen Widerrufs erlegen wäre, wäre dieser Irrtum unbeachtlich (vgl. BayObLG, Beschluss vom 1.4.2004, 1Z BR 57/03, FamRZ 2004, 1996).

In diesem Zusammenhang sei noch darauf hingewiesen, dass, anders als die Beklagte meint, in dem Einzeltestament des Vaters der Parteien und der darin – nur noch – enthaltenen gegenseitigen Erbeinsetzung der Eheleute unter Weglassung der Schlusserbeneinsetzung der Tochter ... nicht eindeutig der Widerruf der Schlusserbeneinsetzung gesehen werden kann. So entschied das BayObLG mit Beschluss vom 7.1.1991 (BReg 1 a Z 68/89, FamRZ 1991, 866), dass dann, wenn in einem späteren gemeinschaftlichen Testament nur die gegenseitige Erbeinsetzung wiederholt wird, nicht aber auch die Bestimmung über die Schlusserbfolge, darin nicht eindeutig deren Widerruf liege, wenn das Testament sonst keine Erklärungen enthalte. Ein Wille der Ehegatten, die Erbfolge ohne Schlusserbeneinsetzung regeln zu wollen, könne dann nur im Wege der Testamentsauslegung festgestellt werden.

c) Für einen Widerruf der in Rede stehenden wechselbezüglichen Verfügung der Mutter der Parteien durch diese zu Lebzeiten ihres Ehemannes gibt es keinerlei Anhaltspunkte. Mit dem Tod ihres Ehegatten ist ihr Recht zum Widerruf gemäß § 2271 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 BGB erloschen.

3. Die Mutter der Parteien hat nach dem Tod ihres Ehemannes die wechselbezüglichen Verfügungen der Schlusserbeneinsetzung der Tochter ... nicht wirksam angefochten.

a) Solange beide Ehegatten lebten, war für die Mutter der Parteien die Anfechtung des gemeinschaftlichen Testamentes oder darin enthaltener einzelner Verfügungen ausgeschlossen. Hintergrund ist, dass für Ehegatten kein Bedürfnis für ein Anfechtungsrecht besteht, weil jeder seine Verfügungen noch frei widerrufen kann (*Palandt/Weidlich*, 74. Aufl., § 2271 Rdnr. 27).

b) Nach dem Tod ihres Ehegatten hätte die Mutter der Parteien die in Rede stehende wechselbezügliche Verfügung ihres Ehemannes bei Vorliegen der Voraussetzungen nach § 2078 BGB in der Form des § 2081 BGB anfechten können. Die Erklärung hätte binnen Jahresfrist ab Kenntnis des Anfechtungsgrundes erfolgen müssen (§ 2082 BGB), wobei die Frist frühestens mit dem Tod ihres Ehemannes zu laufen begann.

Eine wirksame Anfechtung erfolgte jedoch seitens der Mutter der Parteien nicht.

Die Anfechtungsfrist begann mit dem Tod des Ehemannes am 21.11.1995 zu laufen, da zum damaligen Zeitpunkt, den Vortrag der Beklagten unterstellt, der mögliche Anfechtungsgrund der Mutter der Parteien bekannt war, nachdem sich die Eltern mit der Beklagten bereits im Jahr 1978 wieder versöhnt haben sollen und seither ein gutes Verhältnis pflegten. Die Anfechtungsfrist lief am 21.11.1996 ab.

Die Mutter der Parteien hätte die Anfechtungserklärung innerhalb dieser Frist schriftlich oder zur Niederschrift der Geschäftsstelle des zuständigen Nachlassgerichts (Art. 111 FGG-RG i. V. m. § 11 FGG a. F.) abgeben müssen. Inhaltlich wäre zumindest die eindeutige Kundgabe des Anfechtungswillens erforderlich gewesen, wobei es genügt hätte, wenn im Wege der Auslegung zu erkennen gewesen wäre, dass die Erklärung auf die Rechtsfolge einer Anfechtung hinzielt und welche Verfügungen betroffen sein sollen (*Palandt/Weidlich*, 74. Aufl., § 2081 Rdnr. 2). Das Nachlassgericht hätte dann der Beklagten die Anfechtung gemäß § 2081 Abs. 2 BGB mitgeteilt.

Eine solche Anfechtungserklärung der Mutter der Parteien hat es nicht gegeben. Diese kann auch, mangels eindeutiger Kundgabe des Anfechtungswillens, nicht darin gesehen werden, dass die Mutter der Parteien nach dem Tod ihres Ehemannes (und innerhalb der Anfechtungsfrist) – nur – dessen Einzeltestament vom 27.7.1985 beim zuständigen Nachlassgericht abgegeben hat, das, wie ausgeführt, nur ihre Einsetzung als Alleinerbin und nicht erneut eine Schlusserbeneinsetzung der Klägerin enthielt.

c) Die Mutter der Parteien hat auch ihre eigene wechselbezügliche Verfügung der Schlusserbeneinsetzung der Tochter ... nicht wirksam angefochten.

Auf eine solche Anfechtung sind die §§ 2281 ff. BGB analog mit § 2078 BGB anwendbar. Denn eigene wechselbezügliche Verfügungen, die nach dem Tod des Ehegatten bindend geworden sind, kann der Überlebende in gleicher Weise anfechten wie der Erblasser die vertragsmäßigen Verfügungen in einem Erbvertrag. Die entsprechende Anwendung der für den Erbvertrag geltenden Anfechtungsregeln rechtfertigt sich wegen der vergleichbaren Interessenlage (MünchKomm-BGB/*Musielak*, 6. Aufl., § 2271 Rdnr. 36 m. w. N.).

Die Anfechtungserklärung, die, den Vortrag der Beklagten unterstellt, gemäß § 2283 BGB analog binnen eines Jahres nach dem Tod des Ehemannes hätte erklärt werden müssen,

wäre gemäß § 2281 Abs. 2 Satz 1 BGB analog gegenüber dem Nachlassgericht zu erklären gewesen und hätte gemäß § 2282 Abs. 3 BGB analog der notariellen Beurkundung bedurft.

Diese Voraussetzungen lagen unstreitig nicht vor. Eine (konkludente) Anfechtung ihrer eigenen wechselbezüglichen Verfügung der Schlusserbeneinsetzung der Tochter durch die Abgabe des Einzeltestamentes ihres Ehemannes vom 27.7.1985 beim Nachlassgericht, wie von der Beklagten vorgetragen, war bereits mangels Einhaltung der erforderlichen Form der Anfechtungserklärung nicht wirksam möglich.

4. Auch die Beklagte hat die wechselbezüglichen Verfügungen der Schlusserbeneinsetzung im gemeinschaftlichen Testament ihrer Eltern vom 7.4.1977 nicht wirksam angefochten.

Soweit die Beklagte nach dem Auffinden des gemeinschaftlichen Testamentes der Eltern vom 7.4.1977 durch die Klägerin am 15.7.2013 und einer entsprechenden Aufforderung vom 17.7.2013 an sie, die Alleinerbschaft der Klägerin nach dem Tod der Mutter anzuerkennen, mit Schreiben vom 27.7.2013 und 26.8.2013 gegenüber dem Nachlassgericht die Anfechtung „des Testamentes“ wegen Motivirrtums der Eltern bei dessen Abfassung erklärt hat, ist die Anfechtung des gesamten Testamentes und damit auch der gegenseitigen Alleinerbeneinsetzung der Eltern der Parteien weder erforderlich, um das von der Beklagten verfolgte Ziel, hälftige Miterbin zu werden, zu erreichen, noch ist insoweit ein Anfechtungsgrund vorgetragen bzw. ersichtlich (zur Wirkung der Anfechtung vgl. MünchKomm-BGB/Musielak, 6. Aufl., § 2271 Rdnr. 45, 46).

Es ist daher allein darauf abzustellen, ob die wechselbezüglichen Verfügungen der Eltern der Parteien, die Schlusserbeneinsetzung der Klägerin (und damit die gleichzeitige Enterbung der Beklagten), wirksam von der Beklagten angefochten wurde.

a) Die entsprechende wechselbezügliche Verfügung der Mutter der Parteien konnte die Beklagte bereits deshalb nicht wirksam anfechten, da die Mutter schon vor ihrem Tod das Recht zur Anfechtung wegen Fristablaufs verloren hatte.

Grundsätzlich hätte die Beklagte als Dritte die wechselbezügliche Verfügung der länger lebenden Mutter zwar nicht schon zu deren Lebzeiten anfechten können, wohl aber nach deren Tod gemäß § 2078 BGB unter der Voraussetzung, dass ihr die Aufhebung der wechselbezüglichen Verfügung unmittelbar zugutegekommen wäre. Dies wäre hier der Fall.

Jedoch ist das Anfechtungsrecht der Beklagten als Dritte bei wechselbezüglichen Verfügungen des letztverstorbenen Ehegatten nach herrschender Meinung analog § 2285 BGB eingeschränkt. Es besteht nicht, wenn der zuletzt verstorbene Ehegatte vor seinem Tod das Recht zur Selbstanfechtung der betreffenden wechselbezüglichen Verfügung bereits durch Fristablauf (§ 2283 BGB) verloren hatte (vgl. *Palandt/Weidlich*, 74. Aufl., § 2271 Rdnr. 32 m. w. N.).

Im vorliegenden Fall begann die Anfechtungsfrist des § 2283 BGB von einem Jahr für die Mutter der Parteien hinsichtlich ihrer eigenen wechselbezüglichen Verfügung der Schlusserbeneinsetzung der Tochter ... mit dem Zeitpunkt zu laufen, in welchem sie von dem Anfechtungsgrund zuverlässig Kenntnis erlangt hatte, jedoch nicht vor dem Tod ihres Ehemannes. Damit begann die Anfechtungsfrist mit dem Tod des Vaters der Parteien am 21.11.1995 zu laufen, da zu diesem Zeitpunkt, den Vortrag der Beklagten unterstellt, die Mutter der Parteien von dem von der Beklagten behaupteten Motivirrtum zuverlässig Kenntnis hatte. Die Frist lief am 21.11.1996 ab, sodass die Beklagte gemäß § 2285 BGB analog die wechsel-

bezügliche Verfügung ihrer Mutter mit der Anfechtungserklärung vom 27.7.2013 nicht mehr wirksam anfechten konnte.

b) Die Beklagte konnte auch die wechselbezügliche Verfügung ihres Vaters hinsichtlich der Schlusserbeneinsetzung nicht wirksam gemäß § 2078 Abs. 2 Alt. 1 BGB wegen Motivirrtums anfechten. Ein solches Anfechtungsrecht der Beklagten war, wovon auch das LG zutreffend ausging, ebenfalls gemäß § 2285 BGB analog ausgeschlossen. Den Fragen, ob der von der Beklagten behauptete und von der Klägerin bestrittene Motivirrtum des Vaters zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung überhaupt vorlag, und ob der Vater der Parteien ggf. einen Widerruf seiner wechselbezüglichen Verfügung trotz Erkennens des Motivirrtums bewusst unterließ, braucht daher nicht nachgegangen zu werden.

aa) Zwar kommt nach der überwiegend in der Literatur vertretenen Auffassung bei der Anfechtung wechselbezüglicher Verfügungen des erstverstorbenen Ehegatten durch einen Dritten ein Ausschluss der Anfechtung analog § 2285 BGB nicht in Betracht. Vielmehr sollen die Verfügungen des erstverstorbenen Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament von Dritten nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 2078 ff. BGB angefochten werden können. Dies wird damit begründet, dass § 2285 BGB von einem Anfechtungsrecht des Erblassers ausgeht, dieser aber wegen seines – vorrangigen – Widerrufsrechts überhaupt nicht anfechten konnte (vgl. *Palandt/Weidlich*, 74. Aufl., § 2271 Rdnr. 31; *MünchKomm-BGB/Musielak*, 6. Aufl., § 2271 Rdnr. 43; *BeckOK-BGB/Litzenburger*, § 2271 Rdnr. 39; *Stürmer/Jauernig*, BGB, 15. Aufl., § 2271 Rdnr. 12).

bb) Jedoch ist diese Auffassung, wie der vorliegende Fall zeigt, nicht interessengerecht.

Denn der vorverstorbene Vater der Parteien hat seine wechselbezügliche Verfügung der Schlusserbeneinsetzung der Tochter ..., unterstellt bei ihm hätte bei Abfassung des gemeinschaftlichen Testamentes der von der Beklagten behauptete Motivirrtum vorgelegen, trotz Kenntnis des „Anfechtungsgrundes“ nicht formgerecht widerrufen. Dies, obwohl nach dem Vortrag der Beklagten sich ihre Eltern bereits im Jahr 1978 und somit nur kurze Zeit nach Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments, wieder mit ihr versöhnt hätten.

Würde man der in der Literatur vertretenen Auffassung folgen, würde man der Beklagten als Dritten ein Recht einräumen, das in seiner Ausübung zum Nachteil des überlebenden Ehegatten zu dem gleichen Ergebnis führen würde wie das Recht zum Widerruf, von dem der vorverstorbene Vater der Parteien trotz Kenntnis des „Anfechtungsgrundes“ keinen Gebrauch gemacht hatte (vgl. auch LG Karlsruhe, Beschluss vom 14.2.1958, 7 T 91/57, NJW 1958, 714). Hätte der Vater der Parteien zu seinen Lebzeiten seine wechselbezügliche Verfügung mit empfangsbedürftiger, notariell beurkundeter Erklärung gemäß den § 2271 Abs. 1 Satz 1, § 2296 Abs. 2 BGB widerrufen, wäre die Mutter der Parteien in die Lage versetzt worden, auf den einseitigen Widerruf der gemeinsamen Erklärung durch eine eigene letztwillige Verfügung angemessen zu reagieren. Wenn man nun der Beklagten nach dem Tod ihrer Eltern ein Anfechtungsrecht nach § 2078 Abs. 2 BGB hinsichtlich der wechselbezüglichen Verfügung ihres zuerst verstorbenen Vaters zubilligen würde, würde man die durch § 2271 Abs. 1 BGB geschützten Interessen der Mutter der Parteien verletzen (vgl. auch BayObLG, Beschluss vom 12.8.2003, 1 Z BR 35/03, FamRZ 2004, 1068).

Eine analoge Anwendung des § 2285 BGB und damit, bei Vorliegen der Voraussetzungen, ein Ausschluss des Anfechtungsrechts des Dritten nach dem Tod des letztverstorbenen

Ehegatten hinsichtlich der Verfügungen des erstverstorbenen Ehegatten ist nicht nur dann interessengerecht, wenn der Irrtum allein in der Sphäre des erstverstorbenen Ehegatten liegt, sondern – wie im vorliegenden Fall – auch dann, wenn sich der letztverstorbenen Ehegatte bei Abfassung des gemeinschaftlichen Testamentes in demselben Irrtum wie sein erstverstorbenen Ehegatte befunden hat, diesen später bemerkt und seine entsprechend irrumsbehaftete wechselbezügliche Verfügung gleichwohl weder zu Lebzeiten des anderen Ehegatten widerrufen noch nach dessen Tod innerhalb der Anfechtungsfrist angefochten hat. Denn hinsichtlich der wechselbezüglichen Verfügung der Mutter steht der Beklagten als Dritter analog § 2285 BGB unstreitig kein Anfechtungsrecht zu. Dieser Schutz der Mutter würde ausgehöhlt, wenn man der Beklagten als Dritter hinsichtlich der entsprechenden wechselbezüglichen Verfügung des Vaters ein Anfechtungsrecht zubilligen würde, ohne dass die Mutter der Parteien mit einer eigenen letztwilligen Verfügung hierauf hätte reagieren können.

Soweit die Beklagte gegen diese Argumentation im erstinstanzlichen Urteil des LG in der Berufung vorgebracht hat, dass ihre Mutter dadurch, dass sie nach dem Tod ihres Ehemannes das gemeinschaftliche Testament vom 7.4.1977 nicht zum Nachlassgericht verbracht und damit klar zum Ausdruck gebracht habe, dass sie sich nicht an den darin befindlichen Verfügungen festhalten lassen wolle, überzeugen diese Ausführungen nicht. Denn selbst dann, wenn beide Ehegatten gemeinsam ein weiteres gemeinschaftliches Testament mit dem Inhalt des Einzeltestamentes des Vaters der Parteien vom 27.7.1985 errichtet hätten, wäre, wie oben ausgeführt, gerade nicht von einem „klaren“ Widerruf der Schlusserbeneinsetzung auszugehen.

cc) Soweit die Beklagte im Übrigen vermutet, dass ihre Eltern schlicht vergessen hätten, dass sie ihr gemeinschaftliches Testament wieder ändern wollten, trägt sie dafür die Darlegungs- und Beweislast und kann dieser nicht genügen.

Im Gegenteil hält der Senat dafür, dass die Eltern durch die Beibehaltung des Testamentes eine Bestätigung im Sinne des § 141 Abs. 1 BGB (*Staudinger/Otte*, § 2080 Rdnr. 24) vornahmen oder der behauptete Motivirrtum nicht kausal geworden ist (*Staudinger/Otte*, § 2078 Rdnr. 30).

Auch aus diesem Grund ist eine Anfechtung nicht möglich (vgl. MünchKomm-BGB/*Musielak*, 6. Aufl., § 2271 Rdnr. 38, 43).

### III.

(...)

Die Revision war gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO zuzulassen, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat. So ist die für den vorliegenden Rechtsstreit entscheidungserhebliche Rechtsfrage, ob bei einer Anfechtung von wechselbezüglichen Verfügungen des zuerst verstorbenen Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament durch einen Dritten ein Ausschluss der Anfechtung in entsprechender Anwendung des § 2285 BGB in Betracht kommt, bisher höchstrichterlich nicht geklärt und berührt das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts.

#### Anmerkung:

Die im gemeinschaftlichen Testament enterbte Tochter kommt zur Erbfolge nach der letztverstorbenen Mutter, wenn entweder (1) die Eltern selbst die Schlusserbeneinsetzung zu Lebzeiten widerrufen haben oder (2) sie selbst die durch die Mutter vorgenommene Schlusserbeneinsetzung anfechten kann

oder (3) sie eine zur Schlusserbeneinsetzung wechselbezügliche Verfügung des erstverstorbenen Vaters anfechten kann.

1. Ein Widerruf der Schlusserbeneinsetzung durch die Ehegatten ist nicht erfolgt. Die bloße Bestätigung der Erbinsetzung der Ehefrau durch den Ehemann sowie die Nichtablieferung des gemeinschaftlichen Testamentes durch die Ehefrau sind dafür, wie vom OLG zutreffend ausgeführt, nicht ausreichend.

2. Handelte es sich bei der Schlusserbeneinsetzung um eine einseitige Verfügung der länger lebenden Mutter, könnte diese von ihr zu ihren Lebzeiten jederzeit widerrufen werden. Nach ihrem Tod könnte diese Verfügung<sup>1</sup> durch die Tochter nach den allgemeinen Regeln der §§ 2078 ff. BGB angefochten werden.<sup>2</sup>

Sofern es sich bei dieser Schlusserbeneinsetzung jedoch um eine wechselbezügliche Verfügung handelt, wird diese mit dem Tod des Erstversterbenden und Ablauf der Ausschlagungsfrist (bzw. der ausdrücklichen Annahme der Erbschaft) bindend und kann einseitig durch den Längerlebenden nicht mehr geändert werden, § 2271 Abs. 2 BGB. Nach allgemeiner Meinung können wechselbezügliche Verfügungen analog §§ 2281 ff. BGB durch den Längerlebenden selbst angefochten werden, wenn kein Aufhebungsrecht nach § 2271 Abs. 2 Satz 2 BGB mehr besteht.<sup>3</sup> Begründet wird dies damit, dass anderenfalls wechselbezügliche Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament eine stärkere Bindungswirkung entfalten würden als vertragsmäßige Verfügungen in einem Erbvertrag.<sup>4</sup> Dieses Selbstanfechtungsrecht des länger lebenden Ehegatten wirkt sich auch auf das Anfechtungsrecht eines Dritten nach dem Tod beider Ehegatten aus. Auf die Anfechtung der Verfügungen des Längerlebenden durch einen Dritten findet nach allgemeiner Auffassung § 2285 BGB analog Anwendung;<sup>5</sup> das Anfechtungsrecht erlischt, wenn der Längerlebende zu Lebzeiten das Recht zur Selbstanfechtung (z. B. durch Fristablauf oder Bestätigung) verloren hat.<sup>6</sup>

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden gemeinschaftlichen Testament scheint eine ausdrückliche Bestimmung bezüglich der Wechselbezüglichkeit nicht enthalten zu sein. Nach der Auslegungsregelung des § 2270 Abs. 2 Alt. 2 Var. 1 BGB ist diese Verfügung, sofern nicht die vorrangige Auslegung zu einem anderen Ergebnis kommt, wechselbezüglich zu der Einsetzung der Ehefrau als Erbin durch den Ehemann. Als Anfechtungsgrund kommt nur ein Motivirrtum über das fortbestehend schlechte Verhältnis zur Tochter in Betracht. Da sich das Verhältnis schon kurz nach Errichtung des gemeinschaftlichen Testamentes gebessert hatte, begann die Anfechtungsfrist mit dem Tod des Ehemannes zu laufen und war ein Jahr nach dem Tod des erstverstorbenen Ehemannes bereits verstrichen, § 2283 Abs. 1 BGB analog. Damit war im Zeitpunkt des Todes der Mutter deren Anfechtungsrecht erlo-

<sup>1</sup> Zu beachten ist nämlich, dass nicht das Testament als solches, sondern immer nur eine einzelne Verfügung angefochten wird. Die Anfechtung des Testamentes durch die Tochter ist daher als Anfechtung der einzelnen Verfügungen ausulegen.

<sup>2</sup> *Palandt/Weidlich*, 75. Aufl. 2016, § 2271 Rdnr. 32; *Burandt/Rojahn/Braun*, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, § 2271 Rdnr. 74. Dabei ist zu beachten, dass zu Lebzeiten des Längerlebenden eine Anfechtung seiner Verfügungen durch Dritte ausgeschlossen ist.

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 4.7.1962, V ZR 206/60, NJW 1962,1913; MünchKomm-BGB/*Musielak*, 7. Aufl. 2016, § 2271 Rdnr. 36.

<sup>4</sup> NK-BGB/*Mießig*, 4. Aufl. 2014, § 2271 Rdnr. 82.

<sup>5</sup> BayObLG, Beschluss vom 28.2.1989, BReg. 1 a Z 33/88, NJW-RR 1989, 587, 588; *Palandt/Weidlich*, § 2271 Rdnr. 32.

<sup>6</sup> BeckOK-BGB/*Litzenburger*, 40. Edition, Stand 1.5.2016, § 2271 Rdnr. 40.

schen, sodass auch die übergangene Tochter als Dritte nach dem Tod diese Verfügung nicht mehr anfechten konnte.

3. Die Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit einer wechselbezüglichen Verfügung hat nach § 2270 Abs. 1 BGB auch die Unwirksamkeit der dazu wechselbezüglichen Verfügungen des anderen Ehegatten zur Folge, sofern nicht ausnahmsweise ein Fortgeltungswille besteht. Die Anfechtung einer Verfügung des Vaters kann daher auch zur Unwirksamkeit der Schlusserbeneinsetzung führen.

a) Die Anfechtung einer Verfügung des zuerst verstorbenen Vaters scheidet nicht bereits an § 2285 BGB. Dieser ist, wie vom BGH zutreffend ausgeführt, auf die Drittanfechtung einer Verfügung des Erstversterbenden nicht analog anwendbar.<sup>7</sup> Unabhängig von einer Regelungslücke fehlt es schlicht an der Vergleichbarkeit der Interessenlagen.

Beim Erbvertrag kann, sofern nicht ein freies Rücktrittsrecht vereinbart ist, sich zu Lebzeiten beider Vertragspartner einer von seinen Verfügungen nur lösen, wenn er diese anfecht, § 2281 BGB. Die Beseitigung der Verfügung setzt beim Erbvertrag neben einer aktiven Handlung des Erblassers also voraus, dass ein berechtigter Grund für die Loslösung bestand und dass das Lösungsrecht bei Ausübung nicht durch Zeitablauf erloschen ist. Auf dieser Situation baut § 2285 BGB auf. Sofern, aus welchem Grund auch immer, sich der Erstversterbende bei seinem Tod nicht mehr auf sein Lösungsrecht berufen kann, soll dies auch ein Dritter nicht dürfen. Der Dritte hat den Willen des Erstversterbenden bezüglich des Fortbestandes seiner Verfügung zu respektieren.

Anders ist die Situation beim gemeinschaftlichen Testament. Hier ist die Anfechtung einer eigenen Verfügung zu Lebzeiten beider Erblasser nicht möglich. Jeder Ehegatte ist vielmehr berechtigt, jederzeit den Widerruf einer wechselbezüglichen Verfügung zu erklären (§ 2271 BGB), eines Grundes und der Einhaltung einer Frist bedarf er hierfür nicht. Da dieses Widerrufsrecht unverzichtbar ist,<sup>8</sup> kann es zu Lebzeiten des Erstversterbenden nicht erlöschen und daher im Zeitpunkt seines Todes auch nicht erloschen sein. Der Wille des Erblassers kann hier „nur“ im Rahmen der Prüfung der Anfechtungsgründe berücksichtigt werden.

Auch der Schutz des länger lebenden Ehegatten erfordert keine analoge Anwendung des § 2285 BGB. Zum einen ist dieser vom Schutzzweck des § 2285 BGB nicht erfasst.<sup>9</sup> Zum anderen besteht, wie der BGH selbst zutreffend ausführt, kein allgemeiner Grundsatz, dass die Ehegatten auf den Bestand der eigenen wechselbezüglichen Verfügungen nach ihrem Tod vertrauen können.

b) Maßgeblich ist somit, ob eine irrtumsbehaftete Verfügung des Erstversterbenden vorliegt, die zu der Schlusserbeneinsetzung durch die Mutter wechselbezüglich ist. Die Wechselbezüglichkeit ist für jede einzelne Verfügung in einem gemeinschaftlichen Testament gesondert zu prüfen.<sup>10</sup> Sofern das Testament selbst keine eindeutige Aussage trifft, ist das Verhältnis durch Auslegung zu ermitteln; sofern auch die Auslegung kein eindeutiges Ergebnis liefert, kann auf die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB zurückgegriffen werden.<sup>11</sup>

Die Verfügung, durch die der Ehemann seine Frau zur Alleinerbin einsetzt, ist im Zweifel wechselbezüglich zur Schlusser-

ebeneinsetzung der Tochter durch die Ehefrau, § 2270 Abs. 2 Alt. 2 Var. 1 BGB. Diesbezüglich liegt jedoch ein Irrtum nicht vor. Der Ehemann wollte seine Ehefrau sicher unabhängig davon zur Erbin einsetzen, wer Schlusserbe nach dem Tod beider Ehegatten wird. Dies zeigt schon allein die Bestätigung in dem später erfolgten einseitigen Testament.

Es bleibt die Anfechtung der im gemeinschaftlichen Testament auch enthaltenen Schlusserbeneinsetzung des Ehemannes. Zwar ist diese durch sein Vorversterben gegenstandslos geworden, doch kann sie weiter angefochten werden. Wechselbezüglich war die Schlusserbeneinsetzung des Ehemannes im Zweifel (vgl. § 2270 Abs. 2 BGB) zur ebenfalls gegenstandslosen Erbinsetzung des Ehemannes durch die Ehefrau. Diese Wechselbezüglichkeit ist jedoch für das Ziel der Tochter, die Beseitigung der Schlusserbeneinsetzung der Ehefrau, ohne Bedeutung. Maßgeblich ist somit, ob die Schlusserbeneinsetzung des Ehemannes wechselbezüglich ist zur Schlusserbeneinsetzung durch die Ehefrau. Auf die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB kann hierbei nicht zurückgegriffen werden, da diese diesen Fall nicht betrifft. Das OLG Stuttgart geht, in Abweichung zu der bisher vorliegenden Rechtsprechung, davon aus, dass die beiden Schlusserbeneinsetzungen zueinander wechselbezüglich sind. Begründet wird dies damit, dass hier nicht sämtliche Kinder zu Schlusserben eingesetzt sind, sondern nur eines der Kinder. Diese Argumentation überzeugt nicht.<sup>12</sup> Die Wechselbezüglichkeit umschreibt ein Abhängigkeitsverhältnis. Ein Ehepartner trifft eine Verfügung, weil er weiß, dass der andere Ehepartner eine bestimmte andere Verfügung trifft. Die Ehegatten wollten erreichen, dass nach dem Tod des Erstversterbenden der Partner versorgt ist und nach dem Tod beider das gemeinschaftliche Vermögen auf ein bestimmtes Kind übergeht. Um dieses Ziel zu erreichen, ist es unerheblich, wie die eigene Schlusserbeneinsetzung, die ohnehin gegenstandslos sein wird, ausgestaltet ist; ein Abhängigkeitsverhältnis liegt nicht vor.

Ob tatsächlich ein zur Anfechtung berechtigender Irrtum des Erstversterbenden vorliegt und der Wegfall der Schlusserbeneinsetzung über § 2085 BGB auch zum Wegfall der im Testament ausdrücklich angeordneten Enterbung führt, spielt daher keine Rolle.

Der BGH hat die analoge Anwendung des § 2285 BGB auf die Drittanfechtung einer Verfügung des Erstversterbenden zu Recht abgelehnt. Die Ausgangsentscheidung des OLG Stuttgart zeigt jedoch wieder einmal, dass die Bestimmung der Wechselbezüglichkeit in eigenhändigen gemeinschaftlichen Testamenten von größter Bedeutung ist. Vorschnell sollte die Wechselbezüglichkeit nicht angenommen werden; dies erspart unnötige Analogien.

Notar *Christian Braun*, Erlangen

#### Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu die Entscheidung des BGH als Revisionsinstanz, MittBayNot 2016, 524 (in diesem Heft).

<sup>7</sup> Siehe mit umfassender Begründung auch *Weidlich*, ZEV 2015, 480 ff.

<sup>8</sup> *Staudinger/Kanzleiter*, 2014, § 2271 Rdnr. 1.

<sup>9</sup> *Weidlich*, ZEV 2015, 480, 481.

<sup>10</sup> *Palandt/Weidlich*, § 2270 Rdnr. 1, 4.

<sup>11</sup> *Palandt/Weidlich*, § 2270 Rdnr. 4, 7.

<sup>12</sup> So im Ergebnis auch *Weidlich*, ZEV 2015, 480; der BGH musste diese Frage nach eigener Angabe nicht entscheiden.

10. BGB § 2270 Abs. 1, § 2271 Abs. 1 und 2 Satz 1 Hs. 1, § 2285 (*Drittanfechtung wechselbezüglicher Verfügungen des erstversterbenden Ehegatten im gemeinschaftlichen Testament*)

**Die Anfechtung wechselbezüglicher Verfügungen des erstversterbenden Ehegatten durch einen Dritten wird nicht in entsprechender Anwendung von § 2285 BGB beschränkt.**

BGH, Urteil vom 25.5.2016, IV ZR 205/15

#### Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung des OLG Stuttgart als Vorinstanz ist in MittBayNot 2016, 518 (in diesem Heft) veröffentlicht.

Die Klägerin begehrt die Feststellung ihrer Alleinerbenstellung nach ihrer verstorbenen Mutter.

Die Klägerin und die Beklagte sind die beiden leiblichen Töchter des Ehepaares M. Die Eltern der Parteien errichteten am 7.4.1977 ein handschriftliches gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig als Erben einsetzten. Sie bestimmten die Klägerin zur Erbin des zuletzt versterbenden Ehegatten, enterbten die Beklagte und entzogen ihr den Pflichtteil.

Der Vater der Parteien verfasste außerdem im Jahr 1985 ein Einzeltestament, in dem er seine Ehefrau als Alleinerbin einsetzte. Nach seinem Tod im Jahr 1995 lag dem Nachlassgericht nur dieses von der Mutter abgelieferte Einzeltestament vor.

Die Mutter verstarb am 22.1.2012. Das Nachlassgericht erteilte einen Erbschein, der die Parteien je zur Hälfte als ihre Erben auswies.

Nachdem die Klägerin am 15.7.2013 das gemeinschaftliche Testament im Tresor des Elternhauses gefunden hatte, lieferte sie es beim Nachlassgericht ab und beantragte die Erteilung eines Erbscheines als Alleinerbin der Mutter. Die Beklagte erklärte daraufhin mit Schreiben vom 27.7.2013 gegenüber dem Nachlassgericht die Anfechtung des Testaments wegen eines Motivirrtums ihrer Eltern. Diese seien damals wütend auf sie gewesen, weil sie entgegen deren Wunsch Sozialpädagogik statt Medizin studiert und ihre Eltern außerdem erfolgreich auf Unterhaltsleistung verklagt habe. Bereits etwa ein Jahr später hätten sich ihre Eltern jedoch wieder mit ihr versöhnt.

Das LG hat der Feststellungsklage stattgegeben. Das OLG hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Dagegen richtet sich deren Revision, mit der sie weiter die Abweisung der Klage erstrebt.

Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

(...)

#### Aus den Gründen:

### II.

Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

1. Nach den in der Revisionsinstanz nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts sind die Verfügungen zur Schlusserbeneinsetzung der Klägerin durch beide Ehegatten in dem gemeinschaftlichen Testament wechselbezüglich im Sinne von § 2270 Abs. 1 BGB. Eine wirksame Anfechtung der Verfügung des Vaters zur Schlusserbeneinsetzung hätte daher gemäß § 2270 Abs. 1 BGB auch die Unwirksamkeit der entsprechenden Verfügung der Mutter zur Folge.

2. Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Beklagte die Verfügung der Mutter zur Schlusserbeneinsetzung gemäß § 2285 BGB analog nicht anfechten konnte. Nach dieser Regelung kann ein Dritter vertragsmäßige Verfügungen im Erbvertrag nicht mehr auf Grund der §§ 2078, 2079 BGB anfechten, wenn das Recht des Erblassers, die Verfügung aus demselben Grund anzufechten, zur Zeit des Erbfalls erloschen ist. Die erbvertragliche Vorschrift des § 2285 BGB ist auf die wechselbezüglichen Verfügungen des letzt-

verstorbenen Ehegatten im gemeinschaftlichen Testament entsprechend anwendbar (Senatsbeschluss vom 15.6.2010, IV ZR 21/09, ZEV 2010, 364 Rdnr. 7; Senatsurteile vom 15.5.1985, IVa ZR 231/83, FamRZ 1985, 1123 unter IV 2; vom 18.1.1956, IV ZR 199/55, FamRZ 1956, 83, 84). Die entsprechende Anwendung folgt aus der engen Verwandtschaft und völligen Gleichheit der Rechtslage, die gegenüber dem durch Erbvertrag gebundenen Erblasser und dem überlebenden Ehegatten besteht, soweit jener das ihm wechselbezüglich Zugewendete nicht ausgeschlagen hat (RGZ 77, 165, 167 f.). Das Recht zum Widerruf einer wechselbezüglichen Verfügung erlischt gemäß § 2271 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 BGB mit dem Tod des anderen Ehegatten, sodass der überlebende Ehegatte von diesem Zeitpunkt an wie der Erblasser beim Erbvertrag grundsätzlich an seine Verfügung gebunden ist. Es gibt daher keinen Grund, den anfechtungsberechtigten Dritten gegenüber dem gemeinschaftlichen Testament besser zu stellen und den überlebenden, gebundenen Ehegatten nicht ebenso wie den Vertragserblasser in die Lage zu versetzen, durch das Unterlassen der Anfechtung nach freiem Belieben das Anfechtungsrecht des Dritten zu zerstören (vgl. RG, a. a. O., S.169).

Im vorliegenden Fall war die Jahresfrist des § 2283 Abs. 1 BGB für eine Selbstanfechtung durch die Mutter zur Zeit des Erbfalls bereits abgelaufen, da sie nach dem Beklagtenvortrag den behaupteten Motivirrtum als Anfechtungsgrund bereits bei ihrer Versöhnung mit der Beklagten etwa ein Jahr nach Verfassen des gemeinschaftlichen Testaments erkannt hatte, sodass die Anfechtungsfrist mit dem Tod des Vaters im Jahr 1995 als frühestmöglichem Anfechtungszeitpunkt zu laufen begonnen hätte.

3. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht aber angenommen, auf einen Motivirrtum des Vaters komme es nicht an, weil auch die Anfechtung der Verfügung des Vaters zur Schlusserbeneinsetzung durch die Beklagte in entsprechender Anwendung von § 2285 BGB ausgeschlossen sei.

Eine analoge Anwendung dieser Vorschrift auf die Drittanfechtung einer wechselbezüglichen Verfügung des erstversterbenden Ehegatten im gemeinschaftlichen Testament kommt nicht in Betracht. Es fehlt an der vergleichbaren Interessenlage, die für eine Analogie neben einer planwidrigen Regelungslücke erforderlich ist.

a) Die herrschende Meinung in der Literatur geht davon aus, dass § 2285 BGB auf die Anfechtung von wechselbezüglichen Verfügungen des erstversterbenden Ehegatten durch Dritte – vor oder nach dem Tod des Überlebenden – nicht entsprechend angewendet werden kann, weil dem erstversterbenden Ehegatten selbst kein Anfechtungsrecht, sondern ein Widerrufsrecht hinsichtlich seiner wechselbezüglichen Verfügungen zusteht (vgl. *Palandt/Weidlich*, 75. Aufl., § 2271 Rdnr. 31; *MünchKomm-BGB/Musielak*, 6. Aufl., § 2271 Rdnr. 43; *Staudinger/Kanzleiter*, 2014, § 2271 Rdnr. 67; *Soergel/Wolf*, BGB, 13. Aufl., § 2271 Rdnr. 38; *Mayer in Reimann/Bengel/Mayer*, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl., § 2271 BGB Rdnr. 91; *BeckOGK-BGB/Braun*, Stand: 4.1.2016, § 2271 Rdnr. 145; *Damrau/Tanck/Klessinger*, Praxiskommentar Erbrecht, 3. Aufl., § 2271 Rdnr. 102; *NK-BGB/Müßig*, 4. Aufl., § 2271 Rdnr. 100 f.; *Bamberger/Roth/Litzenburger*, BGB, 3. Aufl., § 2271 Rdnr. 39; *Erman/Kappler*, BGB, 14. Aufl., § 2271 Rdnr. 23; *Muscheler*, Erbrecht I, Rdnr. 2171; a. A. LG Karlsruhe, NJW 1958, 714; in einem obiter dictum an der herrschenden Meinung zweifelnd auch BayObLG, ZEV 2004, 152, 153). Diese Ansicht ist zutreffend.

b) Wegen der unterschiedlichen Ausgestaltung des Widerrufsrechts des erstversterbenden Ehegatten und des beim Erb-

vertrag bestehenden Anfechtungsrechts ist weder § 2285 BGB zur entsprechenden Anwendung auf die wechselbezügliche Verfügung des erstversterbenden Ehegatten geeignet noch ist diese Analogie angesichts der dort bestehenden Interessenlage erforderlich.

§ 2285 BGB ergänzt das Selbstanfechtungsrecht, das dem Erblasser beim Erbvertrag gemäß § 2281 BGB und in entsprechender Anwendung auch dem überlebenden Ehegatten beim gemeinschaftlichen Testament (BGH, Urteile vom 3.11.1969, III ZR 52/67, FamRZ 1970, 79 unter I 1; vom 4.7.1962, V ZR 206/60, BGHZ 37, 331 unter 1) hinsichtlich seiner vertragsmäßigen bzw. wechselbezüglichen Verfügungen zusteht. Die Selbstanfechtung erfordert dieselben Anfechtungsgründe im Sinne von §§ 2078, 2079 BGB wie die Anfechtung durch einen Dritten und kann gemäß § 2283 Abs. 1, 2 BGB nur innerhalb eines Jahres ab Kenntnis vom Anfechtungsgrund oder Beendigung der Zwangslage erklärt werden. Falls das Anfechtungsrecht des Erblassers durch Ablauf der Anfechtungsfrist oder durch Bestätigung, § 2284 BGB, beim Erbfall bereits erloschen ist, ist daher gemäß § 2285 BGB auch eine Anfechtung durch einen Dritten, die auf denselben Anfechtungsgrund gestützt werden soll, ausgeschlossen. Hat der Erblasser dagegen keine Kenntnis vom Anfechtungsgrund, beginnt auch die Anfechtungsfrist für ihn nicht zu laufen, sodass sein Anfechtungsrecht beim Erbfall nicht erloschen sein kann und eine Drittanfechtung daher möglich bleibt.

Dieser besondere Schutz des Willens des Erblassers durch die Beschränkung der Drittanfechtung nach § 2285 BGB folgt aus der Bindung des Vertragserblassers an seine eigene Verfügung, der er bereits zu Lebzeiten unterliegt. § 2285 BGB bringt den allgemeinen Gedanken zum Ausdruck, dass stets der Wille des Erblassers dafür maßgebend bleibt, ob ein Dritter seinerseits den Bestand der letztwilligen Verfügung angreifen darf oder nicht (RGZ 77, 165, 170). Wenn sich der gebundene Erblasser durch Bestätigung seiner Verfügung oder Verstreichenlassen der Anfechtungsfrist dafür entscheidet, die anfechtbare Verfügung trotz Kenntnis des Anfechtungsgrundes gelten zu lassen, sollen an diese Entscheidung auch seine (potenziellen) Erben gebunden sein und nicht auf Grund eines eigenen Anfechtungsrechts eine dem Willen des Erblassers nicht entsprechende Korrektur seiner Nachlassregelung vornehmen können (MünchKomm-BGB/Musielak, a. a. O., § 2285 Rdnr. 1; vgl. auch Mayer, a. a. O., § 2285 Rdnr. 7).

Dagegen ist der erstversterbende Ehegatte beim gemeinschaftlichen Testament nicht an seine wechselbezüglichen Verfügungen gebunden und auf ein Anfechtungsrecht beschränkt. Zu Lebzeiten beider Ehegatten kann jeder von ihnen seine wechselbezüglichen Verfügungen gemäß § 2271 Abs. 1 BGB widerrufen und hat dabei nur die Vorschriften über Form und Zugang der Widerrufserklärung nach § 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. m. § 2296 BGB zu beachten. Anders als die Anfechtung erfordert der Widerruf weder einen Grund noch besteht für ihn eine dem § 2283 Abs. 1 BGB vergleichbare Frist. Das Anfechtungsrecht eines Dritten reicht von vornherein nicht über dieses Recht des Erblassers, sich von seiner Verfügung zu lösen, hinaus, ohne dass es dazu einer Beschränkung der Drittanfechtung durch § 2285 BGB bedarf. Das Widerrufsrecht des erstversterbenden Ehegatten kann auch nicht „zur Zeit des Erbfalls“ im Sinne von § 2285 BGB bereits erloschen sein, sondern es erlischt mit seinem Tod. Eine uneingeschränkte analoge Anwendung von § 2285 BGB auf das Erlöschen des Widerrufsrechts durch den Erbfall hätte daher zur Folge, dass eine Anfechtung durch Dritte immer und unabhängig davon ausgeschlossen wäre, ob der Erblasser Kenntnis von Tatsachen hatte, die ein Anfechtungsrecht be-

gründen. Damit wäre es nicht mehr möglich, dem wahren Willen des Erblassers Geltung zu verschaffen. Für einen solch umfassenden Ausschluss der Drittanfechtung bei wechselbezüglichen Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament lässt sich dem Gesetz jedoch nichts entnehmen.

c) Die analoge Anwendung des § 2285 BGB kann aber auch nicht auf Fälle beschränkt werden, in denen der erstversterbende Ehegatte seine Verfügung trotz Kenntnis der später zur Begründung der Anfechtung angeführten Gründe nicht widerruft. Auch in diesen Fällen fehlt es mangels materieller Bindung des Erstversterbenden an einer Vergleichbarkeit mit dem in den §§ 2281, 2285 BGB geregelten Fall (vgl. BeckOGK-BGB/Braun, a. a. O.). Der erstversterbende Ehegatte befindet sich anders als der Letztversterbende trotz Kenntnis von einem möglichen Anfechtungsgrund nicht in der Situation, fristgebunden entscheiden zu müssen, ob er die Verfügung anfechten oder andernfalls eine grundsätzlich nicht mehr zu beseitigende Bindung eingehen will. Bleibt er untätig, kann dieses Unterlassen allein daher nicht als Verstreichenlassen einer – fiktiven – Anfechtungsfrist mit entsprechenden Rechtsfolgen gedeutet werden. Seinem Willen wird vielmehr ausschließlich durch die Prüfung, ob die Voraussetzungen eines Drittanfechtungsrechtes vorliegen, Geltung verschafft, ohne diese Anfechtung von vornherein durch § 2285 BGB zu beschränken. Entscheidend ist insoweit stets der Wille des Erblassers. Über dessen Recht, sich von seiner Verfügung zu lösen, geht das Drittanfechtungsrecht nicht hinaus.

d) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts kann eine entsprechende Anwendung von § 2285 BGB auf die Verfügung des erstversterbenden Ehegatten nicht mit den Interessen des letztversterbenden Ehegatten, der auf den Bestand der wechselbezüglichen Verfügung vertraut hat, begründet werden. § 2285 BGB dient nicht dem Schutz des Vertragserben beim Erbvertrag oder des letztversterbenden Ehegatten beim gemeinschaftlichen Testament. Der Gesetzgeber begründete die Vorschrift allein damit, dass anderen Personen ein Anfechtungsrecht nicht in größerem Umfang zugestanden werden könne als dem Erblasser selbst (Motive Bd. V S. 325). Geschützt wird daher das Interesse des Erblassers daran, dass sich sein – frei von Irrtum oder Drohung im Sinne von § 2078 BGB gebildeter – Wille durchsetzt (Staudinger/Kanzleiter, a. a. O.). Wenn aber durch die erfolgreiche Anfechtung seiner Verfügung die dazu wechselbezügliche Verfügung des anderen Ehegatten gemäß § 2270 Abs. 1 BGB unwirksam wird, so entspricht dies gerade dem die Wechselbezüglichkeit begründenden Willen der Ehegatten, dass ihre Verfügungen miteinander stehen oder fallen sollen.

Auch der Verweis des Berufungsgerichts auf den Schutz des Ehegatten durch die Empfangsbedürftigkeit des Widerrufs gemäß § 2271 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 2296 Abs. 2 Satz 1 BGB (ebenso BayObLG, ZEV 2004, 152, 153) vermag eine Beschränkung der Drittanfechtung nicht zu begründen. Bei einem Widerruf zu Lebzeiten beider Ehegatten wird der andere Ehegatte durch den Zugang der Widerrufserklärung in die Lage versetzt, darauf durch eine neue letztwillige Verfügung zu reagieren. Im Regelfall wird er diese Möglichkeit auch bei einer Drittanfechtung nach dem ersten Erbfall haben, da die fristgebundene (§ 2082 BGB) Anfechtung noch zu seinen Lebzeiten erfolgen und das Nachlassgericht ihm die Anfechtungserklärung mitteilen wird, § 2081 Abs. 2 Satz 1 BGB. Die Begründung des Berufungsgerichts für eine Analogie bezieht sich daher allein auf den hier vorliegenden Sonderfall, in dem das gemeinschaftliche Testament dem Nachlassgericht nach dem ersten Erbfall nicht vorlag und daher eine Drittanfechtung nicht zu Lebzeiten des letztverstorbenen Ehegatten erfol-

gen konnte. Doch ein allgemeiner Grundsatz, dass die Ehegatten auf den Bestand der eigenen wechselbezüglichen Verfügungen nach ihrem Tod vertrauen können, besteht beim gemeinschaftlichen Testament nicht. Das Interesse eines Ehegatten an der Wirksamkeit der eigenen Verfügungen tritt auch in anderen Konstellationen unabhängig davon zurück, ob er noch mit einer neuen Verfügung auf eine Veränderung reagieren kann (vgl. *Weidlich*, ZEV 2015, 480, 481; BeckOGK-BGB/*Braun*, a. a. O., Rdnr. 145.1). So kann auch das Recht des überlebenden Ehegatten, sich durch Ausschlagung gemäß § 2271 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 BGB von dem gemeinschaftlichen Testament zu lösen, nicht abbedungen werden (Senatsurteil vom 12.1.2011, IV ZR 230/09, NJW 2011, 1353 Rdnr. 11). Hebt er anschließend die eigenen Verfügungen auf, hat dies gemäß § 2270 Abs. 1 BGB grundsätzlich die Unwirksamkeit der damit wechselbezüglich verbundenen Verfügungen des erstversterbenden Ehegatten zur Folge (Senatsurteil, a. a. O., Rdnr. 15).

4. Die Hilfserwägung des Berufungsgerichts trägt die angefochtene Entscheidung mit den bisher getroffenen Feststellungen ebenfalls nicht. Seiner nicht näher begründeten Annahme, die Eltern hätten durch die Beibehaltung des Testaments eine Bestätigung vorgenommen oder der behauptete Motivirrtum sei nicht kausal für ihre Verfügung geworden, fehlt eine ausreichende Tatsachengrundlage.

Zwar kann ein bewusstes Bestehenlassen der letztwilligen Verfügung dafür sprechen, dass der behauptete Irrtum nicht ursächlich für die Verfügung war oder sie jedenfalls zur Zeit des Erbfalles dem Willen des Erblassers entsprach und eine Anfechtung daher ausgeschlossen ist (BayObLG, NJW-RR 1995, 1096, 1098; MünchKomm-BGB/*Musielak*, a. a. O., § 2271 Rdnr. 43; *Mayer*, a. a. O., § 2271 Rdnr. 91; *Palandt/Weidlich*, a. a. O., § 2078 Rdnr. 9). Dies setzt aber voraus, dass der Erblasser die Verfügung tatsächlich bewusst beibehält, sich also im Wissen um den Inhalt dieser Verfügung und in Kenntnis des Irrtums dafür entscheidet, daran festzuhalten, und er nicht nur aus Nachlässigkeit, Passivität oder aus sonstigen anderen Gründen eine Abänderung unterlässt (vgl. BayObLG, NJW-RR 2002, 367, 370; *Staudinger/Otte*, 2013, § 2078 Rdnr. 30; MünchKomm-BGB/*Leipold*, 6. Aufl., § 2078 Rdnr. 50). Das Berufungsgericht hat jedoch ausdrücklich offengelassen, ob der Vater den Widerruf seiner wechselbezüglichen Verfügung trotz Erkennens des behaupteten Motivirrtums bewusst unterließ. Damit fehlt es aber auch an der Feststellung, dass er das Testament bewusst bestehen ließ. Ohne solche Feststellungen zum Willen des Erblassers kann allein aus dem Umstand, dass das Testament weiter existierte, nicht geschlossen werden, der Erblasser habe das Testament bestätigt oder der behauptete Motivirrtum sei nicht kausal für seine Verfügung gewesen.

III. Die angefochtene Entscheidung erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig.

Die Mutter der Parteien verfügte in dem gemeinschaftlichen Testament neben der Schlusserbeneinsetzung der Klägerin die Enterbung der Beklagten. Es steht jedoch nicht fest, dass auch im Falle einer Unwirksamkeit der Schlusserbeneinsetzung die Enterbung der Beklagten fortbestünde und daher die gesetzliche Erbfolge zugunsten der Klägerin einträte. Vielmehr deutet das Berufungsgericht an, dass seiner Ansicht nach eine wirksame Anfechtung der Schlusserbeneinsetzung auch die gleichzeitig verfügte Enterbung der Beklagten durch die Mutter entfallen ließe, ohne aber ausdrückliche Feststellungen zum Willen der Erblasserin zu treffen. Dies hätte es im Falle einer wirksamen Anfechtung der Schlusserbeneinsetzung nachzuholen. Andernfalls wäre zu prüfen, ob die Beklagte

auch ihre – gemäß § 2270 Abs. 3 BGB nicht wechselbezügliche – Enterbung durch die Mutter wirksam angefochten hat.

(...)

#### Hinweis der Schriftleitung:

Vgl. hierzu auch die Anmerkung von *C. Braun*, MittBayNot 2016, 522 (in diesem Heft).

11. BGB § 1371 Abs. 1, §§ 1924, 2078 Abs. 1 und 2, § 2079 Satz 1 und 2 (*Wirkung einer erfolgreichen Testamentsanfechtung*)

**Die nach § 2079 Satz 1 BGB wirksam erklärte Anfechtung hat grundsätzlich die Nichtigkeit der gesamten letztwilligen Verfügung zur Folge. Einzelne Verfügungen bleiben nur dann wirksam, wenn nach § 2079 Satz 2 BGB positiv feststellbar ist, dass sie der Erblasser so auch getroffen hätte, falls er zum Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung Kenntnis von dem weiteren Pflichtteilsberechtigten gehabt hätte.**

OLG Schleswig, Beschluss vom 7.12.2015, 3 Wx 108/15

Der Erblasser war deutscher Staatsangehöriger und in einziger Ehe – für die gesetzlicher Güterstand galt – mit der Beteiligten zu 1 verheiratet. Aus ihrer Ehe sind der am ... 2003 geborene Beteiligte zu 2 und der am ... 2012 geborene Beteiligte zu 3 als ihre einzigen Kinder hervorgegangen.

Der Erblasser – beruflich als Bauunternehmer tätig – errichtete am 7.3.2011 (...) ein [notarielles] Testament, in dem es u. a. heißt:

„§ 2 Ich setze meinen Sohn A., geb. am ... 2003, zu meinem alleinigen Erben ein. Auf die steuerlichen Folgen (Erbchaftsteuer, Freibeträge) hat der Notar hingewiesen und belehrt. Die Ehefrau soll nicht erben.

§ 3 Sollte mein Sohn zum Zeitpunkt meines Todes das 21. Lebensjahr noch nicht beendet haben, ordne ich für die Verwaltung Testamentsvollstreckung an. Zur Testamentsvollstreckerin benenne ich Frau X.“

Der Erblasser verstarb am 18.6.2014. Frau X. nahm das Amt als Testamentsvollstreckerin an. Sie beantragte mit notarieller Erklärung vom 2./31.7.2014 die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses, das das AG am 9.9.2014 mit dem darin enthaltenen Vermerk erteilte, die Testamentsvollstreckung sei „befristet bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres des Erben A.“.

Der Ergänzungspfleger des gut ein Jahr nach Testamentserrichtung geborenen Beteiligten zu 3 erklärte für diesen mit Schriftsatz vom 3.3.2015 die Anfechtung des Testaments unter Verweis auf §§ 2079 f. BGB. Mit Schriftsatz vom 1.7.2015 und ergänzender Erklärung zu Protokoll des Rechtspflegers vom 2.7.2015 beantragte er zudem die Erteilung eines Erbscheins, der den Beteiligten zu 2 als Erben zu  $\frac{3}{4}$  und den Beteiligten zu 3 als Erben zu  $\frac{1}{4}$  ausweisen sollte, wobei die Anordnung von Testamentsvollstreckung nur für den Erbteil des Beteiligten zu 2 bis zu dessen 21. Lebensjahr, hilfsweise entsprechend auch für den Erbteil des Beteiligten zu 3 aufgenommen werden sollte. In dem Antrag wird unter Hinweis auf Kommentirstellen ausgeführt, dass die erklärte Anfechtung des Testaments gemäß § 2079 BGB nur insoweit zur Nichtigkeit desselben führe, als das gesetzliche Erbrecht des Beteiligten zu 3 beeinträchtigt sei.

Die Beteiligte zu 1 hat diesem Erbscheinsantrag widersprochen und ausgeführt, der das Testament beurkundende Notar habe bei einem Gespräch nach dem Erbfall, an dem unter anderem X. und sie beteiligt gewesen seien, sinngemäß bestätigt, dass der Erblasser in seinem Testament ihre Enterbung (nur) aus steuerlichen Gründen verfügt habe. Hintergrund dafür sei gewesen, dass für die ihr als enterbte Ehefrau zustehenden erhöhten Zugewinnansprüche und die Pflichtteilsansprüche keine Erbschaftsteuer anfalle. Ihr sei an solcher Steuerersparnis aber nicht gelegen, sondern nur an der wirtschaftlichen Sicherung der Zukunft ihrer Kinder. Sie beantrage daher, sie selbst

als Erbin zu  $\frac{1}{2}$  und ihre beiden Kinder als Erben zu je  $\frac{1}{4}$  zu berufen. Die Testamentsvollstreckung sei entbehrlich, wobei sie allerdings mit X. in vertrauensvoller Weise zusammenarbeite.

Der Ergänzungspfleger des Beteiligten zu 3 hat das Vorbringen der Beteiligten zu 1, der Erblasser habe aus steuerlichen Gründen ihre Enterbung verfügt, mit Nichtwissen in Abrede gestellt. Es gebe keine Grundlage für die Annahme, dass der Erblasser die Enterbung seiner Ehefrau nicht habe aufrechterhalten wollen.

Mit Beschluss vom 7.9.2015 hat das AG – Nachlassgericht – Neumünster ausgesprochen, dass die aufgrund des Antrags des Beteiligten zu 3 vom 2.7.2015 zur Erteilung eines Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet würden. In dem Beschluss ist ausgeführt, die vom Beteiligten zu 3 erklärte Anfechtung sei nach § 2079 BGB wirksam. Sie sei auch nicht nach § 2079 Satz 2 BGB ausgeschlossen, denn es sei davon auszugehen, dass der Erblasser den Beteiligten zu 3, wenn er bei Errichtung des Testaments bereits geboren gewesen wäre, neben seinem erstgeborenen Sohn als Erben eingesetzt hätte. Die nach § 2079 BGB wirksam erklärte Anfechtung des Testaments führe – entsprechend der Kommentierung bei MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl., § 2079 Rdnr. 24 – nur insoweit zur Nichtigkeit des Testaments, als dadurch der übergangene Pflichtteilsberechtigte mit seinem gesetzlichen Erbrecht ausgeschlossen worden sei. Im Übrigen bleibe es bei den Verfügungen in dem Testament. Denn die Anfechtung nach § 2079 BGB diene allein dem Schutz des pflichtteilsberechtigten Erben. Zwar sei es denkbar, dass der Erblasser bei Kenntnis vom Vorhandensein eines weiteren pflichtteilsberechtigten Erben gewollt hätte, diesem nicht nur den gesetzlichen Erbteil, sondern mehr zu hinterlassen. Ein solches Ziel könne mit der Anfechtung aber nicht erreicht werden, denn die Anfechtung habe nur negative Wirkung. Sie könne einem mutmaßlichen positiven Willen des Erblassers nicht zum Erfolg verhelfen. Die Einwendung der Beteiligten zu 1, für ihre im Testament verfügte Enterbung seien steuerliche Gründe maßgeblich gewesen, führe zu keiner anderen Beurteilung. Es gebe nämlich keine Anhaltspunkte dafür, dass der Erblasser bei Kenntnis von einem weiteren pflichtteilsberechtigten Kind ihre Enterbung nicht verfügt hätte.

(...)

Mit weiterem Beschluss ebenfalls vom 7.9.2015 hat das AG das Testamentsvollstreckerzeugnis vom 9.9.2014 als unrichtig eingezogen. Zur Begründung wird ausgeführt, die nach § 2079 BGB wirksame Anfechtung des Beteiligten zu 3 führe nur insoweit zur Nichtigkeit des Testaments, als der gesetzliche Erbteil des übergangenen Pflichtteilsberechtigten beeinträchtigt sei. Hier beeinträchtige die angeordnete Testamentsvollstreckung den gesetzlichen Erbteil des Beteiligten zu 3. Die Testamentsvollstreckung könne sich mithin nur auf den Erbanteil des Beteiligten zu 2 beziehen.

Gegen den Beschluss betreffend den Erbschein hat die Beteiligte zu 1 am 8.10.2015 Beschwerde eingelegt und in erster Linie einen Erbschein beantragt, wonach sie Erbin zu  $\frac{1}{2}$  und die beiden Kinder jeweils Erben zu  $\frac{1}{4}$  seien, hilfsweise aber einen Erbschein, wonach die beiden Kinder Erben zu je  $\frac{1}{2}$  seien. Die Beteiligte zu 1 macht geltend, der Erblasser habe mit den Verfügungen in seinem Testament die für seine Familie, insbesondere auch für seine Ehefrau beste finanzielle Lösung treffen wollen. Grund für die verfügte Enterbung der Beteiligten zu 1 seien steuerliche Überlegungen gewesen, weil ihr durch steuerfreien Zugewinn und Pflichtteil mehr verbliebe, als bei Einsetzung als Erbin, wo nämlich der steuerfreie Zugewinn auf  $\frac{1}{4}$  der Erbmasse begrenzt wäre. Dabei sei maßgeblich, dass der Erblasser sein Vermögen größtenteils während der Ehe aufgebaut habe und deshalb ein erheblicher Zugewinnausgleichsanspruch der Beteiligten zu 1 – maximal  $\frac{1}{2}$  der Erbmasse – gegenüber der Erbmasse bestehe. Der bei dem als Erbe berufenen Sohn verbleibende Nachlass sei um den Zugewinn und den Pflichtteil der Ehefrau verringert. Für den so verringerten Nachlass falle unter Berücksichtigung des Freibetrages von 400.000 € keine Erbschaftsteuer an, allenfalls nur eine relativ geringe Steuerlast.

Wäre vom Erblasser die spätere Geburt seines zweiten Sohnes bedacht worden, hätte er von der verfügten Enterbung der Ehefrau Abstand genommen und es bei der gesetzlichen Erbfolge belassen. Denn mit dem zweiten Sohn wäre ein weiterer steuerlicher Freibetrag von 400.000 € hinzugekommen. Auch wenn der Erblasser davon ausgegangen wäre, dass sich sein im Testament mit 700.000 € angelegenes Reinvermögen bis zu seinem Ableben verdoppelt, hätten die Freibeträge von Ehefrau und zwei Kindern ausgereicht, dass keine Erbschaftsteuer angefallen wäre oder nur eine relativ geringe Steuer-

last. Vor diesem Hintergrund habe die Anfechtung die Nichtigkeit des Testaments insgesamt zur Folge und gelte die gesetzliche Erbfolge. Unabhängig hiervon hätte der Erblasser seine beiden Kinder mutmaßlich zu gleichen Teilen als Erben berufen. Es sei jedenfalls nicht Wille des Erblassers gewesen, die Kinder hinsichtlich der Erbfolge unterschiedlich zu beteiligen. Der Erblasser habe sich nach der Geburt des Beteiligten zu 3 mutmaßlich aufgrund der gesetzlichen Regelung nicht mehr um sein Testament gekümmert und hätte bei entsprechender Kenntnis auch die sehr kostenintensive Testamentsvollstreckung nicht mehr gewollt.

Der Ergänzungspfleger des Beteiligten zu 3 hat darauf hingewiesen, dass der Erblasser seine Ehefrau in dem Testament ausdrücklich enterbt habe. Angesichts dieser Erklärung werde deutlich, dass er sie unbedingt habe von der Erbenstellung ausschließen wollen, was auch der Notar ... als Zeuge bestätigen werde. Eine solche Enterbung werde von der Anfechtung nicht erfasst, weil sie den gesetzlichen Erbteil des Übergangenen ohnehin nicht schmälere (unter Verweis auf *Staudinger/Otte*, § 2079 Rdnr. 17). Bei dieser Verfügung – Enterbung der Ehefrau – müsse es jedenfalls bleiben. Eine andere Frage sei, ob das Testament dahin auszulegen sei, dass der Erblasser für den Fall der Geburt eines zweiten Kindes dieses zum Miterben mit gleichem Anteil habe bestimmen wollen.

Der Ergänzungspfleger des Beteiligten zu 2 weist darauf hin, dass der vom Notar für die Beurkundung des Testaments vorbereitete Text bereits die Alleinerbenberufung des Beteiligten zu 2 vorgesehen habe, die ausdrücklich erwähnte Enterbung der Beteiligten zu 1 aber handschriftlich eingefügt worden sei. Der Freibetrag für die Ehefrau habe damals 500.000 € betragen, für das Kind 400.000 €. Bei einem Vermögen von 700.000 € hätte der Erblasser es also einfach bei der gesetzlichen Erbfolge belassen können. Der Erblasser habe aber seine Ehefrau bewusst übergangen und ausdrücklich bekräftigt, dass sie nicht Erbin werden sollte, auch wenn dies steuerliche Nachteile habe. Das spreche für einen tatsächlichen oder mutmaßlichen Willen des Erblassers bei Testamentserrichtung, dass es trotz des Vorhandenseins des übergangenen Pflichtteilsberechtigten bei dem Testament verbleiben solle.

(...)

Die Testamentsvollstreckerin X. hat mit Schreiben vom 15.9.2015 ihr Amt niedergelegt. Mit Beschluss vom 30.10.2015 hat das AG Herrn Z. zum Testamentsvollstrecker ernannt. Mit Beschluss vom gleichen Tag hat es seinen Nichtabhilfebeschluss vom 13.10.2015 geändert und der Beschwerde der Beteiligten zu 1 insoweit abgeholfen, als lediglich die aufgrund des Hilfsantrags vom 2.7.2015 zur Erteilung des Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet würden – Erben danach der Beteiligte zu 2 zu  $\frac{3}{4}$  und der Beteiligte zu 3 zu  $\frac{1}{4}$ , Testamentsvollstreckung insgesamt jeweils bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres der beiden Erben. Nach nochmaliger Prüfung ergebe sich – so die Begründung – dass sich die Anordnung der Testamentsvollstreckung nach erfolgter Anfechtung des Testaments auch auf den gesetzlichen Erbanteil des zweitgeborenen Sohnes erstrecke, da ein solcher Wille des Erblassers anzunehmen sei, wenn ihm der Erbanteil des zweitgeborenen Sohnes bekannt gewesen wäre.

Der Senat hat den Beteiligten mit Verfügung des Berichterstatters vom 27.10.2015 einen Hinweis dahin erteilt, „dass in Rechtsprechung und Literatur – abweichend vom AG (und von MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl., § 2079 Rdnr. 22) – vertreten wird, dass die nach § 2079 Satz 1 BGB wirksam erklärte Anfechtung in der Regel zur Gesamtnichtigkeit des Testaments führt. Dies gilt allerdings nur mit der Einschränkung nach § 2079 Satz 2 BGB, wonach – ausnahmsweise – etwas Anderes gelten kann, nämlich wenn zur Überzeugung des Gerichts ein tatsächlicher oder mutmaßlicher Wille des Erblassers zur Zeit der Testamentserrichtung festgestellt werden kann, dass es – trotz des Vorhandenseins des übergangenen Pflichtteilsberechtigten – bei dem Testament bleiben soll oder dass der übergangene Pflichtteilsberechtigte seinen gesetzlichen Erbteil erhalten soll und es im Übrigen ganz oder teilweise bei dem Testament bleiben soll (BayObLG, NJW-RR 2005, 91; *Palandt/Weidlich*, 74. Aufl., § 2079 Rdnr.6).“

Aus den Gründen:

## II.

Die (...) Beschwerde der Beteiligten zu 1 führt zur Zurückweisung des Erbscheinsantrags des Beteiligten zu 3 auch in

Bezug auf den Hilfsantrag, dem das AG nach seinem Beschluss vom 30.10.2015 im Abhilfeverfahren letztlich folgen wollte. Unter Berücksichtigung von § 2079 BGB – nach wirksamer Anfechtung des Testaments durch den Beteiligten zu 3 – bleibt es zwar bei der testamentarisch verfügten Enterbung der Beteiligten zu 1, sind aber die Beteiligten zu 2 und 3 als dann noch verbliebene gesetzliche Erben gemäß § 1924 BGB Erben des Erblassers zu je  $\frac{1}{2}$  geworden, bei Anordnung von Testamentsvollstreckung bis zur jeweiligen Vollendung ihres 21. Lebensjahres. Ein dementsprechender Erbscheinsantrag ist von dem Beteiligten zu 3 indes nicht gestellt worden, so dass sein Antrag insgesamt zurückgewiesen werden muss.

Nach § 2079 Satz 1 BGB kann eine letztwillige Verfügung angefochten werden, wenn der Erblasser einen zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichtteilsberechtigten übergangen hat, der erst nach der Errichtung geboren worden ist. Nach § 2079 Satz 2 BGB ist die Anfechtung ausgeschlossen, soweit anzunehmen ist, dass der Erblasser auch bei Kenntnis der Sachlage die Verfügung getroffen haben würde.

Hier ist der mehr als ein Jahr nach Testamentserrichtung geborene Beteiligte zu 3 nach § 2079 Satz 1 BGB ersichtlich anfechtungsberechtigt. Die sich aus dem Regel-Ausnahme-Verhältnis zu § 2079 Satz 2 BGB ergebende Vermutung dahin, dass der Erblasser bei Kenntnis der Existenz eines weiteren Pflichtteilsberechtigten im Testierzeitpunkt anders – nämlich ihn berücksichtigend – testiert hätte, wird nicht schon dadurch widerlegt, dass der Erblasser schlicht untätig bleibt und sein Testament nicht ändert, nachdem er von der Existenz des weiteren Pflichtteilsberechtigten erfahren hat (OLG Brandenburg, FamRZ 1998, 59 ff. Rdnr. 21; MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 2079 Rdnr. 18; Löhning/Avarius in Prütting u. a., BGB, 9. Aufl. 2014, § 2079 Rdnr. 12). Hier liegt eine solche bloße Untätigkeit des Erblassers vor, der zudem relativ kurz nach der Geburt des Beteiligten zu 3 im Alter von 47 Jahren gestorben ist. Es gibt auch aus dem Vorbringen der Beteiligten keinen Anhalt dafür, dass er den Beteiligten zu 3 bewusst enterben wollte und deshalb das Testament nicht mehr geändert hat.

Die Wirkung einer nach § 2079 Satz 1 BGB erklärten Anfechtung ist streitig. Nach einer allerdings zwischenzeitlich nur noch vereinzelt in der Literatur – in der obergerichtlichen veröffentlichten Rechtsprechung dagegen zuletzt vom OLG Köln, NJW 1956, 1522 – vertretenen Auffassung soll sich unter Hinweis auf § 2079 Satz 2 BGB die Wirkung der Anfechtung von vornherein auf die Nichtigkeit der letztwilligen Verfügung in dem Umfang beschränken, der erforderlich ist, um dem Pflichtteilsberechtigten zu seinem gesetzlichen Erbteil zu verhelfen. Soweit die Verfügungen des Erblassers in der letztwilligen Verfügung diesen gesetzlichen Erbteil des Pflichtteilsberechtigten nicht beeinträchtigen, sollen sie von der Anfechtung nicht erfasst werden und vielmehr bestehen bleiben (MünchKomm-BGB/Leipold, a. a. O., § 2079 Rdnr. 24; Seiler/Rudolf in Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl. 2011, § 2079 Rdnr. 32; Erman/Schmidt, BGB, 14. Aufl. 2014, § 2079 Rdnr. 5).

Dieser Auffassung ist das AG in seinem angefochtenen Beschluss gefolgt. Sie geht von der These aus, die Anfechtungsmöglichkeit nach § 2079 BGB diene allein dem Schutz des pflichtteilsberechtigten gesetzlichen Erben. Es genüge deshalb, die testamentarische Verfügung insoweit zu vernichten, als sie dem gesetzlichen Erbrecht des Pflichtteilsberechtigten entgegenstehe. Er solle – so Erman/Schmidt, a. a. O. – mit seinem gesetzlichen Erbanteil als Miterbe eingeschoben und die letztwillige Verfügung verhältnismäßig angepasst werden.

Folgt man dieser Meinung, bleibt hier die testamentarisch verfügte Enterbung der Beteiligten zu 1 jedenfalls bestehen.

Zweifelhaft erscheint aber nach der Argumentation der genannten Literaturstimmen und auch des AG, warum dann im vorliegenden Fall der Beteiligte zu 2 Erbe zu  $\frac{3}{4}$  und der Beteiligte zu 3 Erbe zu  $\frac{1}{4}$  werden sollte. Unter Berücksichtigung der Enterbung der Beteiligten zu 1 wäre der gesetzliche Erbteil der Beteiligten zu 2 und 3 nach § 1924 BGB nämlich jeweils  $\frac{1}{2}$ . Die zitierte Literaturmindermeinung basiert auf der Grundüberlegung, dass dem Erblasserwillen trotz wirksamer Anfechtung so weit wie möglich Rechnung getragen werden soll, mit Ausnahme der fehlenden Berücksichtigung des Erbrechts des – hier nach Testamentserrichtung geborenen – Pflichtteilsberechtigten. Insoweit liege – so ausdrücklich Erman/Schmidt, a. a. O. – der in § 2079 BGB enthaltenen gesetzlichen Vermutung die Lebenserfahrung zugrunde, das ein Erblasser nahe Verwandte im Rang von Pflichtteilsberechtigten bei der letztwilligen Verfügung bedenken wolle. Bleibt dann aber wie hier die Enterbung der Ehefrau bestehen und hat der Erblasser im Übrigen den im Testierzeitpunkt einzigen Abkömmling zum Alleinerben eingesetzt, spricht diese Lebenserfahrung jedenfalls nicht dafür, dass das nachgeborene pflichtteilsberechtigte Kind mit einer anderen Quote als das erstgeborene Kind berücksichtigt werden soll, und auch nicht mit einer anderen Quote, als sie seinem gesetzlichen Erbrecht unter Berücksichtigung der Enterbung der Ehefrau entsprechend würde.

Nach einer in der Literatur vertretenen vermittelnden Meinung soll die Anfechtung nach § 2079 BGB nur diejenigen Erbinsetzungen und Vermächtnisse vollständig vernichten, die auch den anfechtenden Pflichtteilsberechtigten als gesetzlichen Erben beschweren, soweit nicht ein entgegenstehender Erblasserwille nach Satz 2 der Norm feststellbar ist. Andere Anordnungen, insbesondere auch Enterbungen, würden von der Anfechtung dagegen nicht erfasst, weil sie den gesetzlichen Erbteil des Übergangenen ohnehin nicht schmälern (Staudinger/Otte, Neubearb. 2015, § 2079 Rdnr. 17; Soergel/Loritz, BGB, 13. Aufl. 2003, 2079 Rdnr. 9; Otte folgend auch jurisPK-BGB/Lehrmann, 7. Aufl. 2014, § 2079 Rdnr. 61 f.). Nach dieser Auffassung bliebe hier die Enterbung der Beteiligten zu 1 bestehen, entfällt aber die testamentarische Berufung des Beteiligten zu 2 insgesamt mit der Folge, dass im Übrigen gesetzliche Erbfolge eintritt, also die Beteiligten zu 2 und 3 als Erben zu je  $\frac{1}{2}$  berufen sind.

Die veröffentlichte obergerichtliche Rechtsprechung und auch größere Teile der Literatur folgen indes seit langem der Auffassung, wonach die nach § 2079 Satz 1 BGB wirksam erklärte Anfechtung grundsätzlich die Nichtigkeit der gesamten letztwilligen Verfügung zur Folge hat; einzelne Verfügungen bleiben nur dann wirksam, wenn nach § 2079 Satz 2 BGB positiv feststellbar ist, dass sie der Erblasser so auch getroffen hätte, falls er zum Zeitpunkt der Errichtung der letztwilligen Verfügung Kenntnis von dem weiteren Pflichtteilsberechtigten gehabt hätte (BayObLG, NJW-RR 2005, 91, juris Rdnr. 31; FamRZ 1983, 952; BayObLGZ 1971, 147, 152; OLG Brandenburg, FamRZ 1998, 59, juris Rdnr. 25; OLG Frankfurt, FamRZ 1995, 1522; OLG Düsseldorf, FamRZ 1999, 122, juris Rdnr. 30; OLG Hamburg, FamRZ 1990, 910; siehe auch bereits schon RGZ 59, 60, 64; Palandt/Weidlich, 75. Aufl. 2016, § 2079 Rdnr. 6; Czubyko in Burandt/Rojahn, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, § 2079 Rdnr. 23 und 24; Jauernig/Stürmer, BGB, 16. Aufl. 2015, § 2079 Rdnr. 5; Fleindl in Dauner-Lieb u. a., Anwaltkommentar Erbrecht, 2. Aufl. 2007, § 2079 Rdnr. 16 und 17). Mit Rücksicht auf diese Einschränkung nach dem zu ermittelnden hypothetischen Willen des Erblassers ist denkbar, dass es im Einzelfall nicht bei der vollständigen Nichtigkeit des Testaments bleibt, sondern doch dessen teilweise Wirksamkeit insoweit festgestellt werden

kann, als nicht der gesetzliche Erbteil des Pflichtteilsberechtigten berührt wird.

Der Senat folgt dieser letzteren überzeugenden Auffassung, die mit Wortlaut und Systematik des Gesetzes in Einklang steht. Denn § 2079 Satz 1 BGB enthält dem Wortlaut nach keine Einschränkung der Wirkung der Anfechtung. Zu bedenken ist, dass nach dem allgemeinen Teil des BGB eine wirksame Anfechtung als Rechtsfolge den angefochtenen Rechtsakt insgesamt (rückwirkend) nichtig werden lässt (§ 142 BGB). Im Fall des § 2079 BGB verweist erst Satz 2 mit dem Wort „insoweit“ darauf, dass es im Einzelfall Abweichungen von der Regel im Sinne von Einschränkungen der Gesamtnichtigkeitsfolge geben kann. Deutlich ist mit diesem Aufbau des Gesetzes ein Regel-Ausnahme-Verhältnis bezeichnet. Hier liegt ein Unterschied zu § 2078 Abs. 1 und 2 BGB. Aus dem unterschiedlichen Wortlaut dieser nebeneinander stehenden Vorschriften ergibt sich deutlich – darauf verweist *Czubayko* (a. a. O.) überzeugend –, dass es für § 2079 Satz 1 BGB bei dem Regelfall der Gesamtnichtigkeit verbleiben muss.

Im vorliegenden Fall ist mithin wegen der wirksamen Anfechtung des Beteiligten zu 3 im Ausgangspunkt von einer Nichtigkeit des Testaments auszugehen. Dies gilt aber nach § 2079 Satz 2 BGB nicht für die Enterbung der Beteiligten zu 1, weil sich ein hypothetischer Wille des Erblassers ermitteln lässt, dass er die Enterbung der Beteiligten zu 1 auch dann verfügt hätte, wenn ihm im Testierzeitpunkt die Existenz eines weiteren Kindes bekannt gewesen wäre. Der Erblasser hat nämlich die Enterbung der Beteiligten zu 1 ausdrücklich verfügt, auch wenn dies angesichts der Einsetzung des Beteiligten zu 2 zum Alleinerben nicht notwendig gewesen wäre. Er hat die Enterbung in den vom Notar schon vorformulierten Text bei der Beurkundung noch handschriftlich aufnehmen lassen und dadurch deutlich gemacht, dass ihm dies wichtig war. Aus den Angaben aller Beteiligten und den sonstigen Umständen gibt es keinen Anhalt, warum sich die Situation für den Erblasser – und zwar für seine Entscheidung zur Enterbung seiner Frau – anders hätte darstellen sollen, wenn er damals schon gewusst hätte, dass noch ein zweites Kind geboren würde.

Dies gilt auch gerade für das – als solches durchaus plausible – Vorbringen der Beteiligten zu 1, der Erblasser habe mit den Verfügungen in seinem Testament die insbesondere auch für seine Ehefrau beste finanzielle Lösung treffen wollen und dabei überlegt, dass ihr durch steuerfreien Zugewinn und Pflichtteil mehr verbleibe, als bei Einsetzung als Erbin, w nämlich der steuerfreie Zugewinn auf  $\frac{1}{4}$  der Erbmasse begrenzt wäre (§ 1371 Abs. 1 BGB). Dabei sei maßgeblich, dass er sein Vermögen größtenteils während der Ehe aufgebaut habe und deshalb ein erheblicher Zugewinnausgleichsanspruch der Beteiligten zu 1 – maximal  $\frac{1}{2}$  der Erbmasse – bestehe, während sich der Nachlass für seinen als Erbe berufenen Sohn um den Zugewinn und den Pflichtteil der Ehefrau verringere und dann für diesen unter Berücksichtigung des Freibetrages von 400.000 € keine oder nur geringe Erbschaftsteuer anfallt. Diese Überlegungen des Erblassers würden sich entgegen der Ansicht der Beteiligten zu 1 aber nicht ersichtlich und für seinen letzten Willen durchgreifend anders darstellen, wenn er die Existenz eines zweiten Kindes bedacht hätte. Die erbrechtlichen Ansprüche der Beteiligten zu 1 und ihr Anspruch auf Zugewinnausgleich ändern sich durch ein zweites Kind nicht, auch würden – erst recht – für die Erben dann keine oder (bei weiterer Vermehrung des Vermögens bis zum Erbfall) nur geringe Steuern anfallen.

Anhaltspunkte für die Möglichkeit und Notwendigkeit einer weiteren Aufklärung des Sachverhalts sind nicht ersichtlich. Aus dem Vorbringen sämtlicher Beteiligter kann der Senat deutlich den hypothetischen Willen des Erblassers ermitteln,

es bei der Enterbung der Beteiligten zu 1 zu belassen, wenn er die Existenz eines zweiten Kindes im Testierzeitpunkt berücksichtigt hätte.

Ein solcher hypothetischer Wille des Erblassers dürfte sich – auch wenn dies hier nicht abschließend entschieden werden muss – auch dahin feststellen lassen, dass es bei der angeordneten Testamentsvollstreckung über den gesamten Nachlass verbleibt, nunmehr zulasten auch des Beteiligten zu 3 und betreffend den auf ihn entfallenden Erbteil bis zu Erreichung seines 21. Lebensjahres (§ 2079 Satz 2 BGB). Denn der Erblasser hat die Testamentsvollstreckung bis zum 21. Lebensjahr des Beteiligten zu 2 ersichtlich mit Rücksicht auf die Werthaltigkeit des Nachlasses und das von ihm aufgebaute Unternehmen angeordnet. Diese Gesichtspunkte gelten aber auch – erst Recht – für den erst nach Testamentserrichtung geborenen weiteren Sohn.

Demgegenüber lässt sich ein hypothetischer Wille des Erblassers dahin ersichtlich nicht feststellen, dass er es in Kenntnis der Geburt eines weiteren Kindes im Testierzeitpunkt doch weitgehend bei der Begünstigung des Beteiligten zu 2 belassen hätte – jedenfalls dahingehend, dass er ihn als Erben zu  $\frac{3}{4}$  berufen hätte. Keiner der Beteiligten hat auch nur einen Anhalt dafür geben können, dass der Erblasser in diesem Fall seine Söhne erbrechtlich nicht gleich behandelt hätte. Dann bleibt es nach § 2079 Satz 1 BGB bei der Nichtigkeit der testamentarischen Berufung des Beteiligten zu 2 zum Alleinerben mit der Folge, dass die – nach der Enterbung ihrer Mutter – als gesetzliche Erben nach § 1924 BGB verbleibenden Beteiligten zu 2 und 3 Erben zu je  $\frac{1}{2}$  sind.

(...)

#### Anmerkung:

Der Beschluss beschäftigt sich mit der in Rechtsprechung und Literatur umstrittenen Frage, ob mit der Anfechtung gemäß § 2079 BGB die gesamte Verfügung von Todes wegen (Testament, gemeinschaftliches Testament oder Erbvertrag) unwirksam wird<sup>1</sup> oder nur diejenigen letztwilligen Verfügungen, die den Pflichtteilsberechtigten vom gesetzlichen Erbrecht ausschließen.<sup>2</sup>

Der Senat des OLG Schleswig hat sich zwar dogmatisch auf die Seite der herrschenden Meinung gestellt, jedoch die damit eigentlich eintretende Unwirksamkeit der Enterbung der Ehefrau dadurch vermieden, dass er insoweit im Rahmen des § 2079 Satz 1 BGB einen hypothetischen Fortgeltungswillen des Erblassers angenommen hat. In der Sache ist gegen dieses Ergebnis auch vom Standpunkt der Mindermeinung nichts einzuwenden, jedoch wäre diese dogmatisch konsequenter zum gleichen Ergebnis gelangt.

<sup>1</sup> BayObLG, Beschluss vom 26.3.2004, 1Z BR 114/03, NJW-RR 2005, 91; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.5.1998, 3 Wx 89/98, FamRZ 1999, 122; OLG Brandenburg, Beschluss vom 27.5.1997, 10 Wx 31/96, FamRZ 1998, 59; OLG Frankfurt, Beschluss vom 20.1.1995, 20 W 21/95, FamRZ 1995, 1522; OLG Hamburg, Urteil vom 20.12.1989, 5 U 164/89, FamRZ 1990, 910; *Palandt/Weidlich*, 75. Aufl. 2016, § 2079 Rdnr. 6; *Burandt/Rojahn/Czubayko*, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, § 2079 Rdnr. 23 und 24; *Dauner-Lieb u. a./Fleindl*, Anwaltskommentar Erbrecht, 2. Aufl. 2007, § 2079 Rdnr. 16 und 17; *Tiedtke*, JZ 1988, 649; *Kipp/Coing*, Erbrecht, § 24 III 1 b; ähnlich *Reinicke*, NJW 1971, 1961, 1962 f.

<sup>2</sup> BayObLG, Beschluss vom 22.4.1971, BReg. 1 Z 108/70, BayObLGZ 1971, 147; BayObLG, Beschluss vom 8.1.1975, BReg. 1 Z 70/74, BayObLGZ 1975, 6, 9; LG Darmstadt, Beschluss vom 20.11.1987, 5 T 1117/87, JZ 1988, 671; *Staudinger/Otte*, Neubearb. 2015, § 2079 Rdnr. 17; *Soergell/Loritz*, BGB, 13. Aufl. 2003, 2079 Rdnr. 9; differenzierend *Jung*, AcP 194 (1994), 42, 77 ff.

Entgegen der Auffassung des Senats hilft nämlich eine am Wortlaut haftende Auslegung des § 2079 BGB ebenso wenig wie der Vergleich mit der Anfechtungsvorschrift des § 2078 BGB.<sup>3</sup> Die Anfechtung aufgrund des § 2079 BGB stellt zwar einen Sonderfall zum Motivirrtum des § 2078 Abs. 2 BGB dar, doch unterscheiden sich die Tatbestandsvoraussetzungen in einem hier relevanten Punkt ganz wesentlich. Während im Rahmen des § 2078 Abs. 2 BGB die Ursächlichkeit des Irrtums für die errichtete Verfügung jeweils konkret festgestellt werden muss, führt gemäß § 2079 BGB allein die Tatsache der Unkenntnis vom Pflichtteilsrecht und der Übergehung des Pflichtteilsberechtigten zur Unwirksamkeit der Verfügung von Todes wegen. Einem Fortgeltungswillen des Erblassers verhilft im Rahmen des § 2079 BGB erst dessen Satz 2 zur Geltung, während im Rahmen des § 2078 BGB die Anfechtung mangels Kausalität scheitert. Im Gegensatz zur Testamentsanfechtung wegen Irrtums gemäß § 2078 BGB wird im Rahmen des § 2079 BGB von Gesetzes wegen vermutet, dass der Erblasser bei Kenntnis der Sachlage den Pflichtteilsberechtigten nicht übergangen hätte.<sup>4</sup> Diese unterschiedliche Ausgestaltung der Anfechtungstatbestände durch den Gesetzgeber darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass dem feststellbaren Erblasserwillen in beiden Fällen der Vorrang gebührt, sei es im Rahmen der Kausalitätsprüfung gemäß § 2078 Abs. 2 BGB oder sei es im Rahmen der Auslegung gemäß § 2079 Satz 2 BGB. Dahinter steht nämlich das in §§ 2084, 2085 BGB zum Ausdruck gekommene, das gesamte Erbrecht durchziehende Prinzip der geltungserhaltenden Auslegung des Erblasserwillens.<sup>5</sup> Folglich ist die Unwirksamkeit aller seiner Verfügungen stets nur ultima ratio, kommt also nur in Betracht, wenn nicht zur Überzeugung des Gerichts festgestellt werden kann, was der Erblasser anders verfügt hätte, wenn er sich nicht geirrt hätte. Die Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügungen ist also – entgegen der Ansicht des Senats – auch im Rahmen der nach dem Tod des Erblassers erfolgten Testamentsanfechtung gemäß § 2079 BGB vom Prinzip her nur die Ausnahme, aber nicht die Regel.

Darüber hinaus wird das richtige Verständnis des Anfechtungstatbestands durch seine Doppelfunktion beeinflusst. § 2079 BGB ermöglicht nämlich nicht nur die Anfechtung durch den Pflichtteilsberechtigten nach dem Tod des Erblassers, sondern auch eine durch diesen selbst, und zwar um sich von einer erbrechtlichen Bindung durch ein gemeinschaftliches Testament oder einen Erbvertrag zu befreien.

Im Falle der Selbstanfechtung durch den Erblasser ergibt § 2079 Satz 2 BGB allerdings keinen Sinn, weil in der Anfechtung der Aufhebungswille des Erblassers zwangsläufig zum Ausdruck gebracht worden ist. Bei der Anfechtung durch den Erblasser werden deshalb notwendigerweise alle bindend gewordenen Verfügungen des Erblassers unwirksam, unabhängig davon, ob sie den übergangenen Pflichtteilsberechtigten unmittelbar benachteiligen oder nicht.<sup>6</sup> So lässt sich auch die kategorische Aussage des § 2079 Satz 1 BGB erklären.

Im Falle der Anfechtung durch den Pflichtteilsberechtigten gemäß § 2079 BGB geht es dagegen (nur) um eine Korrektur des geäußerten Erblasserwillens. Damit wäre die umfassende Unwirksamkeitsfolge des § 2079 Satz 1 BGB nicht vereinbar. Das Prinzip der wohlwollenden Auslegung gebietet es jedoch – wie

weiter oben aufgezeigt –, Satz 1 dahin einzuschränken, dass nicht sämtliche Verfügungen des Erblassers zur Disposition gestellt werden, sondern nur diejenigen, die sich für den übergangenen Pflichtteilsberechtigten nachteilig auswirken. Nur bezüglich solcher Verfügungen kann es auf den hypothetischen Erblasserwillen gemäß § 2079 Satz 2 BGB ankommen. Die herrschende Meinung stellt demgegenüber auch in diesem Fall sämtliche Verfügungen des Erblassers unter diesen Auslegungsvorbehalt, vernichtet also entgegen §§ 2084, 2085 BGB den Erblasserwillen im Zweifel vollständig. Diese Auffassung ist durch den Normzweck, einen möglichen – und vom Gesetz vermuteten – Irrtum des Erblassers zu korrigieren, nicht gedeckt.<sup>7</sup>

Nach der auch von mir vertretenen und vom Senat des OLG Schleswig abgelehnten Auffassung<sup>8</sup> vernichtet die Anfechtung gemäß § 2079 BGB nur die den übergangenen Pflichtteilsberechtigten belastenden Verfügungen, wenn dieser nach dem Tod des Erblassers die Verfügung angefochten hat. Verfügungen, die den übergangenen Pflichtteilsberechtigten begünstigen, insbesondere Enterbungen im Sinne des § 1938 BGB sowie die Einsetzung anderer gesetzlicher Erben zu einer hinter dem gesetzlichen Erbteil zurückbleibenden Quote, also „teilweise Enterbungen“, bleiben im Rahmen des § 2079 BGB dagegen wirksam.<sup>9</sup> Auch die für alle Erben gleichermaßen geltenden Verfügungen, insbesondere die Beschränkung durch die Anordnung von Testamentsvollstreckungen, bleiben nach dieser Auffassung durch die Anfechtung gemäß § 2079 BGB unberührt. In beiden Fällen gebührt einem feststellbaren, abweichenden Erblasserwillen selbstverständlich der Vorrang.

Abschließend sei vor einer Überbewertung dieser Streitfrage gewarnt. Gerade der Beschluss des OLG Schleswig ist ein Beleg dafür, dass die praktischen Unterschiede gering und die Ergebnisse meistens identisch sein werden.<sup>10</sup> Allein für die Beweislast im Falle der Nichtfeststellbarkeit des hypothetischen Erblasserwillens ergeben sich praktisch bedeutsame Unterschiede, die den Ausgang eines Rechtsstreits beeinflussen können. Doch sollte hier der Grundsatz gelten: in dubio pro Wirksamkeit des geäußerten Erblasserwillens.

Notar Justizrat Dr. *Wolfgang Litzemberger*, Mainz

<sup>7</sup> *Staudinger/Otto*, Neubearb. 2015, § 2079 Rdnr. 17.

<sup>8</sup> BeckOK-BGB/*Litzemberger*, Stand: 1.5.2016, § 2079 Rdnr. 14 f.

<sup>9</sup> OLG Köln, Beschluss vom 13.4.1956, 8 W 16/56, NJW 1956, 1522; vgl. MünchKomm-BGB/*Leipold*, 6. Aufl. 2013, § 2079 Rdnr. 24; *Staudinger/Otte*, Neubearb. 2015, § 2079 Rdnr. 17.

<sup>10</sup> So auch OLG Brandenburg, Beschluss vom 27.5.1997, 10 Wx 31/96, FamRZ 1998, 59, 63.

12. BGB §§ 195, 197, 199, 2014, 213, 2314, 2325 (*Verjährung des Pflichtteilsanspruchs und des Auskunftsanspruchs in seinen unterschiedlichen Stärkegraden*)

1. **Die Auskunftsansprüche aus § 2314 BGB verjähren im Grundsatz selbstständig und unabhängig von dem Pflichtteilsanspruch.**

2. **Zur Frage, ob die klageweise Geltendmachung des Auskunftsanspruchs aus § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB auch die Verjährung der stärkeren Stufen des Auskunftsanspruchs (insbesondere den Anspruch auf ein notarielles Verzeichnis) hemmt.**

OLG Schleswig, Urteil vom 5.5.2015, 3 U 98/14

Die Klägerin – Tochter des am 3.3.2009 verstorbenen X – macht gegen den Beklagten – Enkel des Erblassers – im Rahmen einer Stufenklage Auskunftsansprüche geltend.

(...)

<sup>3</sup> Ausführlich hierzu *Staudinger/Otte*, Neubearb. 2015, § 2079 Rdnr. 18.

<sup>4</sup> BayObLG, Beschluss vom 26.3.2004, 1Z BR 114/03, NJW-RR 2005, 91, 93; BayObLG, Beschluss vom 20.12.2000, 1Z BR 133/00, NJW-RR 2001, 725, 727 m. w. N.

<sup>5</sup> OLG Köln, Beschluss vom 13.4.1956, 8 W 16/56, NJW 1956, 1522.

<sup>6</sup> MünchKomm-BGB/*Leipold*, 6. Aufl. 2013, § 2079 Rdnr. 24 f.

Das LG hat den Beklagten zur Auskunft durch Vorlage eines von einem Notar zu erstellenden Bestandsverzeichnisses über alle Zuwendungen und Schenkungen unter Angabe des Schenkungszeitpunktes verurteilt, die der Erblasser zugunsten des Beklagten und dessen Bruders Y innerhalb der letzten zehn Jahre vor dem Erbfall vorgenommen hat, mit Ausnahme der Schenkung eines Grundstücks in Kiel. Es hat den Beklagten weiter zur Auskunft über den Bestand des Nachlasses des Erblassers durch Vorlage eines von einem Notar zu erstellenden amtlichen Verzeichnisses verurteilt und die Klage in der Auskunftsstufe im Übrigen abgewiesen.

Mit seiner Berufung greift der Beklagte das Teilurteil wie folgt an:

(...)

Das Urteil spreche zudem in Ziffer 1. des Tenors etwas zu, was als Rechtsfolge im Gesetz so schlechterdings nicht vorgesehen sei. Der Beklagte werde nämlich verurteilt, „über alle Zuwendungen“ Auskunft zu geben. § 2314 Abs. 1 BGB betreffe dagegen die Auskunft über den Bestand des Nachlasses (stichtagsbezogen) und in § 2325 BGB sei nur die Rede von einer Schenkung. Im kodifizierten Recht finde sich kein Anspruch des Pflichtteilsberechtigten gegen den Erben bezüglich Auskunft über „Zuwendungen“.

Schließlich verkenne die angefochtene Entscheidung den wirksam erhobenen Verjährungseinwand. Anzuwenden sei § 2332 BGB. Die Norm gelte auch für Altfälle, wenn die aus § 2332 BGB herzuleitende Verjährung am 1.1.2010 – ab diesem Tag gelte die Neuregelung – noch nicht vollendet gewesen sei. Angesichts des Versterbens des Erblassers am 3.3.2009 sei Verjährungsbeginn spätestens mit Ablauf des Monats April 2009 anzunehmen. Also sei Anfang Mai 2012 der Verjährungsablauf vollendet gewesen. Zu diesem Zeitpunkt sei ein Anspruch auf notarielle Verzeichnisse aber noch nicht erhoben worden. Entgegen der angefochtenen Entscheidung bestehe ein Unterschied zwischen dem Anspruch auf Zahlung des Pflichtteils als solchen (§ 2303 BGB) und dem Kanon der Ansprüche aus § 2314 BGB sowie dem aus § 2325 BGB abzuleitenden Anspruch. Bei diesen Ansprüchen aus den §§ 2314, 2325 BGB handele es sich nicht um unselbstständige Hilfsansprüche zu § 2303 BGB. Als eigenständige Ansprüche unterliege jeder einzelne der in den §§ 2314, 2325 BGB geregelten Ansprüche einer je eigenen Verjährung, die unabhängig von der Verjährungsfrist der übrigen im Pflichtteilsrecht geregelten Ansprüche des Pflichtteilsberechtigten laufe und vollendet werde. Wer nur den „nackten Auskunftsanspruch aus § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB“ geltend mache, sehe sich der wirksamen Erhebung der Einrede der Verjährung ausgesetzt, wenn er vier Jahre nach Verjährungsbeginn nun die Anwesenheit bei Aufnahme des Verzeichnisses verlange, Wertgutachten begehre und auch die Aufnahme des Verzeichnisses durch den Notar verlange. Das verkenne die angefochtene Entscheidung. Im Umfang der Verurteilung habe es erstinstanzlich auch keinesfalls eine Hemmung der Verjährung gegeben, nämlich weder Verhandlungen noch eine Berufung des Beklagten auf ein Leistungsverweigerungsrecht über § 205 BGB.

(...)

Die Klägerin erwidert:

(...)

Soweit er den Begriff Zuwendungen beanstande, übersehe er, dass ausgleichspflichtige Zuwendungen bei der Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs zu berücksichtigen seien und darüber auch Auskunft zu erteilen sei (unter Verweis auf BGH, NJW 65, 1526 f.).

Pflichtteilsergänzungsansprüche habe die Klägerin in unverjährter Zeit gerade als Stufenklage bereits 2011 geltend gemacht. Damit sei auch der speziellere Auskunftsanspruch in Form eines notariellen Verzeichnisses erfasst, mit dessen Geltendmachung der Beklagte habe rechnen müssen. Die Erstreckung der Verjährungshemmung auf diese weitere Anspruchsform ergebe sich auch aus § 213 BGB.

Ihre Pflichtteilsansprüche habe die Klägerin ebenfalls in unverjährter Zeit mit Schriftsatz vom 1.3.2012 geltend gemacht. Weil der Anspruch hilfsweise als Mindestanspruch für den Fall verlangt worden sei, dass die Miterbenstellung nicht bewiesen werden könne, habe der Beklagte von vornherein mit der vollen Anspruchspalette aus § 2314 BGB rechnen müssen. Im Übrigen würden die §§ 204, 213 BGB greifen.

Ohnehin habe die dreijährige Verjährungsfrist für Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche nicht etwa schon mit dem Tode des Erblassers oder der Zustellung des „wirren“ Testamentskonvoluts an

die Klägerin Ende April 2009 zu laufen begonnen. Die Klägerin habe zu Recht davon ausgehen können, dass dieses Testament unwirksam sei. Den gesetzlichen Erben fehle die erforderliche Kenntnis von der beeinträchtigenden letztwilligen Verfügung, wenn sie berechnete Zweifel hätten und die Wirksamkeitsbedenken substantieller Art seien. Das sei hier der Fall, zumal schon das Nachlassgericht Beweis erhoben habe. Allerfrühestens mit Zustellung seines Beschlusses vom 24.10.2011 und der darin mitgeteilten Absicht, dem Beklagten einen Erbschein als Alleinerben zu erteilen, liege Kenntnis vor, die die Klägerin hätte zu verjährungshemmenden Maßnahmen veranlassen können.

Zudem sei die Anspruchsverjährung der Pflichtteilsansprüche gemäß § 203 BGB gehemmt, weil die Parteien wegen schwebender Vergleichsverhandlungen im Termin vom 28.10.2011 keinen Antrag gestellt und das Ruhen des Verfahrens vereinbart hätten.

Aus den Gründen:

## II.

Die zulässige Berufung hat keinen Erfolg. Das LG hat im Ergebnis zutreffend über die Auskunftsstufe entschieden.

(...)

2. Ohne Erfolg macht die Berufung geltend, der Klägerin sei zu Ziffer 1. des Tenors mit der Verpflichtung des Beklagten, „über alle Zuwendungen“ im Zehnjahreszeitraum Auskunft zu erteilen, etwas zugesprochen worden, was das Gesetz nicht kenne. Es ist anerkannt, dass sich die Auskunftsspflicht des Erben aus § 2314 Abs. 1 BGB nicht nur auf ergänzungspflichtige Schenkungen im engeren Sinne bezieht, sondern auch auf unbenannte Zuwendungen unter Ehegatten (hier nicht relevant), aber etwa auch auf ausgleichspflichtige lebzeitige Zuwendungen des Erblassers an Abkömmlinge im Sinne der § 2316 Abs. 1, §§ 2050, 2052, 2055 BGB (*Palandt/Weidlich*, 74. Aufl. 2015, § 2314 Rdnr. 9; *juris*(PK-BGB/*Birkenheier*, 7. Aufl. 2014, § 2314 Rdnr. 36; *Staudinger/Herzog*, Neubearb. 2014, § 2314 Rdnr. 22).

3. Die Verjährungseinrede des Beklagten greift im Ergebnis nicht durch.

Für die Verjährung der Auskunftsansprüche nach den §§ 2314, 2325 BGB hat bezogen auf den Erbfall am 3.3.2009 nach damaliger Gesetzeslage die 30-jährige Regelverjährung gegolten, und zwar auch nach der Schuldrechtsreform wegen § 197 Abs. 1 Nr. 1 BGB in der bis Ende 2009 geltenden Fassung (*Palandt/Edenhofer*, 68. Aufl. 2009, § 2314 Rdnr. 12; *Soergel/Dieckmann*, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2314 Rdnr. 22 mit Rechtsprechungsnachweisen). § 2332 BGB in der damals geltenden Fassung (Fassung vom 1.1.2002, 31.12.2009) ist auf den Auskunftsanspruch gerade nicht anwendbar gewesen (*Palandt/Edenhofer*, a. a. O.).

Gemäß Art. 229 § 23 Abs. 1 und 2 EGBGB ist auf den jedenfalls am 1.1.2010 noch nicht verjährten Auskunftsanspruch ab diesem Zeitpunkt die dreijährige Regelverjährung nach den §§ 195, 199 BGB anzuwenden (*Palandt/Edenhofer*, 69. Aufl. 2010, § 2314 Rdnr. 12). Verjährungsbeginn tritt dann mit Kenntnis vom Erbfall und Kenntnis von den den Anspruch begründenden Verhältnissen ein, aber erst ab Jahresende. Ablauf der Verjährung wäre dann frühestens am 31.12.2013.

a. Die Klage ist am 14.7.2011 eingereicht worden. Dort verlangt die Klägerin unter Ziffer 1. Auskunft über alle Zuwendungen und Schenkungen innerhalb der letzten zehn Jahre von dem Erbfall. Der ergänzte Antrag dahin, dass diese Auskunft durch Vorlage eines von dem zuständigen Notar erstellten Verzeichnisses erteilt werden soll, stammt aber erst aus dem Schriftsatz vom 7.3.2014.

Das LG hat abgestellt auf § 204 Abs. 1 Ziffer 1 BGB, wonach die Erhebung der Klage (aus dem Jahr 2011) die Verjährung

hemmt. Insoweit läge das Problem in der Reichweite der Hemmungswirkung.

Nach der Rechtsprechung stellt § 2314 BGB den Auskunftsanspruch in verschiedenen Stärkegraden zur Verfügung. Die Ansprüche können kumulativ neben- und nacheinander geltend gemacht werden (BGH, NJW 1961, 602 f., juris Rdnr. 22, und Senat, NJW-RR 2011, 946 ff., juris Rdnr. 14). Vor diesem Hintergrund spricht einiges dafür, dass die Lösung des LG zutreffend ist. Für die Reichweite der Hemmung ist grundsätzlich der prozessuale Anspruch und damit der Streitgegenstand, wie er durch den Klagantrag und den zu seiner Begründung vorgetragenen Lebenssachverhalt bestimmt wird, entscheidend (vgl. BGH, NJW-RR 2009, 544 Rdnr. 19, und MünchKomm-BGB/Grothe, 6. Aufl. 2012, § 204 Rdnr. 10). Sieht man in den verschiedenen Ausprägungen der Auskunftsansprüche aus § 2314 BGB nur verschiedene Stärkegrade des einheitlichen Auskunftsanspruchs, dürfte durch einen sich auf Auskunft beziehenden Klagantrag, der – wie hier – die stärkeren Stufen des Auskunftsanspruchs jedenfalls nicht ausschließt, auch die Hemmung der weiteren Stufen, bzw. richtiger der weiteren Stärkegrade des einheitlichen Auskunftsanspruchs, hier also des Anspruchs auf Auskunft durch Vorlage eines notariellen Verzeichnisses, erreicht werden. Richtig ist zwar, dass die Verantwortlichkeiten unterschiedlich sind, weil gerade bei dem hier verlangten notariellen Verzeichnis der Notar verantwortlich ist. Maßgeblich erscheint dem Senat allerdings, dass der Schuldner stets der Gleiche ist, nämlich der Erbe, an den sich der Anspruch in all seinen Stärkegraden jeweils richtet. Anders könnte es insoweit – wegen des abweichenden Anspruchsinhalts – für den Wertermittlungsanspruch sein.

Entgegen der Auffassung der Klägerin in der Berufungserwiderung hilft § 213 BGB für die angesprochene Problematik nicht weiter, denn diese Norm erfasst nur Ansprüche, die „aus demselben Grund wahlweise neben dem Anspruch oder an seiner Stelle gegeben sind“. Die Ansprüche müssen dazu im Verhältnis elektiver oder alternativer Konkurrenz stehen. Ansprüche, die kumulativ nebeneinander geltend gemacht werden können – wie hier der Auskunftsanspruch in seinen verschiedenen Stärkegraden im Rahmen von § 2314 BGB –, sind nicht gemeint (jurisPK-BGB/Lakkis, 7. Aufl. 2014, § 213 Rdnr. 5).

b. Das LG hat den Beklagten auch verurteilt, Auskunft über den Bestand des Nachlasses des Erblassers durch Vorlage eines notariellen Verzeichnisses zu erteilen.

Dieser Auskunftsanspruch – Bestand des Nachlasses – unterscheidet sich inhaltlich und damit auch hinsichtlich des Lebenssachverhalts von dem ursprünglich mit der Klage nur geltend gemachten Anspruch aus den §§ 2314, 2325 BGB betreffend Pflichtteilergänzung wegen Zuwendungen und Schenkungen im Zehnjahreszeitraum. Auf das Verhältnis von Pflichtteil und Pflichtteilergänzung ist § 213 BGB unanwendbar, es handelt sich um unterschiedliche Streitgegenstände (BGH, NJW 1996, 1743; Palandt/Ellenberger, 74. Aufl. 2015, § 213 Rdnr. 2). Der Antrag auf Auskunft über den Bestand des Nachlasses ist also nicht bereits durch Einreichung der Klage im Jahr 2011 gehemmt worden. Erstmalig geltend gemacht worden ist er mit dem Schriftsatz vom 12.3.2013, ohne dass dort aber ein notarielles Verzeichnis gefordert wurde. In dieser Fassung ist der Antrag zu Protokoll vom 14.6.2013, und wiederholend zu Protokoll vom 1.11.2013, gestellt worden. Mit Schriftsatz vom 7.3.2014, ist sodann dieser Antrag um das Verlangen ergänzt worden, die Auskunft durch ein notarielles Verzeichnis zu erteilen.

aa. Der Begründung des LG für die fehlende Verjährung des Anspruchs auf Auskunft über den Bestand des Nachlasses

durch Vorlage eines notariellen Verzeichnisses vermag der Senat allerdings nicht zu folgen.

Die Auskunftsansprüche aus § 2314 BGB sind nach ständiger Rechtsprechung des BGH (NJW 1961, 602 f. Rdnr. 25) Hilfsansprüche des Pflichtteilsanspruchs (§ 2303 BGB). Im Grundsatz gilt deshalb, dass die Auskunftsansprüche nicht mehr geltend gemacht werden können, wenn der Pflichtteilsanspruch verjährt ist. Das wird vornehmlich damit begründet, dass dann kein Informationsinteresse des Pflichtteilsberechtigten mehr besteht. Dazu gibt es allerdings Ausnahmen, die diskutiert werden (vgl. zu dieser Problematik nur Staudinger/Herzog, Neubearb. 2014, § 2314 Rdnr. 96, und MünchKomm-BGB/Lange, 6. Aufl. 2013, § 2314 Rdnr. 55).

Hier ist der Pflichtteilsanspruch selbst nicht verjährt, weil die Klage insoweit noch rechtzeitig erhoben worden und insofern Hemmung nach § 204 Ziffer 1 BGB eingetreten ist. Für den Pflichtteilsanspruch ist angesichts des Erbfalls am 3.3.2009 (hier zunächst ohne Problematik der Frage der Kenntnis der Klägerin) auf § 2332 BGB a. F. abzustellen (in Anwendung der Übergangsvorschrift in Art. 229 § 23 Abs. 1 Satz 2 EGBGB). Die Verjährung hätte deshalb bereits Anfang März 2012 ablaufen können. Sie ist aber jedenfalls durch den am 1.3.2012 eingegangenen Schriftsatz gehemmt worden, wie das LG in seinem Urteil ohne Widerspruch der Berufung näher ausführt. Soweit es um den Auskunftsanspruch betreffend den Bestand des Nachlasses geht, scheitert dieser Anspruch also nicht bereits an der Verjährung des Pflichtteilsanspruchs.

Das Argument des LG geht nun dahin, dass es sich bei diesem Anspruch aus § 2314 BGB um einen abhängigen Hilfsanspruch von dem fraglichen Hauptanspruch, nämlich dem Pflichtteilsanspruch, handelt und dass der abhängige Hilfsanspruch jedenfalls nicht früher verjähren könne, als der Hauptanspruch selbst. Dieser Rechtssatz lässt sich in den Kommentierungen oder einschlägigen Urteilen allerdings nicht finden. Er erscheint zweifelhaft. Die Auskunftsansprüche – wenngleich Hilfsansprüche – unterliegen im Grundsatz einer selbstständigen Verjährung. Bis Ende 2009 war es sogar so, dass für die Auskunftsansprüche die 30-jährige Verjährung galt, während für den Pflichtteilsanspruch selbst die kurze Verjährung nach § 2332 BGB a. F. eingriff (von daher stellte sich bis Ende 2009 das Problem einer Verjährung des Auskunftsanspruches bereits vor dem Pflichtteilsanspruch praktisch nicht).

Erst seit dem 1.1.2010 (Aufhebung von § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB a. F.) unterliegen Pflichtteilsanspruch und Auskunftsanspruch zwar gleichermaßen der Regelverjährung gemäß §§ 195, 199 BGB (Palandt/Edenhofer, 69. Aufl. 2010, § 2314 Rdnr. 12). Indes zeigen die ursprünglich unterschiedlichen Verjährungsfristen, dass der Gesetzgeber hinsichtlich der Verjährungsfrage durchaus von einer Selbstständigkeit ausgegangen ist. Der Pflichtteilsberechtigte hat es in der Hand, auch den Auskunftsanspruch geltend zu machen, wenn er denn seinen Pflichtteilsanspruch selbst erst unmittelbar vor Ablauf der Verjährung einklagt.

bb. Indes könnte hier vor dem aufgezeigten zeitlichen Hintergrund zunächst Entsprechendes wie oben zu a. ausgeführt gelten. Der Auskunftsanspruch betreffend den Nachlass ist jedenfalls noch 2013 in unverjährter Zeit rechtshängig gemacht worden. Die Hemmung nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB könnte den Auskunftsanspruch in dem höheren Stärkegrad „notarielles Verzeichnis“ erfassen, auch wenn dieser spezielle Anspruch erstmals mit Schriftsatz vom 7.3.2014 geltend gemacht worden ist, weil diese stärkere Stufe bei der Antragstellung 2013 jedenfalls nicht ausgeschlossen worden war.

cc. Der Senat braucht nicht abschließend zu entscheiden, ob die Reichweite der Hemmung wie oben zu a. und zu b. bb. angedeutet, auszudehnen ist. Die insoweit aufgeworfene Fragestellung ist offen und bisher in Rechtsprechung und Literatur nicht entschieden. Im Ergebnis kommt es auf sie hier aber nicht an.

Nach § 199 Abs. 1 BGB beginnt die regelmäßige Verjährungsfrist nämlich erst mit Ablauf des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste (nach § 2332 Abs. 1 BGB a. F. war Kenntnis des Pflichtteilsberechtigten vom Erbfall und von der ihn beeinträchtigenden Verfügung Voraussetzung für den Beginn des Laufs der Verjährungsfrist).

Es ist seit langem anerkannt, dass zur Kenntnis des Pflichtteils- bzw. Pflichtteilsergänzungsberechtigten von der ihn beeinträchtigenden Verfügung als Voraussetzung für den Beginn des Laufs der Verjährungsfrist die Kenntnis des Verfügungsinhalts als solche nicht genügt, wenn er die Verfügung aufgrund von Wirksamkeitsbedenken, die aus damaliger Sicht nicht von vornherein von der Hand zu weisen sind, für rechtsunwirksam hält (BGH, NJW 1964, 297 m. w. N.; BGH, NJW 1995, 1157 f., juris Rdnr. 15; BGH, NJW 2000, 288 f., juris Rdnr. 8; KG, FamRZ 2007, 682, juris Rdnr. 37; *Palandt/Weidlich*, a. a. O., § 2317 Rdnr. 13). Das kann für den Beginn des Laufs der Verjährungsfrist betreffend Auskunftsansprüche aus § 2314 BGB nicht anders sein, weil es sich dabei wie aufgezeigt um Hilfsansprüche handelt.

Im vorliegenden Fall macht die Klägerin zu Recht geltend, dass danach die Verjährung für sämtliche hier fraglichen Auskunftsansprüche frühestens ab Kenntnis der Entscheidung des Nachlassgerichts vom 24.10.2011 (1 VI 826/09, AG Kiel) zu laufen begonnen hat, bezüglich derer das AG nach Einholung eines Gutachtens der Schriftsachverständigen Frau Z., von schriftlichen Zeugenaussagen und Beiziehung der Betreuungsakte nebst Auswertung eines dort erstatteten Gutachtens zu dem Ergebnis gekommen ist, es liege ein wirksames Testament vor, aufgrund dessen der Beklagte Alleinerbe sei.

Auch ohne Beiziehung der Nachlassakte ist den im vorliegenden Verfahren eingereichten Unterlagen zu entnehmen, dass die Klägerin im Nachlassverfahren die eigenhändige Erstellung des vierreitigen Testamentskonvoluts bestritten hat, woraufhin das Sachverständigengutachten eingeholt worden ist (vom 15.4.2010 – mit unterschiedlichen Ergebnissen zum Wahrscheinlichkeitsgrad; die Wörter „Schönschrift“ können danach dem Erblasser nicht zugeordnet werden). Dem Nachlassgericht lag auch das (vierseitige) Gutachten des Facharztes für Neurologie, Psychiatrie und Psychotherapie Dr. B. aus dem Betreuungsverfahren vom 3.2.2009 vor, dem eine Untersuchung des damals noch lebenden Erblassers (geb. 6.3.1908) vom 26.1.2009 zugrunde lag und das zu dem Ergebnis kommt, der psychopathologische Befund sei altersentsprechend unauffällig, es bestehe aus psychiatrischer Sicht keine Notwendigkeit zur Einrichtung einer rechtlichen Betreuung, weil der Begutachtende noch in der Lage sei, das Wesen von Vollmachten (eine solche hatte er dem Beklagten erteilt) zu überblicken. Das Gutachten berichtet allerdings auch von einem angespannten Verhältnis im Zusammentreffen mit der Tochter und dem Enkel (den Parteien dieses Verfahrens).

Die Klägerin hat noch in der Beschwerdebegründung vom 30.1.2012 betreffend den Beschluss des Nachlassgerichts die Testierfähigkeit des im Zeitpunkt der Testamentserrichtung 100-jährigen Erblassers in Abrede genommen und die Vernehmung von Zeugen verlangt. Auch hat sie geltend ge-

macht, bei dem Testamentskonvolut handele es sich nur um Schreibübungen ohne Testierwillen. Entsprechend hat sie auch im vorliegenden Rechtsstreit seit dem Schriftsatz vom 1.3.2012 im Wege des Feststellungsantrags geltend gemacht, gesetzliche Erbin geworden zu sein. Das LG hat zur Frage der Testierfähigkeit am 16.8.2013 einen umfangreichen Beweisbeschluss erlassen und zu Protokoll vom 1.11.2013 mehrere Zeugen vernommen. Es hat sodann mit Beweisbeschluss vom 6.12.2013 ein Sachverständigengutachten eingeholt, das der Facharzt für Neurologie, Psychiatrie und Psychotherapie Dr. S. unter dem 6.8.2014 mit dem Ergebnis erteilt hat, dass sich zwar keine sicheren Hinweise für das Vorliegen einer Testierunfähigkeit ergeben würden, weil hinreichende Anknüpfungstatsachen fehlen würden. Indes führt er aus, dass Befragungen der Zeugen unter Zuziehung des Sachverständigen und Befragung von behandelnden Ärzten noch in Betracht zu ziehen seien. Allerdings hat die Klägerin mit Schriftsatz vom 22.9.2014 daraufhin ihren Feststellungsantrag betreffend ihre Miterbenstellung zurückgenommen, weil sie – selbst Fachärztin für Allgemeinmedizin, psychosomatische Medizin und Psychiatrie – zwar am besten den geistigen Zustand ihres hochbetagten Vaters beurteilen könne, aber den Eindruck habe, dass es wohl sinnlos sei, weitere Bemühungen zur Klärung der Testierfähigkeit anzustellen.

Ausgangspunkt für eine Bewertung ist das Testamentskonvolut. Es ist für den Senat nachvollziehbar, wenn die Klägerin dieses Testamentskonvolut mehrfach dahin beschreibt, dass es einen „wirren Eindruck“ mache, sich für sie nur als Schreibübung darstelle, wenn es denn überhaupt vom Erblasser stamme. Jedenfalls die Worte „Schönschrift“ sollen nach Auffassung der Sachverständigen N. nicht vom Erblasser stammen. Der weitere Schluss der Klägerin unter Berücksichtigung ihrer eigenen Einschätzung als Ärztin, der Vater sei nicht mehr testierfähig gewesen, erscheint dann – trotz des zeitnahen Betreuungsgutachtens – jedenfalls nicht als von vornherein von der Hand zu weisen. Genauso haben es auch das Nachlassgericht und im vorliegenden Verfahren angesichts der Beweisaufnahme das LG gesehen. Dann aber greift die oben genannte Rechtsprechung (mit ihren nicht sehr hohen Anforderungen an die Wirksamkeitsbedenken) mit der Folge ein, dass die Verjährung sämtlicher Auskunftsansprüche nicht vor dem Beschluss des Nachlassgerichts vom 24.10.2011 zu laufen begonnen hat und die Frist mithin erst am 31.12.2014 abgelaufen ist.

Verjährung der geltend gemachten Auskunftsansprüche ist dann jedenfalls aus diesem Grunde nicht eingetreten.

(...)

#### Anmerkung:

Mit einer verblüffenden Regelmäßigkeit ist § 2314 BGB Gegenstand der jüngeren obergerichtlichen Rechtsprechung.<sup>1</sup> Auch die vorliegende Entscheidung befasst sich – von prozesualen Fragestellungen, auf welche hier nicht näher eingegangen werden soll, abgesehen – mit zwei Problemfeldern bei der Anwendung dieser Norm. Zum einen geht es darum, inwieweit zu Lebzeiten des Erblassers erfolgte Zuwendungen in ein Nachlassverzeichnis im Sinne des § 2314 Abs. 1 BGB aufzunehmen sind; zum anderen bemüht sich das Gericht um die

<sup>1</sup> Vgl. zuletzt etwa OLG Karlsruhe, Beschluss vom 9.12.2014, 8 U 187/13, MittBayNot 2015, 496; OLG Köln, Urteil vom 10.1.2014, 1 U 56/13, MittBayNot 2015, S. 52 ff. mit Anmerkung *Weidlich*; OLG Koblenz, Beschluss vom 18.3.2014, 2 W 495/13, NJW 2014, 1972 f.; OLG München, Urteil vom 27.1.2014, 19 U 3606/13, ZEV 2014, 365.

Klärung verschiedener verjährungsrechtlicher Fragen im Rahmen der sich aus § 2314 BGB ergebenden Auskunftsansprüche.

### 1. Inhaltliche Reichweite des Nachlassverzeichnisses bezüglich lebzeitiger Zuwendungen

Angesichts des Gesetzeswortlauts, welcher in § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB lediglich die Auskunftserteilung „über den Bestand des Nachlasses“ vorsieht, machte der Auskunftsverpflichtete geltend, dass das Nachlassverzeichnis lediglich den tatsächlichen Bestand zum Zeitpunkt des Erbfalles und ggf. in § 2325 BGB angesprochene Schenkungen enthalten müsse. Im „kodifizierten Recht“ finde sich kein darüber hinaus gehender Auskunftsanspruch über sonstige Zuwendungen. Das Gericht geht hierauf nur mit einem einzigen Satz ein, wobei es an Stelle einer argumentativen Begründung lediglich eine Reihe von Fundstellen aus der juristischen Literatur zitiert und darauf verweist, dass seine Auffassung „anerkannt“ sei. Zwar entspricht die Auffassung des OLG Schleswig tatsächlich der ganz herrschenden Meinung.<sup>2</sup> Angesichts des vom Auskunftsverpflichteten vorgebrachten Wortlautarguments und der Tatsache, dass selbst eine einhellige Expertenmeinung in der kontinentaleuropäischen Rechtstradition (anders etwa als „Idschma“ im islamischen Recht) keine normative Wirkung hat, wäre hier allerdings eine echte Begründung angebracht gewesen. Dies gilt umso mehr, als schon die Einbeziehung der zu Pflichtteilergänzungsansprüchen im Sinne des § 2325 BGB führenden Schenkungen in die Auskunftspflicht angesichts der systematischen Stellung des § 2314 BGB nicht gerade zwingend erscheint.

Diese Kritik darf freilich nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Auffassung des Gerichts, den Auskunftsanspruch auch auf den sog. fiktiven Nachlassbestand zu erstrecken, im Ergebnis dennoch zutreffend ist. Eine Begründung dieser Auffassung wäre mit Blick auf den Sinn und Zweck des Auskunftsanspruchs auch ohne Weiteres möglich gewesen: Funktion des in § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB geregelten Auskunftsanspruchs ist es, das strukturelle Informationsdefizit des Pflichtteilsberechtigten, der keinen Zugriff auf den Nachlass hat und sich daher Informationen zu dessen Zusammensetzung nicht selbst verschaffen kann, auszugleichen. Ein solches strukturelles Informationsdefizit besteht allerdings in aller Regel in mindestens gleichem Maße hinsichtlich solcher Gegenstände, die beim Erbfall aufgrund lebzeitiger Zuwendungen des Erblassers nicht mehr vorhanden sind. Denn Unterlagen des Erblassers, aus denen sich derartige Zuwendungen ergeben, liegen zwar regelmäßig dem Erben, nicht aber dem Pflichtteilsberechtigten vor. Auch kann nur der Rechtsnachfolger des Erblassers, nicht aber der Pflichtteilsberechtigte bei Dritten, etwa Banken oder dem Grundbuchamt, entsprechende Informationen beschaffen. Es wäre daher mit dem Sinn und Zweck des § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB, dem Pflichtteilsberechtigten die Realisierung seiner Ansprüche zu ermöglichen, nicht zu vereinbaren, die Auskunft nur auf den tatsächlichen Nachlassbestand zu beschränken. Vielmehr gebietet es dieser Zweck, die Vorschrift über den Wortlaut hinaus dahingehend auszulegen, dass auch über ergänzungs- und ausgleichungspflichtige Zuwendungen Auskunft zu erteilen ist.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Vgl. nur BGH, Urteil vom 2.11.1960, V ZR 124/59, NJW 1961, 602 ff.; Palandt/Weidlich, 75. Aufl. 2016, § 2314 Rdnr. 9 m. w. N.; BeckOK-BGB/Müller, Stand 1.8.2016, § 2314 Rdnr. 12 ff. m. w. N. sowie die in der Entscheidung selbst zitierten Fundstellen.

<sup>3</sup> So bereits: BGH, Urteil vom 2.11.1960, V ZR 124/59, NJW 1961, 602 f.

### 2. Verjährung der Auskunftsansprüche des § 2314 BGB

Ausführlich geht das Gericht dagegen auf einen anderen Aspekt ein, nämlich die Verjährung. Das Gericht kommt dabei zu dem Ergebnis, dass die Verjährung der Ansprüche des Pflichtteilsberechtigten aufgrund der zunächst bestehenden und nicht von vornherein von der Hand zu weisenden Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers nicht vor dem 24.10.2011 anliefe. Somit wäre schon aus diesem Grund die Verjährungsfrist erst am 31.12.2014 abgelaufen und seien daher alle Anträge noch zu unverjährter Zeit gestellt worden. Zudem untersucht das Gericht, obwohl diese Frage aus seiner Sicht letztlich nicht entscheidungserheblich war, relativ ausführlich das Verhältnis der Verjährung der verschiedenen in § 2314 BGB geregelten Auskunftsarten untereinander sowie deren Verhältnis zur Verjährung des Pflichtteilsanspruchs.

#### a) Verhältnis der Verjährung der verschiedenen Auskunftsarten des § 2314 BGB untereinander

Erkennbar neigt das Gericht dazu, es für die Hemmung des Anspruchs auf Vorlage eines notariellen Verzeichnisses bereits ausreichen zu lassen, wenn die Vorlage eines privaten Nachlassverzeichnisses in verjährungshemmender Weise geltend gemacht wurde. Das Gericht begründet dies mit der Erwägung, dass es sich letztlich um zwei unterschiedliche Stärkegrade eines einheitlichen Anspruchs handele. Vollends zu überzeugen vermag dies freilich nicht. Zwar ist es zutreffend, dass sich das private Verzeichnis und das notarielle Verzeichnis inhaltlich nicht unterscheiden<sup>4</sup> und der Schuldner der Auskunft jeweils dieselbe Person, nämlich der Erbe, ist. Dies ändert jedoch nichts daran, dass der Inhalt des jeweiligen Anspruchs (und hierauf, nicht auf den Inhalt des jeweiligen Verzeichnisses kommt es meines Erachtens entscheidend an) gänzlich unterschiedlich ist. Während der Erbe beim privaten Verzeichnis verpflichtet ist, eigenes – ggf. von ihm erst zu verschaffendes – Wissen weiterzugeben,<sup>5</sup> ist er beim notariellen Verzeichnis verpflichtet, eine entsprechende Tätigkeit des Notars zu veranlassen und im Rahmen des notariellen Verfahrens mitzuwirken. Es geht im Rahmen des notariellen Verzeichnisses nach § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB gerade nicht darum, dass der Notar die Erklärungen des Auskunftsverpflichteten beurkundet.<sup>6</sup> Vielmehr hat das notarielle Verzeichnis die Wahrnehmungen des Notars über den Nachlassbestand zum Inhalt.<sup>7</sup> Insofern unterscheidet sich die vom Auskunftsverpflichteten beim Notarverzeichnis geforderte Handlung („beauftrage einen Notar“) nicht wesentlich vom Fall des Wertermittlungsanspruchs (in der Regel „beauftrage einen Sachverständigen“). Wenn also, wie das Gericht erwägt, das Verlangen des privaten Verzeichnisses „wegen des abweichenden Anspruchsinhalts“ nicht auch die Verjährung des Wertermittlungsanspruchs hemmt, so müsste dies aufgrund des ebenfalls abweichenden Anspruchsinhalts auch für den Anspruch auf das notarielle Nachlassverzeichnis gelten.

#### b) Unterschiedliche Verjährung hinsichtlich der Auskunft über den tatsächlichen und über den fiktiven Nachlass?

Im Ergebnis zutreffend, wenn auch mit fragwürdiger Begründung, sind die Ausführungen des Gerichts zum verjährungs-

<sup>4</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 2.11.1960, V ZR 124/59, NJW 1961, 602, 603.

<sup>5</sup> BGH, Urteil vom 9.11.1983, IVa ZR 151/82, NJW 1984, 487, 488; Palandt/Weidlich, 75. Aufl. 2016, § 2314 Rdnr. 13 m. w. N.

<sup>6</sup> Vgl. hierzu Braun, MittBayNot 2008, 351 m. w. N.

<sup>7</sup> BGH, Urteil vom 2.11.1960, V ZR 124/59, NJW 1961, 602, 604.

rechtlichen Verhältnis des Anspruchs auf Auskunft wegen potenziell nachlassmindernder Schenkungen und des Anspruches auf Auskunft über den tatsächlichen Nachlassbestand. Das Gericht geht davon aus, dass ein ausschließlich auf den fiktiven Nachlass beschränktes Auskunftsbegehren nicht auch die Verjährung hinsichtlich einer auf den tatsächlichen Nachlassbestand gerichteten Auskunft hemmt. Dies ist richtig. Allerdings nicht deshalb, weil § 213 BGB auf das Verhältnis von Pflichtteil und Pflichtteilsergänzung nicht anwendbar ist. Denn die geltend gemachten Auskunftsansprüche sind weder mit den Pflichtteils- noch mit den Pflichtteilsergänzungsansprüchen, deren Realisierung sie dienen, identisch. Vielmehr handelt es sich um eigenständige Ansprüche, die – wie das Gericht an anderer Stelle selbst ausführt (vgl. unten c) – einer eigenständigen Verjährung unterliegen.

Schwer verständlich ist auch, was das Gericht unter dem „Anspruch aus den §§ 2314, 2325 BGB“ versteht. Soll es sich hierbei um einen aus materiellrechtlicher Sicht eigenständigen Anspruch auf Auskunft über den fiktiven Nachlass handeln, welcher neben einen Anspruch aus § 2314 BGB (i. V. m. § 2303 BGB?) tritt? Abgesehen davon, dass sich in § 2314 BGB weder eine Verweisung auf § 2303 noch auf § 2325 BGB findet, wäre dies kein uninteressanter Gedanke. Er widerspricht jedoch der vom OLG Schleswig unmittelbar zuvor zitierten allgemeinen Meinung (vgl. hierzu oben 1.). Nach dieser erstrecken sich die Auskunftspflichten aus § 2314 BGB zwar auf den fiktiven Nachlass. Es handelt sich jedoch jeweils um einheitliche Ansprüche auf ein Nachlassverzeichnis (bzw. eine Wertermittlung). Unterschiedliche Ansprüche auf gesonderte Verzeichnisse für den realen und den fiktiven Nachlass bestehen nicht. Von Bedeutung ist dies insbesondere in denjenigen Fällen, in denen ein Pflichtteilsberechtigter ohne nähere Bezeichnung oder Einschränkung „ein Nachlassverzeichnis“ verlangt. Dieses hat – egal, ob es sich um ein privates oder notarielles Verzeichnis – handelt, sowohl den realen und fiktiven Nachlass zu enthalten, und zwar ohne dass dies besonders beantragt werden müsste.

Obwohl sich aus § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB ein einheitlicher Anspruch auf Auskunft über den realen und den fiktiven Nachlassbestand ergibt, ist der Auskunftsbeauftragte nicht gehindert, seinen Anspruch nur teilweise gerichtlich geltend zu machen. Eine solche Teilklage hemmt die Verjährung aufgrund ihres eingeschränkten Streitgegenstandes nur für den eingeklagten Teil.<sup>8</sup> Aus diesem Grund – nicht jedoch wegen des Bestehens verschiedener Ansprüche – hemmt daher ein explizit nur auf den fiktiven Nachlass gerichtetes Auskunftsbegehren die Verjährung bezüglich des realen Nachlassbestandes nicht.

### c) Verhältnis der Verjährung des Auskunftsanspruchs und der Verjährung des Pflichtteilsanspruchs

Neben dem verjährungsrechtlichen Verhältnis der verschiedenen Auskunftsarten des § 2314 BGB untereinander untersucht das Gericht auch das Verhältnis des Auskunftsanspruchs zur Verjährung der pflichtteilsrechtlichen Ansprüche. Anders als die Vorinstanz kommt das OLG Schleswig dabei zu dem Ergebnis, dass die Auskunftsansprüche auch dann verjähren, wenn die Verjährung der Ansprüche auf den Pflichtteil und Pflichtteilsergänzung gehemmt wurde. Dies verdient uneingeschränkte Zustimmung. Wie das Gericht betont, folgt aus der Natur der Auskunftsansprüche als Hilfsansprüche zwar in aller Regel, dass nach Verjährung der entsprechenden pflichtteilsrechtlichen Hauptansprüche kein Rechtsschutzbedürfnis für eine Auskunft besteht. Die von der Vorinstanz angestellte

Überlegung, dass daher auch umgekehrt eine Verjährung der Hilfsansprüche nicht vor Verjährung der Hauptansprüche eintreten könne, lehnt das OLG jedoch mit Recht ab. Eine derartige Verknüpfung von Haupt- und Hilfsanspruch findet keine Grundlage im geltenden Recht und erscheint auch nicht sachgerecht. Neben den vom OLG Schleswig für die unabhängige Verjährung der Auskunftsansprüche vorgebrachten Argumenten (ursprünglich bis 31.12.2009, abweichende Verjährungsfristen von Pflichtteils- und Auskunftsanspruch; Möglichkeit des Pflichtteilsberechtigten, mit der Klage auf den Pflichtteilsanspruch auch sogleich den Auskunftsanspruch geltend zu machen) spricht hierfür nicht zuletzt auch Folgendes: Je länger der Erbfall zurückliegt, desto größer sind in der Regel die tatsächlichen Schwierigkeiten, den Nachlassbestand beim Erbfall und einen etwaigen fiktiven Nachlass korrekt zu ermitteln. Die zwischenzeitlich geltende relativ kurze Regelverjährung für die sich aus § 2314 BGB ergebenden Ansprüche ist daher sachgerecht. Es ist dem Pflichtteilsberechtigten ohne Weiteres zuzumuten, innerhalb dieser Frist zu entscheiden, ob er für die Verwirklichung seiner Pflichtteilsansprüche die in § 2314 BGB genannten Auskünfte benötigt. Demgegenüber wäre es nicht angemessen, dem Pflichtteilsberechtigten zu gestatten, die Verjährungsfrist mittelbar dadurch zu verlängern, dass er mit der Geltendmachung der Pflichtteilsansprüche bis kurz vor Eintritt der Verjährung zuwartet und ein Auskunftsverlangen dann zu einem späteren Zeitpunkt nachschiebt.

### 3. Fazit

Die Entscheidung des OLG Schleswig für eine vom Pflichtteilsanspruch unabhängige Verjährung der sich aus § 2314 BGB ergebenden Auskunftsansprüche verdient uneingeschränkte Zustimmung. Ob dagegen die vom Gericht zur gegenseitigen Abhängigkeit der Verjährung der verschiedenen Auskunftsarten angestellten Überlegungen wirklich zutreffen, ist zu bezweifeln. Meines Erachtens sprechen die besseren Argumente für eine unabhängige Verjährung hinsichtlich jeder in § 2314 BGB geregelten Auskunftsart. Ebenso wie vom Pflichtteilsberechtigten erwartet werden kann, dass er während der Verjährungsfrist entscheidet, ob er überhaupt eine Auskunft verlangt und ob er dieses Verlangen auf den fiktiven Nachlass beschränkt, kann auch erwartet werden, dass er innerhalb der Frist entscheidet, welche der möglichen Auskünfte er benötigt.

Notar *Stefan Braun*, LL.M. (L. S. E., London), Maître en droit (Paris), Erlangen

## Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

13. GmbHG § 47 Abs. 4 (*Zustimmungspflicht eines GmbH-Gesellschafters aufgrund seiner Treuepflicht*)

**1. Aufgrund der Treuepflicht muss der Gesellschafter einer Maßnahme zustimmen, wenn sie zur Erhaltung wesentlicher Werte, die die Gesellschafter geschaffen haben, oder zur Vermeidung erheblicher Verluste, die die Gesellschaft bzw. die Gesellschafter erleiden könnten, objektiv unabweisbar erforderlich ist und den Gesellschaftern unter Berücksichtigung ihrer eigenen schutzwürdigen Belange zumutbar ist, also wenn der Gesellschaftszweck und das Interesse der Gesellschaft gerade diese Maßnahme zwingend gebieten und der Gesellschafter seine Zustimmung ohne vertretbaren Grund verweigert.**

<sup>8</sup> BeckOGK-BGB/Meller-Hannich, Stand 21.7.2016, § 204 Rdnr. 62.

- 2. Soweit ein Gesellschafter durch die Treuepflicht nicht zur Zustimmung verpflichtet ist, darf er sie zu einer vorgeschlagenen Maßnahme verweigern, selbst wenn seine Beweggründe dafür sachwidrig und unverständlich erscheinen. Eine Beschränkung dieser Stimmrechtsausübungsfreiheit kommt nur im Ausnahmefall in Frage, wenn der Gesellschaftszweck objektiv eine bestimmte Maßnahme zwingend gebietet und dem Gesellschafter die Zustimmung zumutbar ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 3. Wenn ein Gesellschafter aufgrund seiner gesellschaftlichen Treuepflicht zur Zustimmung verpflichtet war, ist seine abweichend abgegebene Stimme unwirksam und der beantragte Beschluss zustande gekommen (Fortführung von BGH, Urteil vom 21.7.2008, II ZR 39/07). (Leitsatz der Schriftleitung)**

BGH, Urteil vom 12.4.2016, II ZR 275/14

Die beklagte GmbH ist die Konzernholdinggesellschaft der M. Gruppe. Die M. Märkte werden als Einzelgesellschaften der Beklagten betrieben. Dabei wird regelmäßig für jeden Markt eine eigene Gesellschaft gegründet, die dann die erforderlichen Mietverträge abschließt.

Die Klägerin ist an der Beklagten mit 21,62 %, die Streithelferin der Beklagten, ein Konzernunternehmen der M. AG, mit dem Rest beteiligt. Beschlüsse der Gesellschafterversammlung der Beklagten erfordern eine Mehrheit von 80 % der Stimmen.

Nach dem Ausscheiden des letzten Gründungsgesellschafters aus der Geschäftsführung im Jahr 2010 beschloss die Gesellschafterversammlung der Beklagten mit den Stimmen der Streithelferin die Einrichtung eines in der Satzung vorgesehenen Beirats. Die dagegen gerichtete Beschlussmängelklage der Klägerin hatte keinen Erfolg (OLG München, ZIP 2012, 1756).

In einem Schiedsverfahren zwischen den Gesellschaftern wurde am 8.8.2011 festgestellt, dass Beschlüsse des Beirats mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen nach Köpfen gefasst werden. Außerdem wurde festgestellt, dass der Beirat für die Zustimmung zu bestimmten Maßnahmen und Geschäften der Geschäftsführung der Beklagten zuständig ist, unter anderem zu dem Abschluss von Mietverträgen mit einer Laufzeit von über fünf Jahren und einem jährlichen Verpflichtungsvolumen von mehr als 300.000 DM durch die Beklagte. Der Schiedsspruch ist rechtskräftig für vollstreckbar erklärt (vgl. BGH, Beschluss vom 16.4.2015, I ZB 3/14, ZIP 2015, 2019).

Im Laufe des Jahres 2012 arbeitete die Geschäftsführung der Beklagten Vorschläge für die Eröffnung neuer Standorte im In- und Ausland und für den Neuabschluss von Mietverträgen bei Einzelgesellschaften aus und legte diese entsprechend der bisherigen Praxis den Gesellschaftern zur Zustimmung im Umlaufverfahren vor. Die Streithelferin teilte der Geschäftsführung mit, dass von ihrer Seite aus keine Einwände gegen die vorgeschlagenen Standortmaßnahmen bestünden, eine Vorlage an Gremien der Beklagten jedoch nicht erforderlich sei. Die Klägerin beantragte gegenüber der Geschäftsführung der Beklagten, die Beschlussfassung über die Standortmaßnahmen auf die Tagesordnung der bereits anberaumten Gesellschafterversammlung vom 5.12.2012 zu nehmen. Die Geschäftsführung der Beklagten setzte als Tagesordnungspunkt 13 „Gesellschafterbeschlussvorlagen der Geschäftsführung“ auf die Tagesordnung, der Vorschläge über insgesamt 51 Standortmaßnahmen enthält.

Am 5.12.2012 beschloss die Gesellschafterversammlung der Beklagten in 38 von 50 Fällen die vorgeschlagenen Standortmaßnahmen einvernehmlich. Eine Standortmaßnahme wurde von der Tagesordnung genommen. In neun Fällen stimmte die Streithelferin gegen die vorgeschlagenen Maßnahmen, in drei Fällen enthielt sie sich der Stimme; die Klägerin stimmte in allen Fällen für die vorgeschlagenen Maßnahmen. Die Streithelferin hatte dazu vor der Abstimmung erklärt, dass sie in diesen Fällen nicht aus inhaltlichen, sondern nur aus formalen Gründen eine ablehnende Stimme abgebe oder sich enthalte, weil diese Maßnahmen jeweils nicht von der Gesellschafterversammlung zu beschließen seien, sondern von der Geschäftsführung ohne Zustimmung der Gesellschafter durchgeführt werden könnten.

Mit ihrer Anfechtungs- und Feststellungsklage hat die Klägerin in den neun Fällen, in denen die Streithelferin gegen die jeweiligen Standortmaßnahmen gestimmt hat, die Nichtigerklärung der mit der Stimmenmehrheit der Streithelferin beschlossenen Ablehnung und im Weg der positiven Feststellungsklage die Feststellung begehrt, dass in diesen Fällen sowie in den Fällen, in denen sich die Streithelferin der Stimme enthalten habe, jeweils positiv festgestellt werde, dass die Gesellschafterversammlung der Beklagten beschlossen habe, dass die jeweiligen Standortmaßnahmen umzusetzen seien. Das OLG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das OLG der Anfechtungsklage und der positiven Beschlussfeststellungsklage mit der Begründung, die Stimmabgabe der Streithelferin sei treuwidrig gewesen und daher nichtig, insoweit stattgegeben, als die Streithelferin mit Nein gestimmt hat (neun Standortmaßnahmen). Dagegen wenden sich die Beklagte und ihre Streithelferin mit der vom erkennenden Senat zugelassenen Revision.

Die Revisionen haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Abweisung der Klage.

Das Berufungsgericht (OLG München, GmbHR 2015, 84) hat ausgeführt: Soweit die Streithelferin gegen die Beschlussvorschläge gestimmt habe, seien die Klageanträge begründet. Die Stimmabgabe der Streithelferin sei insoweit treuwidrig und daher unwirksam gewesen, sodass den Beschlussvorschlägen mit der erforderlichen Mehrheit zugestimmt worden sei. Grundsätzlich dürfe jeder Gesellschafter das ihm zustehende Stimmrecht nach Belieben ausüben. Eine Wahrnehmung der Rechte sei aber treuwidrig, soweit sie nicht geeignet oder nicht erforderlich sei, die berechtigten eigenen Interessen des Gesellschafters zu wahren, vor allem, soweit dafür ein milderer Mittel genüge. Dabei komme es nicht entscheidend darauf an, ob die Standortmaßnahmen aufgrund der Satzungsbestimmungen oder der sog. M.-Vereinbarung von der Geschäftsführung nur mit Zustimmung der Gesellschafterversammlung vorgenommen werden dürften. Auch wenn man davon ausgehe, dass die Maßnahmen auch ohne Zustimmung der Gesellschafterversammlung hätten getroffen werden können, sei die Streithelferin aufgrund ihrer Treuepflicht dennoch gehindert gewesen, gegen die Beschlussvorschläge zu stimmen. Maßgeblich sei, dass die Maßnahmen im Interesse der Gesellschaft lägen und die Zwecke der Gesellschaft förderten.

Ein hinreichend sachlicher Grund dafür, dass die Streithelferin trotz inhaltlicher Zustimmung zu den vorgeschlagenen Standortmaßnahmen gegen die Beschlussvorschläge gestimmt habe, sei weder dargetan noch sonst ersichtlich. Ein anzuerkennender Grund könne nicht darin gesehen werden, dass die vorgeschlagenen Maßnahmen nach Auffassung der Streithelferin nicht der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedürft hätten. Ein Gesellschafter und die Geschäftsführung seien grundsätzlich nicht daran gehindert, einzelne Geschäftsführungsmaßnahmen der Gesellschafterversammlung zur Beschlussfassung vorzulegen, auch wenn diese nach der Satzung nicht der Zustimmung durch die Gesellschafterversammlung bedürften. Dies gelte jedenfalls dann, wenn wie hier die zur Abstimmung gestellten Maßnahmen von nicht unerheblicher Bedeutung für die Gesellschaft seien. Die Standortmaßnahmen, die den Abschluss oder die Fortführung längerfristiger Mietverhältnisse und die Gründung einer neuen Vor-Ort-Gesellschaft betrafen, seien von nicht unerheblicher wirtschaftlicher Relevanz. Dies zeige sich auch daran, dass vergleichbare Maßnahmen unmittelbar auf der Ebene der Beklagten nach der Satzung und der Geschäftsordnung der Zustimmung der Gesellschafterversammlung bzw. des Beirats bedürften. Ein Nichtbefassungsbeschluss oder ein Beschluss über die Absetzung der Beschlussvorschläge sei nicht gefasst worden und hätte nach der Satzung der Beklagten auch nicht allein mit den Stimmen der Streithelferin gefasst werden können. Die Streithelferin habe unter diesen Umständen kein schützenswertes Interesse daran, mit der Abstimmung über die Zustimmung zu diesen Maßnahmen erst gar nicht befasst zu werden.

*Aus den Gründen:*

## II.

Das Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

1. Rechtsfehlerhaft ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass die Stimmabgabe der Streithelferin gegen die Zustimmung zu den Standortmaßnahmen treuwidrig gewesen

sei, weil die Maßnahmen im Interesse der Gesellschaft gelegen seien und die Zwecke der Gesellschaft förderten.

a) Dass eine Maßnahme im Interesse der Gesellschaft liegt, die Zwecke der Gesellschaft fördert und die Zustimmung dem Gesellschafter zumutbar ist, genügt nicht, um eine Zustimmungspflicht des Gesellschafters zu begründen oder eine entgegenstehende Stimmabgabe als unwirksam anzusehen. Aufgrund der Treuepflicht muss nach der Rechtsprechung des Senats nur dann in einem bestimmten Sinn abgestimmt werden, wenn die zu beschließende Maßnahme zur Erhaltung wesentlicher Werte, die die Gesellschafter geschaffen haben, oder zur Vermeidung erheblicher Verluste, die die Gesellschaft bzw. die Gesellschafter erleiden könnten, objektiv unabweisbar erforderlich ist und den Gesellschaftern unter Berücksichtigung ihrer eigenen schutzwürdigen Belange zumutbar ist, also wenn der Gesellschaftszweck und das Interesse der Gesellschaft gerade diese Maßnahme zwingend gebieten und der Gesellschafter seine Zustimmung ohne vertretbaren Grund verweigert (vgl. BGH, Urteil vom 25.9.1986, II ZR 262/85, BGHZ 98, 276, 279; zur Personengesellschaft: BGH, Urteil vom 10.6.1965, II ZR 6/63, BGHZ 44, 40, 41; Urteil vom 24.1.1972, II ZR 3/69, WM 1972, 489; Urteil vom 28.4.1975, II ZR 16/73, BGHZ 64, 253, 258; Urteil vom 5.11.1984, II ZR 111/84, WM 1985, 195, 196; Urteil vom 20.10.1986, II ZR 86/85, ZIP 1987, 166, 167; Urteil vom 8.11.2004, II ZR 350/02, ZIP 2005, 25; Urteil vom 7.2.2012, II ZR 230/09, ZIP 2012, 917 Rdnr. 44). Diese hohen Anforderungen, die vornehmlich an die Zustimmungspflicht zu Änderungen des Gesellschaftsvertrags gestellt werden, bestehen auch dann, wenn – wie hier – die Zustimmungspflicht zu Maßnahmen der Geschäftsführung in Rede steht (vgl. BGH, Urteil vom 24.1.1972, II ZR 3/69, WM 1972, 489).

aa) Ein Gesellschafter ist in der Ausübung seines Stimmrechts frei, soweit sie ihm nicht schon nach § 47 Abs. 4 GmbHG untersagt ist und er die durch die Treuepflicht gezogenen Grenzen einhält. Eine Rechtspflicht zur Zustimmung zu Maßnahmen der Geschäftsführung, die die Geschäftsführung oder die Mitgesellschafter für sinnvoll halten, besteht grundsätzlich nicht. Auch die Beurteilung der Zweckmäßigkeit einer Maßnahme ist Aufgabe der Gesellschafter. Die Gesellschafter müssen hinnehmen, dass eine Maßnahme unterbleibt, wenn einer von ihnen nach eigener Beurteilung der Dinge nicht zustimmen zu können glaubt, auch wenn ihnen die Ablehnung oder die dazu möglicherweise abgegebene Begründung falsch oder töricht erscheint. Der Gesellschafter muss aus diesem Grund seine Stimmabgabe auch nicht rechtfertigen.

Soweit der Gesellschafter durch die Treuepflicht nicht zur Zustimmung verpflichtet ist, kann er sie zu einer vorgeschlagenen Maßnahme verweigern, selbst wenn seine Beweggründe dafür sachwidrig und unverständlich erscheinen. Das Gericht darf einen Beschluss nicht deshalb beanstanden, weil er unzustimmend oder nicht im Interesse der Gesellschaft erscheint. Umgekehrt kann auch die Ablehnung eines Beschlussantrags nicht allein deshalb beanstandet werden, weil der Beschluss zweckmäßig erscheint und im Interesse der Gesellschaft liegt.

Eine Beschränkung dieser Stimmrechtsausübungsfreiheit kommt nur im Ausnahmefall in Frage, wenn der Gesellschaftszweck objektiv eine bestimmte Maßnahme zwingend gebietet, also die zu beschließende Maßnahme zur Erhaltung des Geschaffenen oder zur Vermeidung von Verlusten dringend geboten ist, und dem Gesellschafter die Zustimmung zumutbar ist. Die Treuepflicht gebietet es zwar, sich bei der Stimmabgabe grundsätzlich von den Interessen der Gesell-

schaft leiten zu lassen. Wie die Interessen der Gesellschaft am besten gewahrt bleiben, haben aber grundsätzlich die Gesellschafter zu beurteilen.

Eine Pflicht zur Abstimmung in einem bestimmten Sinn besteht daher nur, wenn zur Verfolgung der Interessen der Gesellschaft keine andere Stimmabgabe denkbar ist, andernfalls nur schwere Nachteile entstehen und die eigenen Interessen des Gesellschafters dahinter zurückstehen müssen.

bb) Geringere Anforderungen an eine Beschränkung der Stimmrechtsausübungsfreiheit sind nicht deshalb zu stellen, weil das Berufungsgericht nicht angenommen hat, dass die Streithelferin in einem bestimmten Sinn abstimmen musste, sondern ihre Stimmabgabe nur als unwirksam angesehen hat. Der beantragte Zustimmungsbeschluss ist zustande gekommen, wenn die Gesellschafter aufgrund ihrer gesellschaftlichen Treuepflicht zur Zustimmung verpflichtet waren und deshalb ihre abweichend abgegebenen Stimmen unwirksam waren (vgl. BGH, Urteil vom 21.7.2008, II ZR 39/07, ZIP 2008, 1818 Rdnr. 20). Die Unwirksamkeit der abweichend abgegebenen Stimmen ist eine Folge der Pflicht, in einem bestimmten Sinn abzustimmen. Von der Treuepflicht ist nicht wie bei den Stimmverboten nach § 47 Abs. 4 GmbHG die Teilnahme an der Abstimmung betroffen, sondern der Inhalt der Stimmabgabe. Dabei kann die Enthaltung oder Nichtteilnahme an der Versammlung der Treuepflicht in tatsächlicher Hinsicht genügen, wenn durch die Stimmen der Mitgesellschafter gesichert ist, dass die Maßnahme erfolgen kann. Rechtlich steht dahinter aber immer die Verpflichtung, durch das eigene Verhalten eine bestimmte Maßnahme zu ermöglichen. Diese Verpflichtung trifft jeden Gesellschafter unabhängig vom Abstimmungsverhalten der Mitgesellschafter. Wenn keine Treuepflicht zur Stimmabgabe in einem bestimmten Sinn besteht, kann eine im gegenteiligen Sinn abgegebene Stimme auch nicht wegen eines Verstoßes gegen die Treuepflicht als unwirksam gewertet werden (vgl. *Ekkenga*, Der Konzern 2015, 409, 412 f.).

b) Dass die Maßnahmen der Geschäftsführung, denen zugestimmt werden sollte, zum Zwecke der Erhaltung wesentlicher Werte, die die Gesellschafter geschaffen haben, oder zur Vermeidung erheblicher Verluste, die die Gesellschaft bzw. die Gesellschafter erleiden könnten, objektiv unabweisbar erforderlich waren, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt und ist auch nicht ersichtlich. Das Berufungsgericht hat festgestellt, dass die Standortmaßnahmen, die den Abschluss oder die Fortführung längerfristiger Mietverträge und die Gründung einer neuen Vor-Ort-Gesellschaft betrafen, von nicht unerheblicher wirtschaftlicher Bedeutung für die Beklagte waren. Eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung besagt nicht, dass die Maßnahmen zur Erhaltung der bei der Beklagten geschaffenen Werte objektiv unabweisbar erforderlich waren. Angesichts der Größe der Beklagten ist auch nicht ersichtlich, dass ein Unterbleiben von neun Standortmaßnahmen zu einer Gefährdung ihres Bestands führen könnte.

Darauf, ob für die Ablehnung durch die Streithelferin ein sachlicher Grund bestand, kommt es entgegen der Rechtsauffassung der Klägerin nicht entscheidend an, solange die Maßnahme nicht objektiv unabweisbar erforderlich war. Die Zweckmäßigkeit der Stimmabgabe ist von den Gerichten nicht zu überprüfen. Ebenso wenig ist entscheidend, ob die Beweggründe nachvollziehbar oder zutreffend sind. Wenn die Streithelferin – wie die Klägerin behauptet – allein deshalb nicht zugestimmt hat, weil die Gesellschafterversammlung für die Zustimmung nicht zuständig sei, obwohl sie keine sachlichen Einwände gegen die Maßnahmen hatte und im Grunde mit ihnen einverstanden war, mag dies unverständlich erscheinen, weil sie damit die Gefahr schuf, dass die Maßnah-

men nicht umgesetzt werden. Die Klägerin muss es aber hinnehmen, dass die Streithelferin nicht zustimmen zu können glaubte, auch wenn ihr die Ablehnung oder die dazu möglicherweise abgegebene Begründung falsch oder sachwidrig erscheint, solange die Zustimmung nicht objektiv unabweisbar erforderlich war.

2. Die Stimmabgabe war auch nicht aus anderen Gründen rechtsmissbräuchlich.

a) Sie war nicht wegen widersprüchlichen Verhaltens unbeachtlich. Dass die Streithelferin, wie die Klägerin meint, die Maßnahmen als solche befürwortete, machte die Ablehnung der zustimmenden Stimmabgabe nicht widersprüchlich. Ein Widerspruch ergibt sich daraus weder in der Erklärung noch zu früherem oder späterem Verhalten. Die ablehnende Stimmabgabe ist keine in sich widersprüchliche Erklärung, weil der Erklärende die Maßnahme, gegen die er stimmt, als solche befürwortet. Ein Widerspruch in der Erklärung liegt nicht vor, wenn der Gesellschafter die Stimme in der gewählten Form abgeben will und die Zustimmung zu einer Maßnahme ablehnt, aber davon ausgeht, dass die Zustimmung für die gewollte Durchführung der Maßnahme nicht erforderlich ist.

Aus diesem Grund liegt auch kein widersprüchliches Verhalten darin, dass die Streithelferin vor und nach der Stimmabgabe erklärt hat, sie sei für die Umsetzung der Maßnahmen. Selbst wenn darin darüber hinaus – wie nicht – die Ankündigung eines bestimmten Abstimmungsverhaltens läge, wäre die Streithelferin nicht gehindert gewesen, ihre Meinung bis zur Abstimmung zu ändern. Ein Gesellschafter, der keine Stimmbindung eingegangen ist, ist rechtlich nicht gehindert, anders als vorher angekündigt abzustimmen, weil die Ankündigung eines bestimmten Abstimmungsverhaltens noch keinen Vertrauenstatbestand schafft, sich auch nach einer weiteren Erörterung in der Versammlung in einer bestimmten Weise zu verhalten.

b) Die Stimmabgabe war auch nicht aus anderen Gründen treuwidrig. Zwar kommt eine Verletzung der Treuepflicht auch in Frage, wenn ein Gesellschafter sein Stimmrecht ausübt, um damit ausschließlich eigennützige Zwecke zu verfolgen, etwa seine Blockademacht dazu benutzt, um seinen „Lästigkeitswert“ in die Höhe zu treiben und eine Abfindung zu erstreiten, oder seine Mehrheitsmacht zur Schädigung der Mitgesellschafter oder für ungerechtfertigte Sondervorteile einsetzt. Ein solcher Fall liegt jedoch nicht vor. Die Streithelferin hat die Beschlussfassung bei der Beklagten nicht blockiert. Sie hat lediglich einigen Maßnahmen die Zustimmung versagt und ihnen im Übrigen zugestimmt bzw. sie durch Stimmenthaltung ermöglicht. Sie hat dadurch nicht zur Erzielung von Sondervorteilen gehandelt oder die Klägerin als Minderheitsgesellschafterin geschädigt.

(...)

14. BGB § 1030, § 1068, § 1071; HGB § 8, § 162 Abs. 1 (*Eintragung eines Nießbrauchs an einem Kommanditanteil*)

**Die Belastung eines Kommanditanteils mit einem Nießbrauch ist weder eintragungspflichtig noch eintragungsfähig. (Leitsatz der Schriftleitung)**

OLG München, Beschluss vom 8.8.2016, 31 Wx 204/16; mitgeteilt von *Holger Krätzsche*, Richter am OLG München

1. Es liegt folgende Anmeldung vom 26.2.2016 zur Eintragung ins Handelsregister vor:

„1. Der Kommanditist Rudolf E. (...) hat von seiner Kommanditeinlage i. H. v. 100.000 €

a) einen Teilkommanditanteil von 45.000 € im Wege der Sonderrechtsnachfolge an seine Tochter Frau Anna E. (...)

b) einen Teilkommanditanteil i. H. v. 45.000 € im Wege der Sonderrechtsnachfolge auf seinen Sohn Herrn Rudolf E. jun. (...)

übertragen, die dadurch jeweils mit einer Kommanditeinlage i. H. v. 45.000 € in die Gesellschaft eingetreten sind.

Die Kommanditeinlage des Herrn Rudolf E. sen. i. H. v. 100.000 € wurde dadurch von 100.000 € um 90.000 € auf 10.000 € herabgesetzt.

2. Herr Rudolf E. sen. hat sich an den vorbezeichneten Teilkommanditeinlagen von Frau Anna E. und Herrn Rudolf E. jun. jeweils einen Nießbrauch auf Lebzeit einräumen lassen. Ein inhaltsgleicher Nießbrauch ist jeweils auf seine Ehefrau Maria E. (...), aufschiebend bedingt auf das Ableben von Herrn Rudolf E. sen., vereinbart. (...)

2. Das Registergericht hat mit Beschluss vom 5.4.2016 den Antrag auf Eintragung der Belastung der Kommanditeile mit einem Nießbrauch zurückgewiesen.

Zur Begründung führt es aus, die Eintragung eines Nießbrauchs am Kommanditanteil ins Handelsregister sei gesetzlich nicht vorgesehen. Eine Eintragung sei daher nur dann möglich, wenn ein erhebliches Interesse des Rechtsverkehrs hinsichtlich der einzutragenden Tatsache bestehe. Dies sei im vorliegenden Fall nicht gegeben. Da nach wohl überwiegender Meinung eine Haftung des Nießbrauchers nicht angenommen werde, sei die Eintragung zur Wiedergabe der Haftungslage nicht angezeigt. Der Registerklarheit werde der Vorzug geben.

3. Hiergegen wendet sich die Beschwerdeführerin mit der Begründung, dem Antrag auf Eintragung des Nießbrauchs am Kommanditanteil sei deswegen stattzugeben, da für dessen Eintragung ein erhebliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs bestehe. Nießbraucher und Gesellschafter bildeten eine Rechtsgemeinschaft und seien dementsprechend gemeinsam an dem Kommanditanteil berechtigt. Der Nießbraucher habe insbesondere ein eigenes Stimmrecht bei allen Beschlüssen der Gesellschaft über die laufenden Angelegenheiten der Gesellschaft. Darüber hinaus seien Maßnahmen wie z. B. Kündigung oder Auflösung der Gesellschaft ohne Mitwirkung des Nießbrauchers nicht wirksam (§ 1071 BGB). Im Hinblick auf diese Verwaltungs- und Mitbestimmungsrechte müsse der Nießbrauch am Kommanditanteil ins Handelsregister eingetragen werden. Darüber hinaus hafte der Nießbraucher unter Umständen auch im Außenverhältnis.

4. Das Registergericht hat der Beschwerde mit der Begründung nicht abgeholfen, dass für die Frage des Interesses des Rechtsverkehrs an der Eintragung einer Tatsache ins Handelsregister es in erster Linie auf die Haftungslage ankomme. Der Ansicht, der Nießbraucher hafte auch im Außenverhältnis gegenüber Dritten, könne nicht gefolgt werden.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Das Registergericht hat die Eintragung des Nießbrauchs an einem Kommanditanteil im Ergebnis zu Recht abgelehnt.

1. Gemäß § 162 Abs. 1 HGB sind nur die Bezeichnung der Kommanditisten und die betragsmäßige Einlage eines jeden Kommanditisten ins Handelsregister einzutragen. Der Eintrag des Nießbrauchs auf einen Kommanditanteil ist indes gesetzlich nicht vorgesehen.

Insoweit handelt es sich bei der Bestellung eines Nießbrauchs an einem Kommanditanteil weder um eine eintragungspflichtige noch um eine kraft Gesetzes eintragungsfähige Tatsache. Eintragungsfähig ohne Anmeldepflicht sind kraft Gesetzes nur wenige ausdrücklich genannte Tatsachen (*Baumbach/Hopt*, HGB, 36. Aufl. 2014, § 8 HGB Rdnr. 5 a. E.).

Es ist anerkannt, dass eine Tatsache allerdings auch ohne gesetzliche Normierung eintragungsfähig sein kann (vgl. *Baum-*

bach/Hopt, a. a. O., § 8 Rdnr. 5 a. E.). Das Handelsregister hat die Aufgabe, wesentliche Rechtsverhältnisse der Unternehmer und Unternehmen zu offenbaren und über im Handelsverkehr rechtserhebliche Tatsachen zutreffend Auskunft zu geben (sog. Publizitätsfunktion; vgl. *Schaub in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, 3. Aufl. 2014, § 8 Rdnr. 44). Dies ist jedoch nicht im Sinne einer Vollständigkeitsgewähr zu verstehen, denn ein lückenloses Bild der Unternehmer und Unternehmen kann das Register schon deshalb nicht vermitteln, weil es sonst unübersichtlich würde und seine Funktion, rasche und verständliche Informationen zu bieten, nicht erfüllen könnte (*Schaub in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, a. a. O., Rdnr. 45). Nur in dem so begrenzten Rahmen können durch Auslegung gesetzlicher Vorschriften, durch Analogie oder richterliche Rechtsfortbildung bestimmte Tatsachen auch ohne gesetzliche Normierung als eintragungsfähig angesehen werden (OLG Düsseldorf, ZIP 2010, 227 ff., 228; *Schaub in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, a. a. O., Rdnr. 72). Dabei muss den eine gesetzlich nicht normierte Eintragungsfähigkeit begründenden Umständen im Einzelfall eine derartige Bedeutung zukommen, dass die Gefahr der Überfrachtung des Handelsregisters zurückzutreten hat. Es muss mithin ein unabweisbares Bedürfnis für ihre Eintragung bestehen (OLG Düsseldorf, a. a. O.; *Staub/Koch*, Großkommentar HGB, 5. Aufl. 2009, § 8 Rdnr. 46.). Dabei ist dem Grundsatz der Registerklarheit, der Ausfluss der strengen Formalisierung des Registerrechts ist, in besonderer Weise Rechnung zu tragen. Das Handelsregister soll nicht unübersichtlich und in sich widersprüchlich werden. Es soll auch nicht zum Sammelurium aller möglichen denkbaren Eintragungen werden, an denen der Rechtsverkehr ein wie auch immer geartetes wirtschaftliches Interesse hat (*Keidel/Heinemann*, FamFG, 18. Aufl. 2014, § 374 Rdnr. 14). Das Handelsregister soll insbesondere und in erster Linie über Unternehmensformen, ihre jeweilige konkrete Ausgestaltung sowie Vertretungs- und Haftungsverhältnisse Auskunft geben. Interessierte Dritte sollen über wesentliche Tatsachen, die für den Rechtsverkehr mit Einzelkaufleuten und Handelsgesellschaften von Bedeutung sind, Auskunft geben (*Fleischhauer/Preuß*, Handelsregisterrecht, 3. Aufl. 2013, Rdnr.4).

Im Hinblick auf die strenge Formalisierung des Registerrechts ist daher mit gesetzlich nicht vorgesehenen Eintragungen große Zurückhaltung geboten. Insbesondere darf dadurch das Handelsregister nicht unübersichtlich werden oder zu Missverständnissen Anlass geben (BGH, NJW 1998, 1071, 1072).

2. Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze stellt der Nießbrauch an einem Kommanditanteil nach Auffassung des Senats keine eintragungsfähige Tatsache dar. Denn ein unabweisbares Bedürfnis des Rechtsverkehrs an der Eintragung des Nießbrauchs an einem Kommanditanteil vermag der Senat nicht zu erkennen.

a) Es ist in Rechtsprechung und Literatur anerkannt, dass die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Kommanditanteil rechtlich zulässig ist (*Baumbach/Hopt*, a. a. O., § 105 Rdnr. 44; BGH, BB 1975, 295, 296). Dabei handelt es sich bei einem Nießbrauch an einem Kommanditanteil um einen Nießbrauch an einem Recht gemäß §§ 1068 ff. BGB. Der Nießbraucher erhält zwar ein dingliches Nutzungsrecht, wird aber nicht selbst Gesellschafter (BGH, NJW 1999, 571, 572; *Wertenbruch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, a. a. O., § 105 ff. Rdnr. 228). Inhalt seines Nutzungsrechts sind vor allem die Früchte der Mitgliedschaft des Gesellschafters an der Gesellschaft (BGHZ 58, 316, 320). Aus dem Nießbrauch folgt das Recht des Nießbrauchers, die Erträge und sonstigen

Vorteile zu ziehen, die der Kommanditanteil bestimmungsgemäß gewährt, § 1068 Abs. 2, § 1030 i. V. m. § 99 Abs. 2, § 100 Alt. 2 BGB. Dazu gehören die entnahmefähigen Gewinne einschließlich der Zinsen, die von der Gesellschaft auf die Guthaben der Gesellschafterprivatkonten gewährt werden (BGHZ 58, 316, 320). Dagegen hat er keinen Anspruch auf nicht entnahmefähige Gewinne, die als Rücklage auf ein Kapitalkonto gebucht oder zur Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln verwendet werden (BGHZ 58, 316, 321). Als bestimmungsgemäßer, dem Nießbraucher zustehender Ertrag ist demgemäß nur der von den Gesellschaftern nach Bildung etwaiger Rücklagen als „Überschuss“ erklärte und damit zur Ausschüttung freigegebene Anteil am Gesellschaftsvermögen zu verstehen (BGH, BB 1975, 295, 296).

b) Nicht zu den Erträgen oder Gebrauchsvorteilen des Kommanditanteils und der damit verbundenen Gesellschaftstellung des Bestellers gehören die dem Gesellschafter als Ausfluss seiner Mitgliedschaft in der Gesellschaft zustehenden Mitverwaltungsrechte (BGH, BB 1975, 295, 296). Das Gesetz enthält – vom Zustimmungserfordernis des § 1071 BGB abgesehen – keine Regelung über eine Aufteilung von Befugnissen zwischen Nießbraucher und bestellendem Gesellschafter.

Zwar sind diesbezüglich Vereinbarungen zwischen bestellendem Gesellschafter und Nießbraucher möglich und zulässig, wonach dem Nießbraucher Verwaltungsbefugnisse eingeräumt werden können. Fehlt es aber – wie hier – an einer solchen Vereinbarung, so steht das Stimmrecht ausschließlich dem Gesellschafter zu. Dies gilt jedenfalls nach der Rechtsprechung des BGH immer für solche Beschlüsse, die die Grundlagen der Gesellschaft betreffen, wozu der BGH auch die Beschlussfassung über den Jahresabschluss zählt (BGH, NJW 1999, 571, 572). Nach Auffassung des Senats besteht aber auch im Hinblick auf die laufenden Angelegenheiten der Gesellschaft grundsätzlich keine gesellschaftsrechtliche Mitwirkungsbefugnis des Nießbrauchers. Das Stimmrecht steht auch hier – vorbehaltlich möglicher abweichender Vereinbarungen – grundsätzlich ausschließlich dem Gesellschafter zu. Dies folgt letztlich auch daraus, dass die Haftung gemäß § 128 HGB nur den Gesellschafter trifft und eine Zuweisung von Mitverwaltungsrechten ohne gesonderte Vereinbarung die Substanz der Mitgliedschaft in der Gesellschaft berührt (BGH, NJW 1999, 571, 572; *Wertenbruch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, a. a. O., § 105 Rdnr. 235; *Karsten Schmidt*, ZGR 1999, 601 ff., 610). Dem Nießbraucher stehen allerdings eigene Informations- und Kontrollrechte zur Sicherung seines Fruchtziehungsrechts zu, die ihm jedoch nicht ohne Weiteres Einfluss auf Entscheidungen der Gesellschafter verschaffen und daher für sich genommen auch kein unabweisbares Bedürfnis für eine Eintragung des Nießbrauchs an einem Kommanditanteil ins Handelsregister begründen können.

c) Lediglich bei bestandsgefährdenden Maßnahmen des Gesellschafters – das sind Gesellschafterbeschlüsse oder Verfügungen des Gesellschafters, die den Nießbrauch unmittelbar in seinem Bestand betreffen – sieht § 1071 BGB die Zustimmung des Nießbrauchers vor.

Jedoch berührt die fehlende Zustimmung des Nießbrauchers die gesellschaftsrechtliche Wirksamkeit einer ohne Zustimmung des Nießbrauchers erfolgten Maßnahme der Gesellschafter nicht. Sie kann nur eine Schadensersatzpflicht des bestellenden Gesellschafters gegenüber dem Nießbraucher herbeiführen (OLG Düsseldorf, NJW-RR 1999, 619, 620). Der Nießbraucher hat vielmehr Beschlüsse der Gesellschafter, die ohne seine an sich nach § 1071 BGB erforderliche Zustimmung ergangen sind, hinzunehmen, wenn diese von

der Mehrheit der Gesellschafter ohne oder gegen die Stimme des bestellenden Gesellschafters gefasst werden können. Insoweit stehen dem Nießbraucher nicht mehr Rechte zu als dem bestellenden Gesellschafter (*Baumbach/Hopt*, a. a. O., § 105 HGB Rdnr. 46).

d) Der Senat teilt die Auffassung der herrschenden Meinung, dass den Nießbraucher keine persönliche Haftung trifft. Diese trifft gemäß §§ 128, 171 Abs. 1 HGB nur den Kommanditisten in dem gesetzlich bestimmten Umfang, nicht den Nießbraucher. Eine Haftung des Nießbrauchers im Außenverhältnis im Umfang der §§ 128, 171 Abs. 1 HGB besteht schon im Hinblick auf seine fehlende Gesellschafterstellung nicht (MünchKomm-BGB/*Pohlmann*, 6. Aufl. 2013, § 1068 Rdnr. 67 m. w. N.; *Wertenbruch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, a. a. O., § 105 HGB Rdnr. 237). Die Haftung ist vielmehr an die Gesellschafterstellung gebunden. Auch aus den gesetzlichen Bestimmungen über den Nießbrauch lässt sich keine Grundlage für eine Haftung des Nießbrauchers im Außenverhältnis entnehmen.

Zum Zwecke der Verlautbarung der Haftungsverhältnisse ist daher ein Registereintrag nicht veranlasst (*Wertenbruch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, a. a. O., § 105 HGB Rdnr. 238).

e) Auch zum Zwecke der Verlautbarung der Vertretungsverhältnisse ist die Eintragung des Nießbrauchs an einem Kommanditanteil nicht geboten (*Wertenbruch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, a. a. O., Rdnr. 238). An der organschaftlichen Vertretung der Gesellschaft ist der Nießbraucher nicht beteiligt. Denn der Kommanditist ist grundsätzlich weder zur Geschäftsführung (§ 164 HGB) noch zur Vertretung der Gesellschaft (§ 170 HGB) berechtigt bzw. ermächtigt. Da die Rechte des Nießbrauchers aber nicht weitergehen können als die des Gesellschafters selbst, kann ein Nießbraucher grundsätzlich weder die Geschäfte der Gesellschaft führen noch diese rechtswirksam nach außen vertreten.

f) Aus der Entscheidung des BGH zur Eintragungsfähigkeit eines Testamentsvollstreckervermerks bei Dauertestamentsvollstreckung über den Nachlass eines Kommanditisten (BGH, ZIP 2012, 623) lässt sich die Eintragungsfähigkeit eines Nießbrauchs an einem Kommanditanteil nicht ableiten.

aa) Als maßgeblich für die Eintragungsfähigkeit eines Testamentsvollstreckervermerks hat der BGH angesehen, dass der Testamentsvollstrecker – soweit die Testamentsvollstreckung an einem Gesellschaftsanteil zulässig ist – materiellrechtlich Inhaber der gesamthänderischen Verfügungsbefugnis ist. Er kann grundsätzlich die mit der Beteiligung verbundenen Mitgliedschaftsrechte ausüben. Allein der Testamentsvollstrecker ist – soweit der Erblasser ihm nicht nur beschränkte Rechte eingeräumt hat – nach §§ 2205, 2211 BGB befugt, die Rechte und Pflichten der Erben hinsichtlich des Kommanditanteils auszuüben und über den Anteil zu verfügen. Eine sich aus dem Gesellschaftsrecht ergebende Einschränkung besteht lediglich insoweit, als er die persönliche und nicht auf den Nachlass beschränkbare Haftung der Kommanditistenerben nach §§ 128, 171, 172 Abs. 4 HGB nicht erweitern darf.

Das der Testamentsvollstreckung unterliegende Nachlassvermögen, somit auch der Kommanditanteil, dient während der Dauer der Testamentsvollstreckung nur den Nachlassgläubigern, nicht auch den Eigengläubigern des Gesellschaftererben als Haftungsmasse. Insoweit entfaltet die Testamentsvollstreckung eine unmittelbare haftungsrechtliche Außenwirkung. Ein Interesse des Rechtsverkehrs an der Verlautbarung der Testamentsvollstreckung besteht nach Auffassung des BGH auch insofern, als der Testamentsvollstrecker nicht

berechtigt ist, die Haftsumme des Kommanditistenerben zu erhöhen, jedenfalls ohne dessen dadurch ausgelöste persönliche Haftung mittels einer Leistung aus dem Nachlass sogleich auszuschließen (BGH, a. a. O.).

bb) Insoweit besteht ein wesentlicher Unterschied zwischen Nießbrauch und Testamentsvollstreckung.

Der Nießbrauch entfaltet weder eine haftungsrechtliche Außenwirkung noch stehen dem Nießbraucher die einem Testamentsvollstrecker vergleichbaren Rechte zu. Sofern hinsichtlich eines Kommanditanteils Testamentsvollstreckung angeordnet ist, muss ein Gesellschaftsgläubiger, der den Kommanditisten nach § 171 BGB persönlich in Anspruch nehmen will, den Testamentsvollstrecker als Partei kraft Amtes verklagen. Gerade dieser Umstand rechtfertigt die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks ins Handelsregister (*Wertenbruch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, a. a. O., § 105 Rdnr. 238).

Eine solche, dem Testamentsvollstrecker vergleichbare materiellrechtliche Stellung hat der Nießbraucher nicht inne bzw. es besteht bei der Bestellung des Nießbrauchs keine vergleichbare prozessuale Lage.

cc) Da somit regelmäßig weder im Hinblick auf die Vertretungsverhältnisse noch im Hinblick auf die Haftungsverteilung ein signifikanter Einfluss des Nießbrauchers besteht, ist nicht ersichtlich, worin ein unabweisbares Interesse des gesamten Rechtsverkehrs an der Eintragung des Nießbrauchs an einem Kommanditanteil begründet sein soll.

g) Es besteht nach Auffassung des Senats auch kein erhebliches praktisches Bedürfnis und kein über ein allgemeines Informationsinteresse hinausgehendes erhebliches Interesse des Rechtsverkehrs an einer solchen Eintragung (BGH, NJW 2015, 1303).

aa) Hielte man die Eintragungsfähigkeit des Nießbrauchs an einem Kommanditanteil unter Bezugnahme auf ein unabweisbares Bedürfnis für zulässig, so müsste generell ein solches unabweisbares Bedürfnis des Rechtsverkehrs an einer Eintragung ins Handelsregister auch bezüglich solcher Tatsachen bejaht werden, bezüglich derer ein erhebliches (Informations-)Interesse des Rechtsverkehrs an den mit der Eintragung solcher Tatsachen einhergehenden Informationen besteht. So wären Informationen über das Erlöschen der Geschäftsfähigkeit eines Gesellschafters oder über das Bestehen einer Betreuung bezüglich eines Gesellschafters für den Geschäftsverkehr ebenso von Interesse wie das Bestehen von Testamentsvollstreckung hinsichtlich eines GmbH-Gesellschaftsanteils oder der Stellvertreterzusatz bei stellvertretenden GmbH-Geschäftsführern. Indes sind all diese Tatsachen auch nach der Rechtsprechung des BGH nicht eintragungsfähig, obwohl das Interesse des Rechtsverkehrs von diesen Tatsachen Kenntnis zu erlangen, nicht zu bestreiten ist (*Baumbach/Hopt*, a. a. O., § 8 Rdnr. 5).

(1) Zur Eintragung eines – auch fakultativen – Stellvertreterzusatzes eines GmbH-Geschäftsführers führt der BGH aus, dass sich eine Eintragung des Stellvertreterzusatzes auch nicht damit begründen lässt, dass es für einen Dritten wichtig sein könne, zu wissen, ob er mit einem nur stellvertretenden Geschäftsführer in Verbindung trete, weil er sich unter Umständen die Einrede der Arglist entgegenhalten lassen müsse, wenn er die Überschreitung der Geschäftsführungsbefugnis des Stellvertreters bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können (BGH, NJW 1998, 1071, 1072).

(2) In der Entscheidung vom 24.2.2015 (BGH, GmbHR 2015, 526-531) führt der BGH aus, ein Testamentsvollstreckervermerk gehöre nicht zu den gesetzlich vorgesehenen Angaben in einer Gesellschafterliste (§ 40 Abs. 1 Satz 1

GmbHG), weshalb das Registergericht die Aufnahme einer mit einem Testamentsvollstreckervermerk versehenen Gesellschafterliste ablehnen könne. Es stehe nicht im Belieben der Beteiligten, den Inhalt der von ihnen eingereichten Gesellschafterliste abweichend von den gesetzlichen Vorgaben um weitere, ihnen sinnvoll erscheinende Bestandteile freiwillig zu ergänzen. Dem stehe der Grundsatz der Registerklarheit entgegen. Es liege im Interesse des Rechtsverkehrs, dass die abrufbaren Informationen übersichtlich und geordnet seien, um Missverständnisse zu vermeiden. Würden solche Eintragungen ins Belieben der Beteiligten gestellt, erhöhe dies die Gefahr von Unverständlichkeit und Unübersichtlichkeit des Handelsregisters. Es genüge für die Aufnahme weiterer Angaben ins Handelsregister nicht, dass es sich um für Dritte im Hinblick auf weitere Nachforschungen „sinnvolle“ Informationen handeln kann. Das Handelsregister sei nicht als allgemeines Register zur Information des Rechtsverkehrs über die Verhältnisse in der Gesellschaft ausgestaltet.

bb) In diesem Sinn kann das Handelsregister nicht eine allgemeine Sammelstelle für Informationen betreffend Kaufleute und Handelsgesellschaften sein. Vielmehr darf es nur Eintragungen enthalten, die für den Rechts- und Geschäftsverkehr von essentieller Bedeutung sind und insbesondere Angaben über Vertretungs- und Haftungsverhältnisse enthalten. Das Register muss klar geordnet, übersichtlich und verständlich sein. Der Grundsatz der Registerklarheit hat daher regelmäßig Vorrang vor dem Interesse des Rechts- und Geschäftsverkehrs an umfassenden Informationen über Kaufleute und Handelsgesellschaften. Demgemäß ist für die Eintragung eines Nießbrauchs an einem Kommanditanteil ins Handelsregister kein Raum.

(...)

15. GmbHG § 53 Abs. 2 Satz 1; HGB §§ 170, 176 Abs. 6 (Satzungsänderung bei der GmbH einer Einheits-GmbH & Co. KG)

- Für die Satzungsänderung bei der GmbH einer sog. Einheitsgesellschaft ist grundsätzlich deren Alleingesellschafterin, die Kommanditgesellschaft, zuständig; diese handelt im Regelfall durch ihre Organe, d. h. die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH selbst in vertretungsberechtigter Anzahl.**
- Dieser Grundsatz gilt nicht, wenn die Kommanditgesellschaft in ihrer Satzung die Zuständigkeit zur Wahrnehmung der Gesellschafterrechte bei der GmbH anders geregelt, z. B. einem Beirat übertragen hat.**

OLG Celle, Beschluss vom 6.7.2016, 9 W 93/16

16. BGB § 26 Abs. 1 Satz 3; GBO § 29 Abs. 1 (Nachweis der Stellung eines Aufsichtsbeirates eines eingetragenen Vereins im Grundbuchverfahren)

**Die Stellung als Mitglied des Aufsichtsbeirats eines eingetragenen Vereins kann im Grundbuchverfahren nicht entsprechend § 26 Abs. 3 WEG durch eine Niederschrift über den Bestellungsbeschluss nachgewiesen werden, bei der Unterschriften öffentlich beglaubigt sind.**

KG, Beschluss vom 3.5.2016, 1 W 507/15; mitgeteilt von Renate Noack, Richterin am KG

In notarieller Verhandlung vom 25.4.2014 (im Folgenden „Kaufvertrag“) erklärten die Beteiligte zu 1 (im Folgenden „Verkäufer“) sowie A. und B. im Namen des Beteiligten zu 2 – eines eingetragenen

Vereins (im Folgenden „Verein“) –, der Verkäufer verkaufe das Grundstück an den Verein zu einem Preis von ... €; die Vertragsparteien seien sich über den Übergang des Eigentums am Grundstück einig.

Im Vereinsregister (...) waren am 25.4.2014 A. und B. als gemeinsam vertretungsberechtigte Vorstandsmitglieder des Vereins eingetragen. Weiter ist zur Vertretungsbefugnis des Vorstands eingetragen, bei Rechtsgeschäften mit einem Wert über 15.000 € (...) sei die schriftliche Zustimmung des Aufsichtsbeirats erforderlich.

Mit Schreiben vom 14.7.2014 hat der Notar u. a. eine Ausfertigung des Kaufvertrages überreicht und beantragt, das Eigentum auf den Verein umzuschreiben und die zu dessen Gunsten eingetragene Vormerkung zu löschen. Auf eine den Aufsichtsbeirat betreffende Zwischenverfügung hat der Notar eine notariell beglaubigte Erklärung des B. und des C. vom 23.10.2014 (im Folgenden „Zustimmungserklärung“) eingereicht, mit der sie als Aufsichtsbeirat des Vereins dem Kaufvertrag zustimmen. Beigefügt war ein Protokoll der Mitgliederversammlung des Vereins vom 13.6.2014 mit notariell beglaubigten Unterschriften von D. als Protokollführer und B. als Versammlungsleiter (im Folgenden „Versammlungsprotokoll“). Der Notar hat zudem eine Satzung des Vereins in der Fassung vom 13.6.2014 vorgelegt, die E. und A. am 11.12.2014 notariell beglaubigt unterschrieben haben. Das Grundbuchamt hat die Anträge vom 14.7.2014 mit dem angefochtenen Beschluss zurückgewiesen.

(...)

Aus den Gründen:

## II.

Die Beschwerde ist zulässig (§§ 71 ff. GBO), jedoch nicht begründet. Das Grundbuchamt hat die Anträge zu Recht gemäß § 18 Abs. 1 GBO zurückgewiesen. Die Voraussetzungen für die Umschreibung des Eigentums auf den Verein liegen nicht vor. Denn es ist nicht gemäß § 20 GBO nachgewiesen, dass die nach § 925 BGB erforderliche Auflassung gemäß § 164 Abs. 1, § 26 Abs. 1 Satz 2 BGB mit Wirkung für und gegen den Verein erklärt ist.

Die Erklärungen von A. und B. im Kaufvertrag genügen dafür nicht, da ihre Vertretungsmacht nach § 26 Abs. 1 Satz 3 BGB unter der im Vereinsregister eingetragenen (§ 70 BGB) einschränkenden Bedingung steht, dass der Aufsichtsbeirat der Auflassung zustimmt. Die Beschränkung gilt auch für den dinglichen Vertrag gemäß §§ 873, 925 BGB; die Formulierung „bei Rechtsgeschäften“ sei die Zustimmung erforderlich, erfasst nicht nur Verpflichtungs-, sondern auch Verfügungs geschäfte. Die Wertgrenze ist ebenfalls überschritten, weil das Grundstück – wie auch aus dem vereinbarten Kaufpreis ersichtlich – einen Verkehrswert von über 15.000 € hat. Es ist nicht nachgewiesen, dass die (bedingungslos erklärte) Auflassung entsprechend § 177 Abs. 1, § 182 Abs. 1, § 184 BGB wirksam geworden ist. Aus der Zustimmungserklärung ergibt sich das nicht hinreichend. Das folgt bereits aus dem Umstand, dass der Aufsichtsbeirat des Vereins ausweislich des Protokolls vom 13.6.2014 und § 11 Abs. 1 der Satzung aus drei Mitgliedern besteht. Es ist nicht erkennbar, dass die Regelungen über die Beschlussfassung in § 11 Abs. 6 der Satzung, die die Willensbildung betreffen, auch für die schriftlich zu erteilende Zustimmung gelten. Der Erlass einer weiteren Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO ist insoweit nicht geboten, weil es zudem an dem erforderlichen Nachweis fehlt, dass B. und C. am 23.10.2014 – letzterer als Vorsitzender – Mitglieder des Aufsichtsbeirats des Vereins waren.

Knüpft die Zustimmungsmacht an eine bestimmte Rechtsstellung an, ist neben dem Nachweis der Zustimmungserklärung in zumindest öffentlich beglaubigter Form (§ 29 Abs. 1 Satz 1 GBO) auch nachzuweisen, dass derjenige, der die Zustimmung erteilt, diese Stellung tatsächlich innehat (vgl. OLG

Hamm, FGPrax 2013, 196, 197). Kann der Nachweis – wie hier mangels Eintragung – nicht in der Form des § 32 GBO geführt werden, muss die Organstellung gemäß § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO grundsätzlich durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden (vgl. OLG Hamm, a. a. O.; BayObLGZ 1991, 24, 34 f.). Der Beschluss über die Wahl des Aufsichtsbeirats ist aber nicht durch eine über die Mitgliederversammlung notariell aufgenommene Niederschrift beurkundet worden (vgl. dazu BayObLGZ, a. a. O., unter Verweis auf § 130 AktG). Darüber hinaus würde eine solche Urkunde gemäß § 415 ZPO nur den Vorgang der Beschlussfassung beweisen, nicht aber, dass die Beschlüsse vom 13.6.2014 wirksam sind. Das setzt u. a. eine – durch das Grundbuchamt nicht überprüfbare – ordnungsgemäße Einberufung der Mitgliederversammlung durch Einladung sämtlicher Mitglieder und die satzungsmäßige Beschlussfähigkeit der Versammlung voraus (vgl. *Palandt/Ellenberger*, 75. Aufl. 2016, § 32 Rdnr. 9). Mit den Mitteln des Grundbuchverfahrens ist auch die durch die Satzung bestimmte Zusammensetzung des Aufsichtsbeirats nicht feststellbar. Die eingereichte Fassung der Satzung vom 13.6.2014 (eingetragen in das Vereinsregister am ..., § 71 BGB), erfüllt die Anforderungen des § 29 Abs. 1 GBO nicht. Denn die notariell beglaubigten Unterschriften von E. und A. beweisen gemäß § 416 ZPO nur, dass sie die (schlüssige) Erklärung abgegeben haben, es handele sich um die am 13.6.2014 beschlossene Fassung der Satzung, nicht aber die inhaltliche Richtigkeit ihrer Erklärung. Gleiches gilt für das Versammlungsprotokoll (vgl. BayObLG, NJW-RR 1989, 1168, 1170 m. w. N.).

Die Stellung als Mitglied des Aufsichtsbeirats kann nicht entsprechend § 26 Abs. 3 WEG durch eine Niederschrift über den Bestellungsbeschluss nachgewiesen werden, bei der Unterschriften öffentlich beglaubigt sind (andere Ansicht LG Bochum, Rpfleger 1979, 462; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 3650; *Stöber/Otto*, Handbuch zum Vereinsrecht, 11. Aufl. 2016, Rdnr. 455). Für eine Analogie fehlt es an einer unbeabsichtigten Gesetzeslücke und an der Vergleichbarkeit. Während der eingetragene Verein gemäß § 58 Nr. 4 BGB die Protokollierung von Beschlüssen frei regeln kann (*Palandt/Ellenberger*, a. a. O., § 58 Rdnr. 4), ist für die Wohnungseigentümergeinschaft mit § 24 Abs. 6 WEG bestimmt, welche Personen die Niederschrift zu unterschreiben haben (BayObLGZ 1961, 392, 396; Senat, Beschluss vom 5.9.2011, 1 W 503/11). Die Beschlussfähigkeit der Versammlung der Wohnungseigentümer ergibt sich aus dem Gesetz oder aus abweichenden Regelungen in der Teilungserklärung, die öffentlich beurkundet oder beglaubigt sein muss. Die Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft sind aus dem Grundbuch ersichtlich. Zudem sind die Anforderungen an eine Nichtigkeit ihrer Beschlüsse gemäß § 23 Abs. 4 WEG gegenüber dem eingetragenen Verein erhöht.

Eine Nachweiserleichterung durch entsprechende Anwendung von § 26 Abs. 3 WEG ist auch nicht wegen der dienenden Funktion des Grundbuchrechts geboten. Das bedeutet lediglich, dass sich nicht nach dem Verfahrensrecht bestimmt, wer Rechtsträger von Eigentum sein kann. Aus dieser Funktion folgt aber nicht, dass von den Formerfordernissen des § 29 Abs. 1 GBO abzusehen ist, wenn das materielle Recht eine solche Form nicht vorschreibt. So kann eine Vollmacht gemäß § 158 BGB unter beliebigen Bedingungen erteilt werden. Dennoch kann eine solche Vollmacht im Grundbuchverfahren keine Verwendung finden, wenn z. B. der Eintritt einer (das Außenverhältnis betreffenden) aufschiebenden Bedingung nicht in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen werden kann (OLG Köln, ZEV 2007, 592, 593 f.; *Schöner/*

*Stöber*, a. a. O., Rdnr. 3306). Die Sicherheit und Praktikabilität des Grundstücksverkehrs, der die Nachweisanforderungen dienen (Senat, FGPrax 2015, 5, 6), müssen nicht zurücktreten, wenn die Beweisnot allein auf dem Willen des Vollmachtgebers beruht, der die Vertretungsmacht von einer nicht formgerecht nachzuweisenden Bedingung abhängig gemacht hat (OLG Köln, ZEV 2007, 592, 594). Für die Vertretungsverhältnisse eines eingetragenen Vereins gilt nichts anderes (BayObLGZ 1961, 392, 396; Senat, Beschluss vom 5.9.2011, 1 W 503/11).

Der Verein hat die Möglichkeit, seine Satzung so zu gestalten und im Vereinsregister eintragen zu lassen, dass der Nachweis der Vertretungsmacht im Grundbuchverfahren geführt werden kann. Z. B. könnte er (für Grundstücksgeschäfte) bestimmen, dass die Zustimmung des Aufsichtsbeirats als erteilt gilt, wenn zwei Personen die Zustimmung erklären, deren Bestellung sich aus einer von einem Vorstandsmitglied unterschriebenen Versammlungsniederschrift ergibt. Hierdurch würde auch ein Einklang zwischen dem materiellen Recht und den Prüfungspflichten des Grundbuchamts hergestellt.

(...)

#### Anmerkung:

§ 26 Abs. 1 Satz 3 BGB ermöglicht es dem eingetragenen Verein, durch Satzungsanordnung den Vorstand als Vertretungsorgan gegenüber Dritten in seiner Vertretungsmacht einzuschränken. Es handelt sich hier um eine Ausnahme nicht allein im Vergleich zu anderen Gesellschaftsformen, sondern auch innerhalb des privaten Vereinsrechts. Die entsprechende Satzungsbestimmung muss daher klar und eindeutig auf das Außenverhältnis gerichtet sein.<sup>1</sup> Im Zweifel wirkt eine Beschränkung der Vertretungsmacht auch beim Vereinsvorstand nur im Innenverhältnis: Verstöße können Schadenersatzpflichten auslösen, zur fristlosen Abberufung berechtigen, etc. Eine Beschränkung der Vertretungsmacht hingegen muss entweder ausdrücklich als solche benannt werden oder sich doch wenigstens systematisch klar unter den Regelungen der Satzung zum Vertretungsrecht befinden. In diesem Fall muss ein Vertragspartner die Beschränkungen gegen sich gelten lassen, wenn er sie zudem positiv kennt oder wenn sie im Vereinsregister eingetragen sind (§ 64 Satz 2, §§ 68, 70 BGB). Die Eintragung einer (angeblichen) Regelung nach § 26 Abs. 1 Satz 3 BGB im Vereinsregister allein genügt übrigens nicht, wenn sie materiell den strengen Anforderungen der Rechtsprechung<sup>2</sup> nicht entspricht. Der Registereintrag hat keine rechtsbegründende Funktion, wenn die vorgebliche Beschränkung durch die Satzung in Wahrheit fehlt.<sup>3</sup>

Ist nach all dem tatsächlich einmal die Vertretungsmacht des Vorstands z. B. für Grundstücksgeschäfte allgemein oder wie vorliegend für Geschäfte ab bestimmter Betragssumme (was dem Satzungsgestalter zumeist nicht zu empfehlen ist<sup>4</sup>) mit Außenwirkung an die Zustimmung weiterer Personen oder den Beschluss eines Vereinsorgans gebunden, dann fragt sich, wie Zustimmungserklärung oder Zustimmungsbeschluss im Grundbuchverfahren nachzuweisen sind.

<sup>1</sup> So jüngst wieder OLG Nürnberg, Beschluss vom 20.5.2015, 12 W 882/15, FGPrax 2015, 212.

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 28.4.1980, II ZR 193/79, DNotZ 1981, 381; BGH, Urteil vom 22.4.1996, II ZR 65/95 NJW-RR 1996, 866-867.

<sup>3</sup> MünchKomm-BGB/*Reuter*, 7. Aufl. 2015, § 70 Rdnr. 3 (dort allerdings zur Befreiung von § 181 BGB).

<sup>4</sup> Zum Bestimmtheitsproblem vgl. etwa BayObLG, Beschluss vom 19.8.1999, 2 Z BR 63/99, DNotZ 2000, 49.

Die Zustimmung der Mitgliederversammlung ist nach soweit ersichtlich unwidersprochener herrschender Lehre ausreichend nachgewiesen, wenn sich die mit der jeweils erforderlichen Mehrheit getroffene Beschlussfassung aus der Niederschrift über die Versammlung (§ 58 Nr. 4 BGB) ergibt und die Unterschriften derer, die gemäß der Satzung für die Unterzeichnung der Satzung zuständig sind, öffentlich beglaubigt sind. Ein positiver Nachweis, dass wiederum die Unterzeichner Versammlungsleiter bzw. gewählter Protokollant oder die sonst in der Satzung zur Unterzeichnung des Protokolls bestimmten Personen sind, ist nicht verlangt.<sup>5</sup>

Wenn bestimmte von der Mitgliederversammlung gewählte Personen oder Organe für die Zustimmung zuständig sind, dann müssen für das Grundbuchverfahren nicht nur die satzungsmäßig erforderlichen Zustimmungserklärungen mindestens öffentlich beglaubigt sein (§ 29 Abs. 1 Satz 1 GBO), sondern weitergehend ist die Berechtigung gerade dieser zustimmenden Personen grundsätzlich durch öffentliche Urkunde (§ 29 Abs. 1 Satz 2 GBO) nachzuweisen. Ist z. B. ein gemäß Satzung von der Mitgliederversammlung zu wählender „erweiterter Vorstand“, „Beirat“ (oder vorliegend „Aufsichtsrat“) zuständig, dann wird die Mitgliedschaft in diesem fakultativen, im Vereinsregister nicht eintragungsfähigen Organ nach der bislang dazu veröffentlichten Rechtsprechung und der Literatur durch ein aktuelles Protokoll über die Mitgliederversammlung nachgewiesen, in welcher die Wahl erfolgte.<sup>6</sup> Öffentlich beglaubigt müssen dabei abgesehen von den Zustimmungserklärungen selbst wiederum die Unterschriften derer sein, die gemäß der Satzung (vgl. § 58 Nr. 4 BGB) die Niederschrift zu unterzeichnen haben.<sup>7</sup> Die Unterzeichner übernehmen dem Grundbuchamt gegenüber eine „Garantenstellung“ auch für die inhaltliche Richtigkeit des Protokolls.<sup>8</sup>

Hiergegen stellt sich nunmehr das KG Berlin in dem abgedruckten Beschluss. Die beglaubigten Unterschriften der Protokollführer genügen als Nachweis im Grundbuchverfahren schon deshalb nicht, weil die Versammlung ja nicht wirksam eingeladen sein könnte oder an sonstigen Wirksamkeitsmängeln leiden mag. Eine Analogie zu § 26 Abs. 3 WEG (als Nachweis der Eigenschaft als WEG-Verwalter reicht das Wahlprotokoll mit Beglaubigung der nach WEG für die Beschlussniederschrift vorgesehenen Unterschriften) verbietet sich, weil die Mitglieder der WEG anders als die Vereinsmitglieder aus dem Grundbuch ersichtlich seien, eine Beschlussnichtigkeit im Recht der WEG seltener vorkomme als bei einem eingetragenen Verein und weil bei der WEG das Gesetz selbst bestimme, wer das Protokoll unterschreibt.

Die Entscheidung überzeugt nicht. Jeder der vermeintlich zwingenden Gründe gegen eine Analogie ließe sich intensiv hinterfragen. Darauf sei aus Platzgründen verzichtet. Denn

<sup>5</sup> *Bauer/v. Oefele/Schaub*, GBO, 3. Aufl. 2013, AT VII Rdnr. 297; *Baumann/Sikora*, Hand- und Formularbuch des Vereinsrechts, 1. Aufl. 2015, § 8 Rdnr. 221; *Hügel/Otto*, GBO, 3. Aufl. 2015, § 29 Rdnr. 125; *Reichert*, Vereins- und Verbandsrecht, 13. Aufl. 2016, Rdnr. 1945; *Sauter/Schweyer/Waldner*, Der eingetragene Verein, 20. Aufl. 2016, Rdnr. 234; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 3650; *Stöber/Otto*, Vereinsrecht, 11. Aufl. 2015, Rdnr. 455.

<sup>6</sup> LG Bochum, Beschluss vom 9.8.1979, 7 T 164/79, Rpfleger 1979, 462; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 3650.

<sup>7</sup> *Bauer/v. Oefele/Schaub*, GBO, 3. Aufl. 2013, AT VII Rdnr. 298; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 3650; *Stöber/Otto*, Vereinsrecht, 11. Aufl. 2015, Rdnr. 455.

<sup>8</sup> So OLG München, Beschluss vom 25.8.2010, 34 Wx 40/10, NZM 2011, 158 m. w. N. zur Nachweisführung bei einer nicht eingetragenen altrechtlichen Körperschaft.

auf das Thema, ob § 26 Abs. 3 WEG hier analogiefähig ist, kommt es nicht an.<sup>9</sup> Das Ergebnis des LG Bochum und der Literatur lässt sich vielmehr zwanglos aus dem allgemeinen privaten Vereinsrecht folgern. Dass es letztlich einer Übertragung des § 26 Abs. 3 WEG entspricht, ist insofern nicht mehr oder weniger als eine Bestätigung, dass eine auch im Grundbuchverfahren systemgerecht einzuordnende Lösung gefunden wurde.

Nicht ohne Grund fordert § 58 Nr. 4 BGB als Eintragungsvoraussetzung des eingetragenen Vereins, dass er sich in der zum Register eingereichten und damit öffentlich gemachten Satzung festlegt, wie die Beschlüsse seiner Mitgliederversammlung dokumentiert werden. Das nach den Vorgaben der jeweiligen Satzung ordnungsgemäß geführte und unterschriebene Protokoll bildet für den Verein, seine Organe und Mitglieder eine gesicherte (und ausreichende) Grundlage dafür, was nach Auffassung des Versammlungsleiters bzw. Protokollführers wirksam beschlossen worden ist.<sup>10</sup> Die Feststellungen des Protokolls gelten für die Innenverhältnisse des Vereins, solange kein Vereinsorgan oder Mitglied begründeten Zweifel darlegt. § 26 Abs. 1 Satz 3 BGB wiederum schützt im Rechtsverkehr nicht Dritte, sondern wirkt als Beschränkung des sonst zuständigen Vereinsorgans. Es wird ein Instrument der Selbstkontrolle innerhalb des Vereins ausnahmsweise unmittelbar nach außen wirksam. Der Verein selbst bestimmt, wie weit das reicht. Deshalb ist das Grundbuchverfahren nicht dazu aufgerufen, zum Schutz des Vereins und seiner Mitglieder höhere Dokumentationsanforderungen aufzustellen, als diese sie autonom für sich gefunden haben.

Es muss also zum Nachweis der personellen Besetzung nicht eintragungsfähiger Vereinsorgane grundsätzlich genügen, dass sich deren Wahl aus einem aktuellen nach den Vorgaben der Satzung gefertigten Versammlungsprotokoll ergibt. Als Erklärung der satzungsmäßig zuständigen Personen (Protokollführer, etc.) über die in der Versammlung getroffenen Beschlüsse bzw. erfolgten Wahlen ist zur Verwendung im Grundbuchverfahren deren Unterschrift gemäß § 29 GBO öffentlich zu beglaubigen. Darüber hinaus noch einen Nachweis zu verlangen, ob überhaupt die richtigen Personen das Protokoll gezeichnet haben und ob die wiedergegebenen Beschlüsse wirksam sind, überspannt die Anforderungen des Grundbuchverfahrens unverhältnismäßig, solange keine konkreten Anhaltspunkte für Unrichtigkeiten bestehen. Als Beleg mag die Kontrollüberlegung von *Groß* dienen: Für den Nachweis der Vorstandseigenschaft der im Vereinsregister eingetragenen Vorstände genügt im Grundbuchverfahren zweifelsfrei deren dortiger Eintrag. Er beruht auf einer Vereinsregisteranmeldung, welche eben dieser Vorstand (in ausreichender Zahl etc.) unter Beifügung des (zumindest dem äußeren Anschein nach entsprechend der Satzungsvorgabe gefertigten) Wahlprotokolls selbst vorgenommen hat.<sup>11</sup> Als Legitimationsnachweis von Personen, die zusätzlich zum Vorstand zuzustimmen haben, kann dann auch nicht mehr verlangt werden als das (weil unmittelbar im Grundbuchverfahren eingeführt immerhin unterschrittsbeglaubigte) Wahlprotokoll.

Das Kammergericht selbst schlägt als Lösung eine ausdrückliche Satzungsbestimmung vor, nach der ein von bestimmten Personen unterzeichnetes Sitzungsprotokoll als Bestellsnachweis genügen soll. Meines Erachtens hingegen ist genau diese Bestimmung implizit schon dadurch getroffen, dass der Verein sich in der Satzung festgelegt hat, wie die Mitglieder-

<sup>9</sup> Ausdrücklich für die Analogie *Groß*, BWNotZ 1984, 163, 164.

<sup>10</sup> *Reichert*, a. a. O., Rdnr. 1914.

<sup>11</sup> *Groß*, BWNotZ 1984, 163, 164.

versammlung ihre Beschlüsse dokumentiert und was daher im Vereinsleben gelten soll, solange niemand die Gültigkeit anzweifelt. Wegen dieser Bedeutung der Beschlussdokumentation ist sie dem Vereinsrechtsgesetzgeber so wichtig (§ 58 Nr. 4 BGB). Nur wenn zu den nötigen Unterschriften auf der Beschlussniederschrift nichts in der Satzung geregelt ist, bleibt allein die öffentliche Beurkundung der Mitgliederversammlung.<sup>12</sup> Jedenfalls solange das Grundbuchamt keinerlei Anzeichen dafür hat, dass innerhalb des Vereins oder unter den Mitgliedern Wirksamkeitszweifel bestehen, kann es im Rahmen des § 29 GBO außer dem Versammlungsprotokoll in der vom Kammergericht entschiedenen Konstellation keine weiteren Nachweise verlangen. Die Entscheidung ist freilich in der Welt und mag als weiterer Grund dienen, Beschränkungen nach § 26 Abs. 1 Satz 3 in der Vereinsatzung überhaupt nur sehr dosiert zu verwenden.

Notarassessor Dr. Dirk-Ulrich Otto, Leipzig

<sup>12</sup> Vgl. zu einer altrechtlichen Vereinigung OLG München, Beschluss vom 25.8.2010, 34 Wx 40/10, NZM 2011, 158, und in Abgrenzung dazu OLG München, Beschluss vom 30.10.2009, 34 Wx 56/09, BeckRS 2009, 86794.

### Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

17. InsO §§ 32, 80; GBO § 19 (*Bewilligungsbefugnis des eingetragenen Eigentümers bei gelöschtem Insolvenzvermerk*)

**Das Grundbuchamt kann grundsätzlich dann von der Bewilligungsbefugnis des eingetragenen Eigentümers ausgehen, wenn zeitlich zurückliegend ein Insolvenzvermerk zunächst im Grundbuch eingetragen worden war, dann aber auf Ersuchen des Insolvenzgerichts wieder gelöscht worden ist (Anschluss an OLG Hamm, Beschluss vom 20.3.2014, I-15 W 392/13, entgegen OLG Celle, Beschluss vom 16.4.2015, 4 W 57/15).**

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 1.3.2016, 20 W 26/16

Der Antragsteller ist ausweislich Abt. I lfd. Nr. 2 als Eigentümer des betroffenen Grundbesitzes im Grundbuch eingetragen. Laut Bestandsverzeichnis lfd. Nr. 12 ist unter der Bezeichnung der Grundstücke und der mit dem Eigentum verbundenen Rechte noch eingetragen: „Gemarkung Ort 1, Flur 1, Flurstück 1, (...)“. (...) In Abt. II lfd. Nr. 7 war hinsichtlich des Grundstücks lfd. Nr. 12 seit ... 2009 gemäß Ersuchen des AG Stadt 2 vom ... 2009 ein Zustimmungsvorbehalt gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO eingetragen. In Abt. II lfd. Nr. 8 war ebenfalls hinsichtlich dieses Grundstücks seit ... 2009 gemäß Ersuchen des AG Stadt 2 vom ... 2009 zum bezeichneten Aktenzeichen eingetragen, dass über das Vermögen des Eigentümers das Insolvenzverfahren eröffnet worden sei. Auf weiteres Ersuchen des AG – Insolvenzgericht – zum bezeichneten Aktenzeichen vom ... 2011 wurden beide Eintragungen (Abt. II lfd. Nrn. 7 und 8) am ... 2011 wieder gelöscht.

Unter dem 4.12.2015 hat der Antragsteller seine öffentlich beglaubigte Erklärung vom 18.11.2015 zum betroffenen Grundbuch eingereicht. Darin hat er gemäß § 928 Abs. 1 BGB gegenüber dem Grundbuchamt seinen Eigentumsverzicht auf die im Grundbuch von Ort 1 Blatt 1 verzeichneten Grundstücke lfd. Nr. 12 des Bestandsverzeichnisses erklärt (...). Er hat beantragt, den Verzicht auf das Eigentum in das Grundbuch einzutragen.

Durch die angefochtene Zwischenverfügung, auf deren Einzelheiten Bezug genommen wird, hat der Rechtspfleger beim Grundbuchamt nach Einsichtnahme in die Insolvenzakten den Antragsteller darauf hingewiesen, dass alleine die Löschung des Insolvenzvermerks zum Nachweis seiner Verfügungsbefugnis nicht ausreicht. Vielmehr sei dem Grundbuchamt in öffentlich beglaubigter Form der Wegfall der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters nachzuweisen. Es hat

dem Antragsteller unter Fristsetzung aufgegeben, die Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters in öffentlich beglaubigter Form vorzulegen und den Zugang der Freigabeerklärung bei dem Antragsteller in öffentlich beglaubigter Form nachzuweisen.

Durch Schriftsatz seines Verfahrensbevollmächtigten vom 12.1.2016 hat der Antragsteller hiergegen Beschwerde eingelegt und darauf hingewiesen, dass der Insolvenzbeschlagn wegen Abschlusses des Insolvenzverfahrens bzw. wegen rechtskräftig erteilter Restschuldbefreiung nicht mehr bestehe. Der Rechtspfleger beim Grundbuchamt hat durch Verfügung vom 13.1.2016, auf die ebenfalls verwiesen wird, darauf hingewiesen, dass die im laufenden Insolvenzverfahren erteilte Restschuldbefreiung an der Tatsache nichts ändere, dass der Insolvenzbeschlagn an Vermögenswerten noch bestehe. Mit Verfügung vom gleichen Tag hat er beim AG Stadt 2 – Insolvenzgericht – angefragt, wann mit einem Abschluss des Insolvenzverfahrens gerechnet werden könne. Durch Verfügung vom 15.1.2016 hat das Insolvenzgericht mitgeteilt, dass laut Mitteilung des Insolvenzverwalters vom 27.11.2015 die Schlussrechnung vorbereitet sei und voraussichtlich bis zum 2.3.2016 eingereicht werde. Der Rechtspfleger beim Grundbuch hat ausweislich eines Vermerks vom 19.1.2016 eine Durchschrift einer Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters aus der Insolvenzakte gefertigt und zu den hiesigen Grundakten genommen. Ausweislich dieser Fotokopie hat der Insolvenzverwalter, Rechtsanwalt A., gemäß § 32 Abs. 3 Satz 1 InsO gegenüber dem Insolvenzgericht beantragt, das zuständige Grundbuchamt um Löschung der Eintragung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bezüglich des auch hier betroffenen Grundbuchs zu ersuchen und hat zur Begründung auf eine Freigabe aus der Insolvenzmasse verwiesen. Beigefügt war ein Empfangsbekenntnis des Antragstellers, in dem dieser bestätigt hat, die Erklärung des Insolvenzverwalters Rechtsanwalt A. vom 7.4.2011 über die Freigabe (auch) des betroffenen Grundbesitzes erhalten zu haben.

(...)

*Aus den Gründen:*

#### II.

Die Beschwerde des Antragstellers ist gemäß den §§ 71, 73 GBO statthaft und auch ansonsten zulässig. Sie hat auch in der Sache Erfolg.

Zu Unrecht hat das Grundbuchamt den Nachweis der Freigabe des betroffenen Grundbesitzes durch den Insolvenzverwalter in grundbuchmäßiger Form verlangt.

Unerheblich dürfte allerdings der Einwand der Beschwerde sein, der Insolvenzbeschlagn im noch laufenden Insolvenzverfahren bestehe wegen der rechtskräftig erteilten Restschuldbefreiung nicht mehr, sodass ohne Weiteres die Verfügungsbefugnis des Antragstellers (wieder) vorliege. Grundsätzlich enden die Wirkungen des § 80 Abs. 1 InsO – abgesehen von der Freigabe des Gegenstands durch den Insolvenzverwalter – erst mit der Aufhebung oder Einstellung des Verfahrens (vgl. *Jaeger/Windel*, InsO, § 80 Rdnr. 9; *Uhlenbruck/Mock*, InsO, 14. Aufl., § 80 Rdnr. 7; *Reul*, MittBayNot 2013, 16). Letzteres liegt hier offensichtlich nicht vor. Dies korrespondiert auch mit dem veröffentlichten diesbezüglichen Beschluss des AG Stadt 2 – Insolvenzgericht – im bezeichneten Insolvenzverfahren, ausweislich dessen mit seiner Rechtskraft der Insolvenzbeschlagn rückwirkend ab dem 22.9.2015 für den pfändbaren Neuerwerb ende. Um derartigen Neuerwerb geht es hier nicht. Insoweit ist dem Grundbuchamt zu folgen.

Letztendlich kann dies hier aber offen bleiben. Das Grundbuchamt kann den Nachweis der Bewilligungs- bzw. Verfügungsbefugnis des Antragstellers – ausweislich der angefochtenen Zwischenverfügung durch Nachweis der Freigabe des betroffenen Grundbesitzes durch den Insolvenzverwalter in grundbuchmäßiger Form – aus anderen Gründen nicht verlangen.

Dabei ist dem Grundbuchamt allerdings zuzugestehen, dass die Rechtsauffassung, die der angefochtenen Zwischenverfü-

gung erklärtermaßen zugrunde liegt, der wohl herrschenden Rechtsprechung entspricht. Danach wird verbreitet vertreten, dass in dem – auch hier vorliegenden – Fall, in dem zeitlich zurückliegend ein Insolvenzvermerk im Grundbuch zunächst eingetragen, dann aber auf Ersuchen des Insolvenzgerichts wieder gelöscht worden ist, das Grundbuchamt sodann nicht ohne Weiteres von der Bewilligungsbefugnis des eingetragenen Eigentümers ausgehen kann, vielmehr ihm diese in der Form des § 29 GBO nachzuweisen ist (vgl. etwa OLG Celle, 16.4.2015, 4 W 57/15, FGPrax 2015, 154, m. abl. Anm. von Keller sowie von Kessler, DNotZ 2015, 773; OLG Köln, 6.3.2015, 2 Wx 44/15, 2 WX 47-49/15, FGPrax 2015, 155; OLG Sachsen-Anhalt, Rpfleger 2014, 365, m. abl. Anm. von Kreuzer, MittBayNot 2015, 163; OLG Thüringen, Beschluss vom 26.8.2013, 9 W 323/13; OLG Brandenburg, MittBayNot 2013, 76, m. Anm. von Reul, MittBayNot 2013, 16; vgl. auch OLG Zweibrücken, FGPrax 2013, 206; LG Köln, ZInsO 2013, 198; LG Berlin, 9.9.2003, 86 T 856/03, Rpfleger 2004, 158; so auch BeckOK-GBO/Wilsch, Stand 1.9.2015, Sonderbereich „Insolvenzrecht und Grundbuchverfahren“ Rdnr. 63; zweifelnd: Demharter, GBO, 29. Aufl., § 19 Rdnr. 62).

Demgegenüber vertritt das OLG Hamm (20.3.2014, I-15 W 392/13, Rpfleger 2014, 363, m. zust. Anm. etwa von Weber, NotBZ 2014, 419; Zimmer, ZfIR 2014, 434; Kreuzer, MittBayNot 2015, 163) die Rechtsauffassung, dass das Grundbuchamt dann von der Bewilligungsbefugnis des eingetragenen Eigentümers auszugehen hat, wenn zeitlich zurückliegend ein Insolvenzvermerk zunächst eingetragen worden war, dann aber auf Ersuchen des Insolvenzgerichts wieder gelöscht worden ist (so nun auch BeckOK-GBO/Otto, Stand 1.9.2015, § 29 Rdnr. 110; Meikell/Böttcher, GBO, 11. Aufl., nach § 20 Rdnr. 77; Dressler, Rpfleger 2015, 328; Schmidt/Keller, InsO, 19. Aufl., § 32 Rdnr. 47, der auf § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB abstellt; vgl. auch bereits Deutsches Notarinstitut, DNotI-Report 2013, 145). Der Senat schließt sich dieser Auffassung für die vorliegende Sachverhaltsgestaltung an, weil nach seiner Überzeugung hierfür die besseren Argumente sprechen.

Zur Begründung verweist der Senat zunächst auf die überzeugenden Gründe des oben zitierten Beschlusses des OLG Hamm vom 20.3.2014. Danach hat das Grundbuchamt im Eintragungsverfahren – ungeachtet § 891 Abs. 1 BGB – schon aufgrund eines allgemeinen Erfahrungssatzes davon auszugehen, dass der eingetragene Berechtigte auch verfügungsbefugt ist (vgl. insoweit wohl auch OLG Thüringen, Beschluss vom 26.8.2013, 9 W 323/13, Tz. 6 bei juris). Anderes gilt erst dann, wenn im Grundbuchamt Verfügungsbeschränkungen aufgrund konkreter Tatsachen bekannt werden (vgl. zu § 1365 BGB etwa auch BGH, Beschluss vom 21.2.2013, V ZB 15/12, Rpfleger 2013, 378, Tz. 10 bei juris; Kreuzer, MittBayNot 2015, 163). So hat auch der erkennende Senat bereits in anderem Zusammenhang ausgesprochen (vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 25.1.1991, 20 W 523/89, Rpfleger 1991, 361), dass entsprechende Vermutungen zwar durch derartige Tatsachen widerlegbar sind; bloße Möglichkeiten oder (wiederum) Vermutungen genügen jedoch nicht. Solche Tatsachen mögen zwar im Grundsatz in Fällen angenommen werden, in denen dem Grundbuchamt bekannt wird, dass über das Vermögen des Berechtigten das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, da der Gemeinschuldner hierdurch seine Verfügungsbefugnis an den Insolvenzverwalter verliert, § 80 Abs. 1 InsO. Der Insolvenzvermerk ist in diesem Zusammenhang nur von tatsächlicher Bedeutung; seine rechtliche Bedeutung erschöpft sich in der Verhinderung eines gutgläubigen Erwerbs von dem nicht mehr verfügungsbefugten Berechtigten (vgl. insoweit auch OLG Brandenburg,

MittBayNot 2013, 76, und die Nachweise bei Deutsches Notarinstitut, DNotI-Report 2013, 145).

Ausgehend von dieser tatsächlichen Bedeutung besteht mit dem OLG Hamm in aller Regel – und so auch hier – nach seiner Löschung aufgrund eines entsprechenden Ersuchens des Insolvenzgerichts für das Grundbuchamt in tatsächlicher Hinsicht aber kein Anlass mehr, bezogen auf den Zeitpunkt der beantragten Eintragung an der unbeschränkten Verfügungsbefugnis des eingetragenen Eigentümers über das eingetragene Recht zu zweifeln. Entgegen der oben zitierten anderweitigen Rechtsauffassung (ausdrücklich etwa LG Berlin, Beschluss vom 9.9.2003, 86 T 856/03, Rpfleger 2004, 158; vgl. auch OLG Brandenburg, MittBayNot 2013, 76; OLG Sachsen-Anhalt, Rpfleger 2014, 365) wird angesichts der dadurch veränderten Grundbuchlage die tatsächliche Vermutung dafür, dass der eingetragene Berechtigte – und nicht der Insolvenzverwalter – auch verfügungsbefugt ist, dann nicht (mehr) allein durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bzw. dessen Fortdauer widerlegt. Eine Vermutung für eine fehlende Verfügungsbefugnis deshalb, weil diese in der Vergangenheit erkennbar gefehlt hat, gibt es nicht (vgl. Zimmer, ZfIR 2014, 434; Weber, NotBZ 2014, 419; OLG Hamm, 20.3.2014, I-15 W 392/13; im Ergebnis auch Keller, FGPrax 2015, 155; OLG Köln, 6.3.2015, 2 Wx 44/15, 2 WX 47-49/15).

Ausweislich der angefochtenen Zwischenverfügung und der Verfügung vom 13.1.2016 geht das Grundbuchamt hier erkennbar davon aus, dass der betroffene Grundbesitz vom Insolvenzverwalter freigegeben worden ist und hierauf offensichtlich das Lösungsersuchen des Insolvenzgerichts vom ... 2011 beruht, das im Grundbuch gewahrt worden ist. Den entsprechenden Bestandteil der laut Vermerk in der Grundakte am 7.12.2015 eingesehenen Insolvenzakte hat das Grundbuchamt – wie oben unter I. ausgeführt – in Fotokopie zur hiesigen Grundakte genommen. Tatsächlich hat nach § 32 Abs. 3 Satz 1 InsO das Insolvenzgericht auf Antrag das Grundbuchamt um Löschung der Eintragung zu ersuchen, wenn der Insolvenzverwalter das Grundstück zugunsten des Schuldners freigibt. Auf die vom LG Berlin für den Veräußerungsfall angestellten Erwägungen kommt es hier nicht an. Wie das OLG Hamm zutreffend ausführt, würden alle anderen denkbaren Gründe – auf die das Grundbuchamt ausweislich seiner nach Einsicht in die Insolvenzakten ergangenen Zwischenverfügung hier nicht abstellt –, die zu einem Ersuchen um Löschung des Insolvenzvermerks nach § 32 Abs. 1 InsO führen könnten, ebenso wie die Freigabe zur Wiederherstellung der Verfügungsbefugnis des eingetragenen Eigentümers führen (vgl. dazu auch Kessler, DNotZ 2015, 773).

Das Gesetz weist in den § 32 Abs. 1 InsO, § 38 GBO die Verantwortung für den Schutz der Insolvenzmasse vor unberechtigten Verfügungen des Eigentümers aber in erster Linie dem Insolvenzgericht zu. Ersucht das Insolvenzgericht nach § 32 Abs. 2 InsO um Eintragung des Insolvenzvermerks, prüft das Grundbuchamt nicht, ob im Einzelfall die Insolvenzeröffnung wirksam erfolgt ist (st. Rspr. des Senats, vgl. zuletzt Beschluss vom 17.12.2015, 20 W 272/15, n. v.). Nach Eintragung des Insolvenzvermerks hat es diesen grundsätzlich zu beachten und von der fehlenden Verfügungs- und Bewilligungsbefugnis des Berechtigten auszugehen. Im umgekehrten Fall gilt nichts anderes: Ersucht das Insolvenzgericht nach § 32 Abs. 3 Satz 1 InsO um Löschung des Insolvenzvermerks, hat das Grundbuchamt auch nicht zu prüfen, welcher materiellrechtliche Rechtsvorgang der Löschung zugrunde lag. Es hat mithin gerade nicht etwa zu prüfen, ob eine Freigabe durch den Insolvenzverwalter wirksam erfolgt ist (vgl. dazu Keller, FGPrax 2015, 155; OLG Köln, 6.3.2015, 2 Wx 44/15, 2 WX

47-49/15 m. w. N.). Vielmehr hat das Insolvenzgericht das Lösungsersuchen zu stellen, wenn nach seinen Feststellungen (vgl. § 5 InsO) die Freigabe wirksam ist (vgl. *Reul*, MittBayNot 2013, 16 unter VIII.1.; *Haarmeyer/Mitter*, InsO, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 13; Deutsches Notarinstitut, DNotI-Report 2013, 145; MünchKomm-InsO/*Schmahl/Busch*, 3. Aufl., § 32 Rdnr. 80; *Keller*, FGPrax 2015, 155).

Ausgehend von der durch diese gesetzliche Regelung begründeten Aufgaben- und Verantwortungsverteilung der Gerichte ist es nach Auffassung des Senats nicht ohne Weiteres gerechtfertigt, in dem bloßen Umstand der Fortdauer des Insolvenzverfahrens noch eine konkrete Tatsache zu sehen, die gegen die Verfügungsbefugnis des eingetragenen Eigentümers (und gegen die Richtigkeit des gerichtlichen Lösungsersuchens) spricht. Zwar kommt als Grund für ein Lösungsersuchen des Insolvenzgerichts, mit dem keine Wiederherstellung der Verfügungsbefugnis korrespondiert, zwar grundsätzlich ein Versehen des Insolvenzgerichts in Betracht, auf das das OLG Celle (a. a. O.) in Abgrenzung zur zitierten Entscheidung des OLG Hamm ausdrücklich abstellt und das sich ohne Zweifel auch nie ausschließen lässt. Eine dadurch begründete (nachträgliche) Kompetenz zur Überprüfung der „Einschätzung des Insolvenzgerichts“ (so *Reul*, MittBayNot 2013, 16; OLG Sachsen-Anhalt, Rpfleger 2014, 365) steht dem Grundbuchamt jedoch – wie gesagt – grundsätzlich nicht zu und lässt sich nach Auffassung des Senats auch nicht vor dem Hintergrund rechtfertigen, dass Eintragung und Löschung des Insolvenzvermerks auch hinsichtlich des Verlustes der Verfügungsbefugnis lediglich deklaratorischen Charakter haben (vgl. dazu im Einzelnen *Reul*, MittBayNot 2013, 16). Das Grundbuchamt ist dann auch nicht verpflichtet oder befugt, die Insolvenzakten dahingehend auszuwerten, auf welchen Entscheidungen des Insolvenzgerichts bzw. auf welchen Gründen das vorangegangene und im Grundbuch gewährte Lösungsersuchen beruhte und diese (nachträglich) auf seine Berechtigung hin zu überprüfen. Anders als in der Verfügung des Grundbuchamts vom 13.1.2016 aufgeführt, hat das Grundbuchamt in derartigen Fällen wie auch im Zusammenhang mit der Wahrung des Lösungsersuchens im Grundbuch – wie gesagt – grundsätzlich nicht zu überprüfen, ob durch die (hier ausweislich der Prüfung durch das Grundbuchamt offensichtlich sogar in den Insolvenzakten enthaltene) Erklärung des Insolvenzverwalters zur Freigabe des Grundbesitzes die Verfügungsbeschränkung weggefallen ist. Bedenken gegen die Richtigkeit des Lösungsersuchens hat denn das Grundbuchamt nach seiner Prüfung hier auch gar nicht aktenkundig gemacht.

Zu Recht hat das OLG Hamm weiter ausgeführt, dass schon der Zweck der erleichterten Lösungsmöglichkeit durch das amtswegige Lösungsersuchen nach § 32 Abs. 3 InsO, der Masse die Inanspruchnahme des Insolvenzverwalters auf Abgabe einer der Form des § 29 GBO genügenden Erklärung zu ersparen, gegen die Annahme spricht, dass das Grundbuchamt nach einer solchen Löschung noch den grundbuchverfahrensrechtlichen Nachweis der Wiedererlangung der Verfügungsbefugnis verlangen könnte oder gar müsste. Die Zielsetzung des § 32 Abs. 3 InsO würde vereitelt, wenn das Grundbuchamt von der Bewilligungs-/Verfügungsbefugnis des eingetragenen Eigentümers bereits dann nicht ausgehen dürfte, wenn ein zwischenzeitlich gelöschter Insolvenzvermerk eingetragen war (vgl. dazu zusätzlich *Kessler*, DNotZ 2015, 773; *Zimmer*, ZfIR 2014, 434). Denn im Falle der Freigabe müsste dann bei einer Verfügung des Berechtigten in der Konsequenz der oben genannten Rechtsprechung gleichwohl immer ein förmlicher und kostenträchtiger Nachweis geführt werden. Es fragt sich dann jedoch, warum der Insolvenzvermerk im Falle

der (hier angenommenen) Freigabe von Gesetzes wegen überhaupt einer erleichterten Löschung zugänglich sein soll, wenn bei einer späteren Verfügung ohnehin der förmliche Nachweis der Tatsachen erforderlich ist, die den Wegfall der Massezugehörigkeit bekunden und damit zu einer Grundbuchberichtigung führen müssten.

Bedarf es hier mithin des angeforderten Nachweises zur Freigabe des Grundbesitzes nicht, ist die angeforderte Zwischenverfügung aufzuheben.

(...)

## Beurkundungs- und Notarrecht

18. BeurkG § 17 Abs. 1 Satz 1; BNotO § 19 (*Haftung des Notars für versehentlich unterbliebene Mitübertragung eines Stellplatzes bei Wohnungskauf*)

**Wird bei Beurkundung eines Wohnungskaufes das Vorhandensein eines zugehörigen Tiefgaragenstellplatzes von den Beteiligten nicht angesprochen, verletzt der beurkundende Notar seine Amtspflichten nicht, wenn er diesbezüglich keine Nachfragen stellt, soweit sich die Existenz eines zugehörigen Stellplatzes nicht anderweitig aufdrängt. (Leitsatz der Schriftleitung)**

LG München I, Urteil vom 30.9.2015, 15 O 2197/15

Die Klägerin macht Schadensersatzansprüche aus § 19 BNotO geltend.

Die Klägerin war Anfang des Jahres 2007 Miteigentümerin zu  $\frac{2}{3}$  einer Eigentumswohnung (Miteigentumsanteil 13,1/1000 an dem vereinigten Grundstück der Gemarkung M. Flste. A. und B., verbunden mit dem Sondereigentum an Wohnung, Speicherabteil, Hobbyraum Nr. X laut Aufteilungsplan, eingetragen im Wohnungs- und Teileigentumsgrundbuch von M., Blatt ...). Miteigentümer zu  $\frac{1}{3}$  an der Wohnung war ihr Vater.

Ferner waren zu diesem Zeitpunkt die Klägerin, ihr Vater und ihre Mutter als Miteigentümerin zu je  $\frac{1}{3}$  an einem Tiefgaragenstellplatz (Miteigentumsanteil 0,7/1000 an dem vereinigten Grundstück der Gemarkung M. Flste. A. und B., verbunden mit dem Sondereigentum an Tiefgaragenstellplatz Nr. Y laut Aufteilungsplan, eingetragen im Wohnungs- und Teileigentumsgrundbuch von M., Blatt ...) eingetragen.

Hintergrund war, dass die Mutter der Klägerin im Jahr 2005 ihren ursprünglichen Miteigentumsanteil an der Eigentumswohnung von  $\frac{1}{3}$  auf die Klägerin übertragen hatte. Dabei war aber übersehen worden, den Miteigentumsanteil an dem Tiefgaragenstellplatz mit zu übertragen.

Die Klägerin und ihr Vater beabsichtigten, den dem Vater gehörenden Miteigentumsanteil an Wohnung und Stellplatz auf die Klägerin zu übertragen.

Am 20.3.2007 beurkundete der Beklagte den Übertragungsvertrag. In dem Vertrag wurde lediglich die Übertragung des Miteigentumsanteils an der Wohnung, nicht jedoch am Tiefgaragenstellplatz beurkundet.

Die Klägerin bringt vor, den Beteiligten sei nicht bewusst gewesen, dass die Übertragung des Tiefgaragenstellplatzes vom Vertrag nicht erfasst sei. Dass dies nicht der Fall gewesen sei, sei erst im Jahr 2012 aufgefallen, als die Klägerin mit notarieller Urkunde vom 12.12.2011 die Wohnung samt Stellplatz an einen Dritten verkauft habe.

In der Folgezeit habe für den Käufer keine Auflassungsvormerkung eingetragen werden können, da die Klägerin nicht Alleineigentümerin des Stellplatzes gewesen sei. Da der Vater der Klägerin zwischenzeitlich verstorben sei, habe die Eigentumsfrage nicht ohne Weiteres geklärt werden können. Ihr Vater sei von ihr und ihrem Bruder beerbt worden, dieser sei aber ebenfalls verstorben gewesen. Die Klägerin habe letztlich für den Erwerb der auf ihren Vater (und ihre Mutter) entfallenden Miteigentumsanteile am Tiefgaragenstell-

platz 5.000,00 € an den Nachlasspfleger des Nachlasses nach ihrem Bruder bezahlt. Von diesem Betrag mache sie 1.666,50 € vorliegend geltend. Ferner seien ihr Kosten für die Erteilung des Erbscheins sowie die Eigentumsumschreibung hinsichtlich des Tiefgaragenstellplatzes entstanden.

Die Klägerin ist der Auffassung, der Beklagte habe seine Amtspflichten im Zusammenhang mit der Beurkundung des Übertragungsvertrages verletzt. Die Klägerin wisse nicht mehr, ob die Beteiligten explizit den Auftrag auf Beurkundung der Übertragung des Tiefgaragenstellplatzes erteilt hätten. Der Beklagte hätte aber von sich aus nachfragen müssen. Die Übertragung nur der Wohnung mache keinen Sinn. Für den Beklagten sei dies auch erkennbar gewesen. Bereits aus dem Bestandsverzeichnis des Grundbuchs ergebe sich, dass zu dem Anwesen eine Tiefgarage gehöre. Es sei absolut üblich, dass zu jeder Eigentumswohnung auch ein Tiefgaragenstellplatz gehöre. Auch baurechtlich hätte in M. zu jeder Wohnung ein Stellplatz nachgewiesen werden müssen. Schließlich ergebe sich aus Abteilung III Nr. z des Grundbuchblattes der Wohnung, dass für die dort eingetragene Grundschuld ein weiteres Grundstück (nämlich der Tiefgaragenplatz) mithaftet.

Der Beklagte hätte daher nachfragen müssen, ob zu der Wohnung ein Stellplatz gehöre und ob dieser mitübertragen werden solle, was die Beteiligten bejaht hätten.

(...)

Der Beklagte behauptet, weder die Klägerin noch ihr Vater hätten anlässlich der Übertragung der Wohnung geäußert, dass ein ebenfalls im Eigentum der Familie stehender Tiefgaragenstellplatz mitübertragen werden solle. Der Beklagte habe von der Existenz des Stellplatzes auch keine Kenntnis gehabt. Er bestreitet die Schadenskausalität sowie den behaupteten Aufwand zum Erwerb des Miteigentumsanteils aus dem Nachlass des Bruders.

Der Beklagte meint, er sei zu einer weiteren Nachfrage nicht verpflichtet gewesen. Bei der Übertragung des Miteigentums an einer Wohnung und eines Stellplatzes handle es sich rechtlich und auch nach dem allgemeinen Verständnis um unterschiedliche Vorgänge. Der Beklagte habe nicht nachforschen müssen, ob der Vater der Klägerin noch weitere Objekte übertragen wolle. Aus der Mithaft des Stellplatzes für die Grundschuld ergebe sich nichts anderes, da diese bereits im Jahr 2005 gelöscht worden sei.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die zulässige Klage ist unbegründet.

Der beurkundende Notar hat keine ihm obliegenden Amtspflichten verletzt.

I. Der Notar war nicht von den Beteiligten mit der Beurkundung der Übertragung des Stellplatzes beauftragt.

Zwar erklärte die Klägerin, ihrer Erinnerung nach habe sie angesprochen, dass zur Wohnung ein Stellplatz gehöre. Der Beklagte hat dies bestritten. Beweis für ihre Behauptung hat die Klägerin – die insoweit beweisbelastet ist – nicht angeboten. Dagegen spricht auch, dass die Klägerin immer wieder betont, ihr und ihrem Vater sei gar nicht bewusst gewesen, dass bei Übertragung der Wohnung der Stellplatz nicht ohne Weiteres mitübertragen werde. Wenn der Klägerin und ihrem Vater diese Problematik angeblich also nicht bekannt war, ist es wenig plausibel, dass sie gleichwohl den – gesonderten – Auftrag zur Übertragung des Stellplatzes erteilt haben will.

II. Der Notar war auch nicht verpflichtet, nachzufragen, ob ein etwaiger, zur Wohnung „gehörender“, Stellplatz übertragen werden soll.

a. Dass die Klägerin den Beklagten auf die Existenz des Stellplatzes hingewiesen hätte, hat sie nicht unter Beweis gestellt (siehe oben).

b. Eine Verpflichtung des Beklagten, hinsichtlich des Stellplatzes nachzufragen, ergibt sich auch nicht aus den sonstigen Umständen.

Gemäß § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG soll der Notar den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Die Vorschrift soll gewährleisten, dass der Notar eine rechtswirksame Urkunde über den wahren Willen der Beteiligten errichtet.

Ein Notar kann den Willen der Beteiligten nur dann richtig erfassen und in die passende rechtliche Form kleiden, wenn er den zugrunde liegenden Sachverhalt kennt. Er muss deshalb den Tatsachenkern des Geschäfts aufklären. Dabei ist er zwar auf die Angaben der Beteiligten angewiesen. Er muss sie aber belehren, warum es auf bestimmte Tatsachen ankommen kann, und muss sie entsprechend befragen. Der Notar darf zwar regelmäßig die tatsächlichen Angaben der Beteiligten ohne eigene Nachprüfung als richtig zugrunde legen. Er muss aber bedenken, dass Beteiligte entscheidende Gesichtspunkte, auf die es für das Rechtsgeschäft ankommen kann, möglicherweise nicht erkennen oder rechtliche Begriffe, die auch unter Laien gebräuchlich sind und die sie ihm als Tatsachen vortragen, möglicherweise falsch verstehen.

Weder aus der Tatsache, dass sich in der Wohnanlage, in der die zu übertragende Wohnung lag, eine Tiefgarage befindet, noch daraus, dass ein weiteres Grundstück für eine Grundschuld mithaftet, musste sich dem Beklagten aufdrängen, nachzufragen, ob auch ein Stellplatz übertragen werden soll.

Grundsätzlich darf sich der Notar auf die Angaben der Beteiligten verlassen. Nach den Feststellungen der Kammer wurde die Existenz des Stellplatzes nicht angesprochen.

Entgegen der Auffassung der Klägerin besteht kein zwingender Schluss, in M. müsste zu jeder Eigentumswohnung ein Tiefgaragenstellplatz gehören. Selbst unterstellt, die Auffassung der Klägerin wäre zutreffend, dass zum Zeitpunkt der Errichtung der Wohnanlage für jede Wohnung der Baugenehmigungsbehörde ein Stellplatz nachgewiesen wurde (was im Hinblick auf die Möglichkeit der Stellplatzablösung sowieso fraglich ist), bedeutet dies nicht, dass jeder Erwerber einer Eigentumswohnung auch einen Stellplatz erwirbt. Dies ist regelmäßig ein gesonderter Erwerbsvorgang. Auch kann ein Erwerber an dem Erwerb eines Stellplatzes kein Interesse haben, z. B. weil er über kein Fahrzeug verfügt, während ein anderer Erwerber mehrere Stellplätze benötigt.

Auch die Mithaftung eines weiteren Grundstücks für eine im August 1983 eingetragene und im September 2005 gelöschte Grundschuld lässt nicht ohne Weiteres den Schluss zu, zu der Wohnung „gehöre“ ein Stellplatz. Dass im Jahr 1983 einmal eine Mithaft bestand, sagt nichts darüber aus, wie sich das Eigentum dieses mithaftenden Teils entwickelt hat, zumal aus der Eintragung selbst nicht erkennbar ist, dass es sich um einen Stellplatz handelt. Ebenso gut hätte es sich um eine weitere Wohnung handeln können.

Der Notar musste daher nach Auffassung der Kammer vorliegend nicht von sich aus nachfragen, ob die Übertragung weiterer Miteigentumsanteile, insbesondere eines Tiefgaragenstellplatzes, gewollt war.

3. Auf die weiteren Einwendungen des Beklagten kam es daher nicht mehr an.

(...)

## Kostenrecht

19. GNotKG § 105 Abs. 4 Nr. 1, § 93 Abs. 1 Satz 1, § 113 Abs. 1 (*Geschäftswert bei Anmeldung der Auflösung einer GmbH und weiterer Änderungen*)

1. **Die Anmeldung der Auflösung einer GmbH und des Erlöschens einer Prokura betrifft zwei verschiedene Tatsachen und führt bei Zugrundelegung des Mindestwerts gemäß § 105 Abs. 4 Nr. 1 GNotKG i. H. v. 30.000 € zu einem zusammengerechneten Geschäftswert i. H. v. 60.000 €.**
2. **Auch die erste Anmeldung einer GmbH zum Handelsregister und der Bestellung eines Prokuristen betrifft zwei gesondert zu bewertende Tatsachen.**
3. **Ob die Anmeldung der Auflösung der GmbH, des bisherigen Geschäftsführers der GmbH als Liquidator der GmbH und seine Vertretungsbefugnis sowie des Erlöschens der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers der GmbH jeweils verschiedene Tatsachen betrifft, kann hier dahinstehen, weil der Notar in der angefochtenen Kostenberechnung insoweit von einer anzumeldenden Tatsache ausgegangen ist und die Anfechtung der Kostenberechnung durch den Kostenschuldner im Verfahren gemäß § 127 GNotKG auf den vom Notar erhobenen Betrag beschränkt ist.**
4. **Die auftragsmäßige Erledigung des in § 65 Abs. 2 GmbHG geregelten Gläubigeraufrufs durch den Notar (Bekanntmachung der Auflösung der GmbH von den Liquidatoren in den Gesellschaftsblättern) löst die Betreuungsgebühr nach Nr. 22200 Ziffer 5 KV GNotKG aus.**
5. **Als Geschäftswert ist dieser Betreuungsgebühr gemäß § 113 Abs. 1 GNotKG der volle Wert der Anmeldung zum Handelsregister (hier 60.000 €) und nicht nur der auf die Anmeldung der Auflösung der GmbH entfallende Geschäftswert zugrunde zu legen.**

LG Düsseldorf, Beschluss vom 25.5.2016, 19 T 12/16

Der beteiligte Notar fertigte für die Antragstellerin einen Entwurf einer Handelsregisteranmeldung. Die Handelsregisteranmeldung betraf die Auflösung der GmbH zum 31.12.2015, die Bestellung des bisherigen Geschäftsführers als Liquidator der GmbH, den Widerruf der Vertretungsbefugnis als Geschäftsführer zum 31.12.2015 und das Erlöschen der Prokura des Herrn S. zum 31.12.2015 sowie einen Gesellschafterbeschluss.

Der beteiligte Notar hat der Antragstellerin zunächst eine Kostenrechnung über 689,07 € übersandt, in welcher er einen Geschäftswert von 120.000 € zugrunde gelegt hat. Auf die Einwendungen der Antragstellerin hin hat der beteiligte Notar eine berichtigte Rechnung über 560,55 € unter Zugrundelegung eines Geschäftswertes von 60.000 € erstellt, die Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist.

Hiergegen wendet die Antragstellerin ein, es sei von einem Geschäftswert von nur 30.000 € auszugehen, da die Auflösung der GmbH und die Löschung der Prokura nur einen Beurkundungsgegenstand darstellen würden. Die erhobene Betreuungsgebühr sei nicht entstanden.

(...)

*Aus den Gründen:*

### II.

Die Kostenrechnung des beteiligten Notars in seiner korrigierten Form ist nicht zu beanstanden.

1. Die Änderung der Kostenberechnung ist auch noch im gerichtlichen Verfahren gemäß §§ 127 ff. GNotKG zulässig.

Der Notar kann die beanstandete Kostenberechnung noch während des gerichtlichen Verfahrens ändern (vgl. NK-GK/Heinemann, § 127 GNotKG Rdnr. 75; Neie in Bormann/Diehl/Sommerfeldt, GNotKG, § 127 Rdnr. 67; Leipziger-GNotKG/Wudy, § 128 Rdnr. 29; vgl. auch BGH, RNotZ 2009, 107, noch zum Beschwerdeverfahren gemäß § 156 KostO).

2. Die Kostenberechnung ist rechnerisch nicht zu beanstanden.
3. Die korrigierte Kostenrechnung entspricht nunmehr ohne Zweifel dem Zitiergebot des § 19 Abs. 2 und Abs. 3 GNotKG.
4. a. Die Festsetzung des Geschäftswerts auf 60.000 € begegnet keinen Bedenken.

Sofern der beteiligte Notar für die Anmeldung des Erlöschens der Prokura des Herrn S. einen eigenen Gegenstandswert i. H. v. 30.000 € angesetzt hat, ist dies nicht zu beanstanden.

Sie betrifft eine eigenständige Tatsache und ist nicht notwendiger Erklärungsgehalt der Anmeldung der Auflösung der GmbH und deshalb vorliegend getrennt mit 30.000 € zu bewerten.

Entsprechend betrifft auch die Erstanmeldung der GmbH und eines Prokuristen zwei gesondert zu bewertende Tatsachen (vgl. *Korintenberg/Tiedtke*, GNotKG, 19. Aufl., § 105 Rdnr. 99; Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl., Rdnr. 998).

Darüber hinaus kann dahinstehen, ob die im Entwurf des Notars vom 4.1.2016 enthaltenden Anmeldungen zum Handelsregister (Auflösung der GmbH zum 31.12.2015, Anmeldung des bisherigen Geschäftsführers der GmbH als Liquidator der GmbH und seine Vertretungsbefugnis, Erlöschen der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers der GmbH zum 31.12.2015) jeweils einen eigenen Beurkundungsgegenstand bilden oder nicht. Wie sowohl durch die Ausführungen des beteiligten Notars als auch durch die Stellungnahme des Präsidenten des LG deutlich wurde, ist diese Frage in Rechtsprechung und Literatur stark umstritten.

Vorliegend handelt es sich um eine Überprüfung der Kostenrechnung auf Antrag des Kostenschuldners. Ficht der Kostenschuldner die Gebühren an, kann das Gericht den Gebührensatz und den Geschäftswert ändern, allerdings nur bis zur Grenze des ursprünglich vom Notar berechneten Betrages (*Korintenberg*, Kommentar zum GNotKG, 19. Aufl., § 127 Rdnr. 48). Da eine Erhöhung der Geschäftsgebühr den vom Notar berechneten Betrag übersteigen würde, kommt eine solche daher nicht in Betracht.

Der vom beteiligten Notar zugrunde gelegte Geschäftswert i. H. v. 60.000 € ist daher nicht zu ändern.

- b. Den Entwurf des Gesellschafterbeschlusses über die Auflösung der GmbH, die Bestellung des Liquidators und der Abberufung des Geschäftsführers hat der Notar mit einer nach einem Wert i. H. v. 30.000 € berechneten 2,0-Gebühr nach Nr. 24100 KV GNotKG abgerechnet.

Nach Nr. 24100 KV GNotKG beträgt die Entwurfsgebühr 0,5 bis 2,0, wenn die Gebühr für das Beurkundungsverfahren 2,0 betragen würde. Bei Beurkundung eines Gesellschafterbeschlusses fällt eine 2,0-Gebühr nach Nr. 21000 KV GNotKG an, vgl. die Überschrift zu Teil 2 Hauptabschnitt 1 Abschnitt 1 KV GNotKG (Abschnitt 1 Verträge, bestimmte Erklärungen sowie Beschlüsse von Organen einer Vereinigung oder Stiftung).

Gemäß § 92 Abs. 2 GNotKG ist die Entwurfsgebühr zwingend mit dem Höchstsatz von 2,0 zu erheben, wenn der Entwurf vom Notar vollständig erstellt worden ist. Eine vollständige Entwurfsfertigung liegt vor. Der Entwurf ist vom Antragsteller unterschrieben worden.

Gemäß § 119 Abs. 1 GNotKG bestimmt sich der Geschäftswert bei der Fertigung eines Entwurfs nach den für die Beurkundung geltenden Vorschriften.

Für den Geschäftswert bei der Beurkundung von Beschlüssen, deren Gegenstand keinen bestimmten Geldwert hat, gilt § 105 Abs. 4 Nr. 1 GNotKG entsprechend. Der vom Notar entworfene Beschluss hat keinen bestimmten Geldwert (Volpert in *Diehl/Volpert*, Praxis des Notarkostenrechts, Rdnr. 780 ff.).

Bei einem Stammkapital i. H. v. 25.000 € beträgt der Geschäftswert deshalb 30.000 € (Mindestwert).

5. Der beteiligte Notar hat auch die Betreuungsgebühr nach Nr. 22200 KV GNotKG für die Anzeige an den Bundesanzeiger nach einem Wert i. H. v. 60.000 € mit 96 € zu Recht erhoben.

Nach Nr. 22200 Ziffer 5 KV GNotKG entsteht eine 0,5-Betreuungsgebühr für die Anzeige oder Anmeldung einer Tatsache an einen nicht an dem Beurkundungsverfahren Beteiligten zur Erzielung einer Rechtsfolge, wenn sich die Tätigkeit des Notars nicht darauf beschränkt, dem nicht am Beurkundungsverfahren Beteiligten die Urkunde oder eine Kopie oder eine Ausfertigung der Urkunde zu übermitteln. Die Betreuungsgebühr nach Nr. 22200 Ziffer 5 KV entsteht, wenn der Notar eine Tatsache namens eines Beteiligten einem Dritten anzeigt und dadurch eine bestimmte Rechtsfolge eintreten soll (BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 225).

Gemäß § 65 Abs. 2 GmbHG ist die Auflösung der GmbH von den Liquidatoren in den Gesellschaftsblättern (z. B. Bundesanzeiger) bekanntzumachen. Durch die Bekanntmachung sind zugleich die Gläubiger der Gesellschaft aufzufordern, sich bei derselben zu melden. Durch den Aufruf an die Gläubiger in den Gesellschaftsblättern wird gemäß § 73 Abs. 1 GmbHG das Sperrjahr in Gang gesetzt. Die auftragsmäßige Erledigung des in § 65 Abs. 2 GmbHG geregelten Gläubigeraufrufs durch den Notar löst die Betreuungsgebühr aus (*Diehl*, Notarkostenberechnungen, 3. Aufl., Rdnr. 941; *Volpert* in *Diehl/Volpert*, Praxis des Notarkostenrechts Rdnr. 790 f.).

Voraussetzung für die Erhebung dieser Betreuungsgebühr ist nach Vorbemerkung 2.2 Abs. 1 KV GNotKG, dass dem Notar für seine Tätigkeit ein besonderer Auftrag erteilt worden ist. Die Antragstellerin erteilte im Schreiben vom 12.1.2016 nachträglich die Zustimmung zu dieser Betreuungstätigkeit und berief sich des Weiteren dann darauf, dass die Gebühr von Gesetzes wegen nicht zu erheben sei. Eine Beauftragung des Notars mit der Anzeige der Auflösung der Gesellschaft beim Bundesanzeiger liegt damit im Ergebnis vor.

Die durch die Anzeige entstandene Betreuungsgebühr entfällt auch nicht wegen § 93 Abs. 1 Satz 1 GNotKG. Dort ist zwar bestimmt, dass die Gebühr für ein Verfahren sowie die Vollzugs- und die Betreuungsgebühr in demselben notariellen Verfahren jeweils nur einmal erhoben wird. Das bedeutet aber, dass jede der genannten Gebühren in einem notariellen Verfahren (vgl. § 85 GNotKG) im Falle ihrer Entstehung zu erheben ist, aber jeweils nur einmal.

Die angefochtene Kostenberechnung des Notars enthält außer der Betreuungsgebühr für die Anzeige der Auflösung der GmbH beim Bundesanzeiger keine weitere Betreuungsgebühr für eine andere in der Anmerkung zu Nr. 22200 KV GNotKG genannte Betreuungstätigkeiten.

Deshalb hindert § 93 Abs. 1 Satz 1 GNotKG den Ansatz der Betreuungsgebühr nicht.

Der Geschäftswert der Betreuungsgebühr ist gemäß § 113 Abs. 1 GNotKG wie bei der Beurkundung zu bestimmen.

Die Anzeige beim Bundesanzeiger gehört zur Handelsregisteranmeldung, sodass der Notar zutreffend den der Anmeldung zugrunde gelegten Geschäftswert i. H. v. 60.000 € auch bei der Betreuungsgebühr angesetzt hat.

(...)

### Hinweis der Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München:

Die Frage, ob bei Anmeldung der Auflösung der GmbH und des bisherigen Geschäftsführers der GmbH als Liquidator eine Tatsache oder mehrere Tatsachen (§ 111 Nr. 3 GNotKG) vorliegen, ist höchstrichterlich noch nicht entschieden. Gegen den Beschluss des OLG München vom 17.11.2015, 32 Wx 313/15 Kost, ZNotP 2015, 438, wurde die Rechtsbeschwerde beim BGH eingelegt. Die Entscheidung des BGH steht noch aus.

## Öffentliches Recht

20. BauGB § 123 Abs. 1, § 127 Abs. 1 und 2 Nr. 1, § 133 Abs. 3 (*Berechtigung der Gemeinden zur Erhebung von Erschließungsbeiträgen bei Baulastübernahme durch öffentlichrechtliche Vereinbarung*)

**Die Gemeinden dürfen Erschließungsbeiträge für nicht in ihre gesetzliche Baulast fallende Erschließungsanlagen dann erheben, wenn sie durch öffentlichrechtliche Vereinbarung mit dem gesetzlichen Baulastträger die Baulast übernommen haben; dies gilt jedenfalls dann, wenn die Übernahme der Baulast lediglich eine Grenzkorrektur im Bereich des Übergangs einer Kreis- in eine Gemeindestraße betrifft (Fortentwicklung von BVerwG, Urteile vom 5.9.1975, 4 C 2.73, Buchholz 406.11 § 123 BBauG Nr. 13, und vom 25.11.1981, 8 C 10.81, Buchholz 406.11 § 123 BBauG Nr. 22).**

BVerwG, Urteil vom 9.12.2015, 9 C 27.14

Die Beteiligten streiten über die Rechtmäßigkeit einer Vorausleistung auf den Erschließungsbeitrag für die Erschließungsanlage A.-Straße im Gemeindegebiet der Beklagten.

Der Kläger ist Eigentümer des aus den Flurstücken ..6 und ..7 bestehenden Grundstücks A.-Straße X. Das insgesamt 1514 m<sup>2</sup> große Grundstück ist mit einem zu einem Wohnhaus umgestalteten ehemaligen Bahnhof bebaut. Auf dem nördlich angrenzenden, dem Kläger früher ebenfalls gehörenden Grundstück (Flurstück 9.) steht ein Garagengebäude, das sich über die Grundstücksgrenze erstreckt. Die Zufahrt zu den Garagen führt ausschließlich über das Grundstück A.-Straße X. Auf diesem Grundstück und dem nördlich angrenzenden Grundstück 9. ruht eine Baulast, wonach bei baulichen Anlagen und Einrichtungen auf den Flurstücken das öffentliche Baurecht so einzuhalten ist, „wie wenn die aneinandergrenzenden Teil-/Flurstücke zusammen ein einziges Grundstück bildeten (Vereinigungsbaulast)“. Mit Schenkungsvertrag vom 19.7.2012 übertrug der Kläger das 1741 m<sup>2</sup> große Flurstück 9. im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf seinen Sohn. Zur Verdeutlichung der örtlichen Situation wird auf die folgende Darstellung verwiesen.

Die A.-Straße verläuft in nördlicher Richtung zunächst als Teil der Kreisstraße 15 auf dem Straßenflurstück 822. In Höhe des Grundstücks des Klägers macht die Kreisstraße 15 einen nahezu rechtwinkligen Knick und verläuft in westlicher Richtung auf dem Straßenflurstück 81 als N.-Weg. In nördlicher Richtung wird die A.-Straße auf den Straßenflurstücken 980 und 865 als Gemeindestraße fortgeführt. Die Grenze des im Eigentum des Kreises stehenden Straßenflurstücks 822 mit dem Straßenflurstück 980 der Beklagten verläuft schräg in nordöstlicher Richtung. Der auf die Zeit der Nutzung des klägerischen Grundstücks als Bahnhof zurückgehende

unregelmäßige Grenzverlauf der beiden Straßenflurstücke führt dazu, dass das Grundstück des Klägers ausschließlich an das Straßenflurstück 822 angrenzt.

Der als Gemeindestraße gewidmete Teil der A.-Straße liegt im Bereich des Bebauungsplans Nr. 45 "A.-Straße" (3. Änderung). Die südliche Bebauungsplangrenze stimmt mit dem unregelmäßigen Grenzverlauf der Flurstücke 822 und 980 überein. Die Ausbauplanung für die A.-Straße geht über diese Grenze hinaus und sieht eine Herstellung der Anlage bis zu einer zur Straßenachse rechtwinklig verlaufenden Linie etwa in Höhe der nördlichen Grenze des N.-Wegs (Flurstück 81) vor. Die Ausbauplanung wurde am 28.6.2012 durch die Ratsversammlung der Beklagten beschlossen. In der Folgezeit stellte die Beklagte die Ausbaupläne in einer Anliegersammlung vor und bot den Abschluss von Ablösungsverträgen an. Für den Fall, dass es nicht zu einer Ablösung komme, kündigte sie an, Vorausleistungen auf den Erschließungsbeitrag zu erheben. Mit dem Kläger kam für das Grundstück A.-Straße X keine Ablösungsvereinbarung zustande. Nach vorheriger Anhörung zog ihn die Beklagte daraufhin mit Bescheid vom 24.10.2012 zu Vorausleistungen auf den Erschließungsbeitrag in Höhe von insgesamt 23.656,26 € heran.

Unter dem 18./21.2.2013 traf die Beklagte mit dem Kreis S. eine Straßenbaulastvereinbarung über das durch den unregelmäßigen Grenzverlauf des Straßenflurstücks 822 gebildete Teilstück der A.-Straße nördlich der Einmündung des N.-Wegs. Danach gehen die Planung, Bauausführung und der spätere Unterhalt sowie die Kostentragung betreffend das Teilstück auf die Beklagte über. Am 28.2.2013 beschloss die Beklagte eine Abweichungssatzung, wonach die A.-Straße abweichend von den Vorschriften der Erschließungsbeitragsatzung der Beklagten endgültig hergestellt ist, ohne dass die Gemeinde Eigentümerin dieses – in dem oben wiedergegebenen Plan dargestellten – Teilstücks sein muss.

Die gegen den Vorausleistungsbescheid gerichtete Klage hatte in beiden Vorinstanzen Erfolg. Das Verwaltungsgericht stützte sein Urteil vom 24.6.2013 darauf, dass es an einer Ermessensentscheidung der Beklagten nach § 133 Abs. 3 Satz 1 BauGB über die Heranziehung zu einer Vorausleistung fehle. Das Berufungsgericht wies die dagegen von der Beklagten eingelegte Berufung mit Beschluss vom 16.4.2014 mit der Begründung zurück, eine Heranziehung des Klägers als unmittelbarer Anlieger des ausgebauten Teilstücks der Kreisstraße 15 scheitere daran, dass es sich insoweit nicht um eine beitragsfähige Erschließungsanlage handele. Die gesetzlich abschließend geregelten Voraussetzungen für eine Erschließung könnten nicht durch die mit dem Kreis abgeschlossene Straßenbaulastvereinbarung erweitert werden. Das Grundstück des Klägers sei auch nicht als Hinterliegergrundstück von der abgerechneten Erschließungsanlage erschlossen. Es fehle an der erforderlichen Eigentümeridentität.

Die Beklagte rügt mit der vom Bundesverwaltungsgericht zugelassenen Revision als Verfahrensmangel, das Oberverwaltungsgericht hätte über die Berufung nicht gemäß § 130a VwGO ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss entscheiden dürfen, da sie unter Beweisantritt behauptet habe, das fragliche Teilstück der Parzelle 822 sei nicht als Kreisstraße gewidmet worden. Der angegriffene Beschluss habe im Übrigen zu Unrecht die Hinterliegereigenschaft des Grundstücks A.-Straße X wegen fehlender Eigentümeridentität verneint. Es könne nicht unberücksichtigt bleiben, dass ein einheitliches Bauwerk auf dem durch die Baulast vereinigten Baugrundstück errichtet worden sei.

(...)

*Aus den Gründen:*

## II.

Die zulässige Revision der Beklagten ist begründet. Der angefochtene Beschluss verletzt Bundesrecht (§ 137 Abs. 1 Nr. 1 VwGO) und erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 144 Abs. 4 Satz 1 VwGO). Dies führt zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz, weil für die abschließende Sachentscheidung noch Tatsachenfeststellungen zu treffen und landesrechtliche Bestimmungen auszulegen sind.

(...)

2. Das Berufungsgericht ist tragend davon ausgegangen, eine die Erhebung einer Vorausleistung rechtfertigende (zukünftige) Beitragspflicht nach § 127 Abs. 1 und 2 Nr. 1 BauGB könne nicht entstehen, da es sich bei dem nördlichen Teilstück der Kreisstraße K 15 nicht um eine Erschließungsanlage handele, die von der Beklagten in Erfüllung einer ihr gemäß § 123 Abs. 1 BauGB obliegenden Erschließungsaufgabe hergestellt worden sei. Dies ist mit Bundesrecht nicht vereinbar.

a) Das Berufungsgericht hat richtig erkannt, dass nach § 123 Abs. 1 BauGB die Erschließung Aufgabe der Gemeinde ist, soweit sie nicht nach anderen gesetzlichen Vorschriften oder öffentlichrechtlichen Verpflichtungen einem anderen obliegt. Der Gesetzgeber hat mit dieser Einschränkung dem Umstand Rechnung getragen, dass die Erschließung Aufgabe nicht nur der Gemeinde, sondern insbesondere auch der Länder oder des Bundes sein kann, die ihrerseits – wie § 127 Abs. 1 BauGB zeigt – zur Erhebung von Erschließungsbeiträgen nicht berechtigt sind. Obliegt die örtliche Erschließung – ausnahmsweise – nicht der Gemeinde, so erfüllt diese, wenn sie gleichwohl Erschließungsmaßnahmen durchführt, nicht eine gesetzlich ihr obliegende Aufgabe. Das führt dazu, dass auch die Erhebung eines Erschließungsbeitrags nicht zulässig ist. Denn aus § 123 Abs. 1 und § 127 Abs. 1 BauGB ist zu entnehmen, dass die Gemeinde einen Erschließungsbeitrag zur Deckung ihres anderweitig nicht gedeckten Aufwands für Erschließungsanlagen nur erheben darf, sofern ihr die Erschließung als eigene Aufgabe obliegt (vgl. BVerwG, Urteile vom 5.9.1975, 4 C 2.73, Buchholz 406.11 § 123 BBauG Nr. 13 S. 3; und vom 25.11.1981, 8 C 10.81, Buchholz 406.11 § 123 BBauG Nr. 22 S. 15 f.). Aus dem dargestellten Zusammenhang zwischen § 123 Abs. 1 und § 127 Abs. 1 BauGB folgt auch, dass es der Gemeinde verwehrt ist, die Herstellung einer nicht in ihrer Baulast stehenden Anliegerstraße durch eine vertragliche Vereinbarung mit dem Straßenbaulastträger zu einer eigenen, in der Folge Beitragspflichten auslösenden Erschließungsaufgabe zu machen. Eine derartige vertragliche Übernahme von nicht durch die Straßenbaulast begründeten Erschließungsaufgaben würde zu einer vom Baugesetzbuch nicht gedeckten und deshalb unzulässigen Belastung der Anlieger mit Erschließungsbeiträgen führen (BVerwG, Urteil vom 25.11.1981, 8 C 10.81, Buchholz 406.11 § 123 BBauG Nr. 22 S. 17).

b) Mit Bundesrecht nicht vereinbar ist jedoch die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts, die dargestellten Grundsätze würden durch die zwischen dem Kreis S. und der Beklagten unter dem 18./21.2.2013 geschlossene Straßenbaulastvereinbarung umgangen. Das Oberverwaltungsgericht übersieht, dass die Beklagte in der Vereinbarung mit dem Kreis S. nicht nur die Herstellung des dort beschriebenen Straßenstücks, sondern in § 5 ausdrücklich auch die Straßenbaulast übernommen hat. Eine solche vertragliche Abweichung von der gesetzlichen Baulast hat das Bundesverwaltungsgericht in seinem Urteil vom 25.11.1981, 8 C 10.81, Buchholz 406.11 § 123 BBauG Nr. 22, nicht grundsätzlich als unzulässig angesehen. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall hatte die Gemeinde nicht die Straßenbaulast, sondern lediglich die Herstellung der Anliegerstraße vertraglich übernommen. Dass § 123 Abs. 1 und § 127 Abs. 1 BauGB hingegen dann, wenn die Gemeinde nicht kraft Gesetzes Trägerin der Straßenbaulast ist, der Übernahme einer „fremden“ Baulast kraft öffentlichrechtlichen Vertrages und einer daraus folgenden Erschließungsbeitragserhebung nicht generell entgegenstehen, ergibt sich bereits aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 5.9.1975, 4 C 2.73, Buchholz 406.11 § 123 BBauG Nr. 13 S. 4 f. Darin hat das BVerwG die

Übertragung der gesetzlich dem Bund zugewiesenen Baulast für einen außerhalb der Ortsdurchfahrt liegenden Teil einer Bundesstraße und die Erhebung von Erschließungsbeiträgen durch die Gemeinde hierfür nicht schlechthin als unzulässig angesehen, sondern die damals zwischen dem Bund und der Gemeinde geschlossene öffentlichrechtliche Vereinbarung zur Übertragung der Baulast wegen Nichteinhaltung zwingend vorgeschriebener Zuständigkeitserfordernisse für unwirksam erachtet. Solche Hindernisse bestehen im vorliegenden Fall nicht.

§ 45 Abs. 1 StrWG NRW, den das Revisionsgericht auslegen und anwenden kann, da das Berufungsgericht diese landesrechtliche Norm seiner Entscheidung nicht zugrunde gelegt hat (vgl. BVerwG, Urteile vom 6.7.1984, 4 C 3.82, Buchholz 310 § 137 VwGO Nr. 121 S. 8; vom 15.11.1990, 3 C 49.87, Buchholz 310 § 113 VwGO Nr. 224 S. 65; und vom 3.11.1994, 3 C 17.92, BVerwGE 97, 79, 82), regelt vielmehr ausdrücklich, dass die Vorschriften des Straßen- und Wegegesetzes über die Straßenbaulast (§§ 43, 44 StrWG NRW) nicht gelten, soweit diese aufgrund gesetzlicher Vorschriften oder aufgrund öffentlichrechtlicher Verpflichtungen anderen Trägern obliegt. Derartige Verpflichtungen können sich auch aus öffentlichrechtlichen Verträgen ergeben, mit denen verschiedene Straßenbaulastträger Vereinbarungen über die Straßenbaulast treffen. Mit Abschluss der Vereinbarung wird die übernehmende Körperschaft Trägerin der Straßenbaulast mit allen Rechten und Pflichten, ohne dass es zu einer Änderung der Eingruppierung der Straße und deren Widmung kommt (vgl. *Fickert/Schmidt*, Straßenrecht in Nordrhein-Westfalen, 3. Aufl. 1989, § 45 Rdnr. 6). Erschließungsbeitragsrechtlich ist allein maßgeblich, dass die Straße überhaupt gewidmet ist, es sich damit um eine „öffentliche“ Straße handelt (vgl. § 127 Abs. 2 Nr. 1 BauGB). Eine bereits als Landes- oder Kreisstraße gewidmete Straße bleibt mithin Landes- oder Kreisstraße, die insoweit lediglich in der Baulast der Gemeinde liegt, wie dies nach § 44 Abs. 1 StrWG NRW bezüglich von Ortsdurchfahrten in Gemeinden von mehr als 80 000 Einwohnern bereits kraft Gesetzes der Fall ist. Die (fortbestehende) Einstufung einer Straße als Straße von regionaler bzw. überörtlicher Verkehrsbedeutung (§ 3 Abs. 2 und 3 StrWG NRW) steht auch nicht ihrer Bestimmung zum Anbau und der Erhebung von Erschließungsbeiträgen entgegen (vgl. BVerwG, Urteil vom 20.8.1986, 8 C 58.85, Buchholz 406.11 § 127 BBauG Nr. 49 S. 48). § 128 Abs. 3 Nr. 2 BauGB stellt insoweit sicher, dass die Anlieger an einer solchen Straße nur mit den für die Erschließung der Bauflächen erforderlichen Straßenbaukosten belastet werden (BVerwG, Urteil vom 12.4.2000, 11 C 11.99, Buchholz 406.11 § 128 BauGB Nr. 52 S. 14; vgl. *Reidt in Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 12. Aufl. 2014, § 128 Rdnr. 43).

c) Es bedarf keiner Entscheidung darüber, ob aus § 123 Abs. 1 und § 127 Abs. 1 BauGB Einschränkungen für die erschließungsbeitragsrechtliche Berücksichtigung vertraglicher Straßenbaulastvereinbarungen folgen oder ob die Anlieger insoweit bereits durch die Beschränkung des umlagefähigen Erschließungsaufwandes gemäß § 128 Abs. 3 und § 129 Abs. 1 Satz 1 BauGB vor nicht gerechtfertigten Kosten, wie sie etwa beim Ausbau einer in erster Linie dem überörtlichen Verkehr dienenden Straße auftreten können, hinreichend geschützt sind (vgl. BVerwG, Urteil vom 24.11.1978, 4 C 18.76, Buchholz 406.11 § 135 BBauG Nr. 11 S. 17 f.). Denn vorliegend handelt es sich um eine bloße Grenzkorrektur der Straßenbaulast, die die unterschiedlichen Verkehrsfunktionen von Kreisstraße und Gemeindestraße in deren Einmündungsbereich nachvollzieht und damit zu einer den örtlichen und verkehrlichen Verhältnissen entsprechenden Aufteilung der Stra-

ßenbaulast führt. Dies ist auch mit Blick auf die zukünftige Unterhaltungslast im Einmündungsbereich sachgerecht und liegt im Interesse der Anlieger der Gemeindestraße an einer einheitlichen technischen und baulichen Gestaltung der Anbindung des gemeindlichen an das überörtliche Straßennetz.

Ob das den Gegenstand der Baulastübertragung bildende Teilstück von der Widmungsverfügung für die Kreisstraße K 15 umfasst war, ist für die Wirksamkeit der vertraglichen Baulastübertragung ohne Belang. Auch wenn dies trotz des im Straßenrecht geltenden Grundsatzes der Elastizität der Widmung (vgl. *Herber in Kodal*, Straßenrecht, 7. Aufl. 2010, Kap. 8 Rdnr. 24) nicht der Fall gewesen sein sollte, wäre der Kreis als Eigentümer der Straße und als faktischer Träger der Straßenbaulast (zur der der Widmung vorausgehenden Straßenbaulast vgl. *Tegtbauer in Kodal*, Straßenrecht, 7. Aufl. 2010, Kap. 13 Rdnr. 1) berechtigt gewesen, die Vereinbarung mit der Beklagten über den Übergang der Baulast abzuschließen.

d) Der Heranziehung des Klägers im Wege der Vorausleistung steht nicht entgegen, dass die Straßenbaulast erst nach Erlass des Vorausleistungsbescheides auf die Beklagte übertragen worden ist und diese auch erst nach dem genannten Zeitpunkt ihre Abweichungssatzung erlassen hat.

aa) Aus der Natur der Vorausleistung als einem Vorfinanzierungselement auf den Erschließungsbeitrag folgt, dass im Zeitpunkt der Vorausleistungserhebung bei dem Grundstück alle gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sein müssen, die bei späterer Herstellung der Erschließungsanlage die Beitragspflicht entstehen lassen (BVerwG, Urteil vom 20.6.1973, 4 C 62.71, juris Rdnr. 13 [insoweit in Buchholz 406.11 § 133 BBauG Nr. 45 und BVerwGE 42, 269 nicht abgedruckt]; *Reidt in Battis/Krautzberger/Löhr*, BauGB, 12. Aufl. 2014, § 133 Rdnr. 28). Daran fehlt es etwa dann, wenn das Grundstück im Zeitpunkt der Vorausleistungserhebung nicht bebaubar im Sinne des § 133 Abs. 1 Satz 1 BauGB ist. Indes betreffen die bei Erlass des Vorausleistungsbescheides noch fehlende Straßenbaulast und die fehlende Abweichungssatzung keine an die Bebaubarkeit oder sonstige erschließungsbeitragsrechtlich relevante Nutzbarkeit des Grundstücks zu stellenden gesetzlichen Voraussetzungen für das (spätere) Entstehen der Erschließungsbeitragspflicht, sondern Voraussetzungen, die – wie das Fehlen einer gültigen Satzung oder Widmung – lediglich dazu führen, dass die Beitragspflicht noch nicht entstehen kann.

bb) Der im Berufungsverfahren und in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vorgebrachte Einwand des Klägers, es handele sich bei der nachträglichen Übertragung der Straßenbaulast und der Abweichungssatzung um eine unzulässige Vereinbarung zulasten Dritter („Lex K.“), die ausschließlich darauf ziele, ihn unter Verstoß gegen das Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG mit dem Grundstück A.-Straße X in die Aufwandsverteilung einzubeziehen, greift nicht durch. Insbesondere rechtfertigt der Umstand, dass die Beklagte die Beitragspflicht des Grundstücks A.-Straße X zunächst mit dessen Hinterliegereigenschaft und der einheitlichen Nutzung mit dem damals ebenfalls im Eigentum des Klägers stehenden Grundstück 9.. begründete, den Kläger später aber als unmittelbaren Straßenanlieger heranzog, nicht die Annahme, es sei ihr darum gegangen, den Kläger „um jeden Preis“ mit dem Erschließungsaufwand zu belasten. Denn erst nachdem der Kläger – offensichtlich in Reaktion auf die angekündigte Heranziehung als Hinterlieger – das Anliegergrundstück 9.. mit Vertrag vom 19.7.2012 im Wege der Schenkung auf seinen Sohn übertragen hatte, bestand für die Gemeinde Veranlassung zu prüfen, ob das Grundstück nunmehr als Anlieger-

grundstück zu den Kosten des Ausbaus der A.-Straße heranzuziehen ist. Anders als der Kläger vermutet, ist auch das Ausbauprogramm der Gemeinde für den Kreuzungsbereich nicht nachträglich darauf zugeschnitten worden, ihn noch einbeziehen zu können. Der Kläger übersieht, dass die das fragliche Teilstück einbeziehende Ausbauplanung für den Ausbau der A.-Straße vom N.-Weg bis O. vom 2.5.2012 stammte und am 28.6.2012 und damit zeitlich vor Abschluss des Schenkungsvertrags vom Gemeinderat beschlossen worden ist (vgl. die Angaben im erstinstanzlichen Urteil des VG Münster vom 24.6.2013).

3. Eine abschließende Sachentscheidung ist dem Senat nicht möglich, weil noch tatsächliche Feststellungen zu treffen und landesrechtliche Bestimmungen auszulegen sind.

a) § 125 Abs. 1 BauGB macht die Rechtmäßigkeit der Herstellung einer Anbaustraße vom Vorhandensein eines wirksamen Bebauungsplans abhängig. Der Gesetzgeber hat mit dem erschließungsrechtlichen Planerfordernis sicherstellen wollen, dass insbesondere die Anbaustraßen in Übereinstimmung mit der übrigen städtebaulichen Struktur der Gemeinde angelegt werden (vgl. BVerwG, Urteil vom 10.11.1989, 8 C 27.88, Buchholz 406.11 § 125 BBauG/BauGB Nr. 25 S. 10). Der Bebauungsplan entfaltet daher die ihm von § 125 Abs. 1 BauGB zugeordnete Wirkung auch bei geringfügigen Planabweichungen. Unter dem Blickwinkel des erschließungsrechtlichen Planerfordernisses scheidet die Rechtmäßigkeit einer Straßenherstellung weder, wenn im Einzelfall die durch den Plan für diese Herstellung vorgesehene Fläche tatsächlich nicht in vollem Umfang in Anspruch genommen worden ist, noch, wenn nicht alle Teile dieser Fläche so ausgebaut worden sind, wie es seinerzeit geplant war; derartige Abweichungen sind vielmehr ebenso wie geringfügige Planüberschreitungen kraft des bundesrechtlichen Erschließungsrechts noch durch den Bebauungsplan gedeckt (vgl. BVerwG, Urteile vom 9.3.1990, 8 C 76.88, BVerwGE 85, 66, 71 f., und vom 30.5.1997, 8 C 6.96, Buchholz 406.11 § 125 BauGB Nr. 36 S. 18 f.).

Voraussetzung für eine Heranziehung bei einem planabweichenden Ausbau ist allerdings, dass die Abweichung mit den Grundzügen der Planung vereinbar ist und – im Falle des planüberschreitenden Ausbaus – die Erschließungsbeitragspflichtigen nicht mehr als bei einer plangemäßen Herstellung belastet sowie die Nutzungen der betroffenen Grundstücke durch die Abweichung nicht wesentlich beeinträchtigt werden (§ 125 Abs. 3 Nr. 2 BauGB). Durch die geringfügige Planüberschreitung wird im vorliegenden Fall die in der Verkehrserschließung nach dem Bebauungsplan zum Ausdruck kommende planerische Konzeption erkennbar nicht berührt (vgl. zu diesem Erfordernis BVerwG, Urteil vom 9.3.1990, 8 C 76.88, BVerwGE 85, 66, 72 f.). Jedoch ist durch den flächenmäßig über das im Bebauungsplan Festgesetzte hinausgehenden Ausbau der Erschließungsanlage mit Mehrkosten zu rechnen, deren Höhe in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat streitig geblieben ist. Hinzu kommt, dass es an einer Erklärung der Beklagten, auf die entstehenden Mehrkosten zu verzichten, fehlt. Eine solche wäre nur dann entbehrlich, wenn die mit dem angefochtenen Bescheid erhobene Vorausleistung (deutlich) hinter dem endgültigen Erschließungsbeitrag zurückbliebe. Hierzu fehlt es ebenfalls an hinreichenden tatsächlichen Feststellungen in dem Beschluss des Berufungsgerichts. Der Bescheid selbst enthält keinerlei Hinweis darauf, dass die Vorausleistung auf einen Teilbetrag des voraussichtlichen endgültigen Erschließungsbeitrags beschränkt wurde. Es spricht nach Aktenlage vielmehr einiges dafür, dass – anders als in der mündlichen Verhandlung vom Prozessbevollmächtigten der Beklagten dargestellt – die Beklagte

die Vorauszahlung „bis zur Höhe“ des voraussichtlichen Erschließungsbeitrags festgesetzt hat.

Der Erhebung der Vorausleistung steht allerdings nicht entgegen, dass nach Aktenlage der Plan zur Abweichungssatzung nicht mit dem Ausbauplan der Gemeinde übereinstimmt, sondern flächenmäßig dahinter zurückbleiben dürfte. Denn die fehlende Eigentümerstellung und damit das Fehlen eines satzungserrechtlichen Herstellungsmerkmals ist Voraussetzung nur für das Entstehen der endgültigen Beitragspflicht, nicht jedoch für die Erhebung von Vorausleistungen auf den zukünftigen Beitrag.

b) Sieht die entsprechende Satzung – wie hier die der Beklagten – eine Erhebung von Vorausleistungen nicht zwingend, sondern nur als Möglichkeit vor, steht die Erhebung von Vorausleistungen im Ermessen der Gemeinde. Dieser Ermessensakt muss eindeutig zumindest in Vermerken, Niederschriften, Abrechnungsunterlagen usw. zum Ausdruck kommen. Weitergehende formelle Anforderungen stellt das Bundesrecht nicht. Er wird regelmäßig kundbar gemacht durch entsprechende Heranziehungsbescheide (BVerwG, Urteil vom 26.9.1983, 8 C 47, 67 - 69.82, BVerwGE 68, 48, 56, zur Kostenspaltung; Beschluss vom 12.12.1995, 8 B 171.95, juris LS zur Vorausleistung). Ob sich derartige Äußerungen den Akten entnehmen lassen, hat das Berufungsgericht – von seinem Rechtsstandpunkt aus konsequent – offengelassen. Es ist daher auch nicht der Frage nachgegangen, ob die Anforderung einer Vorausleistung auf einen Erschließungsbeitrag ein sog. Geschäft der laufenden Verwaltung im Sinne des § 41 Abs. 3 GO NRW ist oder ob es hierzu eines Beschlusses des Gemeinderates bedarf (für laufendes Geschäft: OVG Lüneburg, Urteil vom 8.11.1988, 9 A 11/87, NVwZ 1989, 582, 583; VGH Mannheim, Beschluss vom 25.8.1995, 2 S 971/95, VBIBW 1996, 30; OVG Saarlouis, Beschluss vom 31.8.2005, 1 W 10/05, juris Rdnr. 20 f.; verneinend OVG Koblenz, Urteile vom 13.9.1983, 6 A 66/82, AS RP-SL 18, 236, 237 ff., und vom 16.7.1992, 12 A 11309.91, NVwZ-RR 1993, 50; ebenso *Wansleben in Held/Winkel*, GO NRW, 2. Aufl. 2009, Anm. 4, S. 241 und *von Lennep in Rehn/Cronauge/von Lennep*, GO NRW, Stand Juni 2015, § 41 S. 14; unter Hinweis auf OVG Münster, Urteil vom 13.9.1972, 3 A 919/71, KStZ 1973, 123 zu § 28 GO NRW a. F.). Diese tatsächlichen und rechtlichen Fragen wird das Berufungsgericht zu klären haben.

4. Ist danach die Heranziehung des Klägers als Anlieger der A.-Straße dem Grunde nach nicht zu beanstanden, ist eine Entscheidung der Frage, ob er trotz der bestehenden (kompletten) Eigentümerverschiedenheit zwischen Anlieger- und Hinterliegergrundstück als Eigentümer eines Hinterliegergrundstücks zu Vorausleistungen hätte herangezogen werden können, im vorliegenden Rechtsstreit nicht geboten, weil sie nur innerhalb nicht bindender rechtlicher Hinweise erfolgen könnte.

21. SGB XII § 93 Abs. 1 Satz 1 (*Sozialgerichtlicher Prüfungsmaßstab bei Überleitung eines Pflichtteilsanspruchs auf den Sozialhilfeträger*)

**Nach § 93 Abs. 1 S. 1 SGB XII kann der Sozialhilfeträger den Übergang eines Anspruchs einer leistungsberechtigten Person gegen einen anderen für die Zeit, für die Leistungen erbracht werden, durch schriftliche Anzeige an den anderen bis zur Höhe seiner Aufwendungen bewirken. Für die Wirksamkeit der Überleitung eines Anspruchs nach § 93 SGB XII genügt, dass ein überleitungsfähiger Anspruch überhaupt in Betracht kommt; er also nicht**

**objektiv von vornherein ausgeschlossen ist (sog. Negativevidenz). (Leitsatz der Schriftleitung)**

LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 11.6.2015, L 9 SO 410/14 B

*Aus den Gründen:*

(...)

Danach kann der Klage keine hinreichende Erfolgsaussicht zugebilligt werden, weil sich der angegriffene Bescheid des Beklagten vom 20.3.2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 20.11.2013 als rechtmäßig erweist und die Klägerin somit nicht im Sinne des § 54 Abs. 2 SGG beschwert. Zur Begründung schließt sich der Senat zwecks Vermeidung unnötiger Wiederholungen gemäß § 142 Abs. 2 Satz 3 SGG zunächst den Ausführungen des Sozialgerichts, die er für zutreffend hält, an.

Auch das Beschwerdevorbringen ist nicht geeignet, eine der Klägerin günstigere Entscheidung herbeizuführen.

Die Überleitungsanzeige des sachlich und örtlich zuständigen Beklagten als überörtlicher Sozialhilfeträger ist materiell rechtmäßig. Nach § 93 Abs. 1 Satz 1 SGB XII kann der Träger der Sozialhilfe, wenn eine leistungsberechtigte Person für die Zeit, für die Leistungen erbracht werden, einen Anspruch gegen einen anderen hat, durch schriftliche Anzeige an den anderen bewirken, dass dieser Anspruch bis zur Höhe seiner Aufwendungen auf ihn übergeht. Dabei genügt es für die Wirksamkeit der Überleitung eines Anspruchs nach § 93 SGB XII bereits, dass ein überleitungsfähiger Anspruch überhaupt in Betracht kommt, er also nicht von vornherein objektiv ausgeschlossen ist (sog. Negativevidenz). In der Sozialhilfe dient die Überleitung eines Anspruchs dazu, den Nachrang der Sozialhilfe (§ 2 Abs. 1 SGB XII) zu realisieren. Wie beim Einsatz des Einkommens müssen die Vorschriften über die Überleitung von Ansprüchen folglich bedarfsorientiert gesehen werden. Entscheidend ist also nicht, ob ein Anspruch tatsächlich besteht, sondern dass die Überleitung für einen Zeitraum erfolgt, für den Leistungen der Sozialhilfe tatsächlich gewährt worden sind. Nur wenn offensichtlich ist, dass dieses Ziel nicht verwirklicht werden kann, ist der Erlass einer Überleitungsverfügung sinnlos und trotz Vorliegens aller im Gesetz normierten Voraussetzungen als rechtswidrig aufzuheben (BSG, Beschluss vom 25.4.2013, B 8 SO 104/12 B, juris Rdnr. 9; BSG, Beschluss vom 20.12.2012, B 8 SO 75/12 B, juris Rdnr. 7 unter Bezugnahme auf die ständige Rechtsprechung des BVerwG zur inhaltsgleichen Vorgängerbestimmung des § 90 BSHG, die unter der Geltung des § 93 SGB XII unverändert fortgilt; s. auch Senat, Urteil vom 20.12.2012, L 9 SO 22/09, juris Rdnr. 31; LSG NRW, Beschluss vom 23.1.2012, L 20 SO 565/11 B, juris Rdnr. 19).

In Anwendung dieser Grundsätze ist die hier streitbefangene Überleitung des Pflichtteilsanspruchs der Klägerin rechtmäßig, weil das Bestehen eines Anspruchs der Klägerin auf den Pflichtteil gemäß § 2303 BGB nach dem Tod der Mutter, Frau F. N., am x.7.2010 nicht offensichtlich ausgeschlossen ist. Es spricht im Gegenteil mehr dafür als dagegen, dass der Pflichtteilsanspruch der Klägerin dem Grunde nach tatsächlich besteht. Bei einem Pflichtteilsanspruch handelt es sich um einen grundsätzlich überleitungsfähigen, nicht höchstpersönlichen – d. h. insbesondere nicht von der Entscheidung des Pflichtteilsberechtigten oder seines Betreuers hinsichtlich dessen Geltendmachung abhängigen – Anspruch; dieser ist gemäß § 2317 Abs. 2 BGB übertragbar und als solcher im Übrigen auch nach § 851 ZPO pfändbar (vgl. hierzu näher BGH, Urteil vom 8.12.2004, IV ZR 223/03, juris Rdnr. 11 ff., 14 ff.; BGH,

Urteil vom 19.10.2005, IV ZR 235/03, juris Rdnr. 15 ff.; siehe auch LSG NRW, Beschluss vom 23.1.2012, L 20 SO 565/11 B, juris Rdnr. 21).

Ferner liegt auch ein wirksamer Pflichtteilsverzicht der Klägerin nach § 2346 Abs. 2 BGB nicht vor, der die Überleitung durch den Beklagten offensichtlich ins Leere laufen ließe. Denn dieser bedarf zu seiner Wirksamkeit (s. § 125 Satz 1 BGB) nach § 2348 BGB zwingend der notariellen Beurkundung. Diese hat jedoch zu keinem Zeitpunkt, wie die Klägerin selbst einräumt, vorgelegen. So wurde die Klägerin im gemeinschaftlichen, notariell beurkundeten Ehegattentestament der Eltern vom 4.6.1991 ausweislich dessen § 2 von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen, nicht aber ein Pflichtteilsverzicht für die Klägerin erklärt. Im Gegenteil wurde das Bestehen des Pflichtteils nach § 5 des Vertrags vorausgesetzt, wonach den Erben und Ersatzerben von dem überlebenden Ehegatten zur Auflage gemacht wurde, der Klägerin jährlich eine Reise zu finanzieren und/oder sonstige persönliche Wünsche zu erfüllen. Diese Auflage begründe keinen Rechtsanspruch der Klägerin und entfalle, „falls sie den Pflichtteilsanspruch nach einem von uns geltend macht“. Für einen später erklärten Pflichtteilsverzicht der Klägerin in notarieller Form (§§ 2346 Abs. 2, 2348 BGB) ist nichts ersichtlich und wird von der Klägerin auch nicht behauptet; sie hat gerade das Gegenteil eingeräumt. Darauf, dass ein solcher Verzicht gewollt war, um dem Willen der Erblasser entsprechend den Grundsätzen zum sog. Behindertentestament zur Geltung zu verhelten, und dass er deshalb nicht vorgenommen worden ist, weil nach Rücksprache mit dem AG Solingen zunächst gegen die Überleitung des Pflichtteilsanspruchs vorgegangen werden sollte, kommt es erkennbar nicht an. Dementsprechend kann sich die Klägerin auch nicht auf das Urteil des BGH vom 19.1.2011, IV ZR 7/10, juris Rdnr. 13 ff., berufen, wonach der Pflichtteilsverzicht eines behinderten Sozialleistungsbeziehers grundsätzlich nicht sittenwidrig ist. Denn wie aus dem Tatbestand dieses Urteils hervorgeht (s. juris Rdnr. 3) verzichteten die dort betroffenen Kinder „in notarieller Form auf ihren jeweiligen Pflichtteil nach dem Erstversterbenden“. Genau dies ist hier jedoch nicht der Fall, sodass von einem offensichtlichen Nichtbestehen des Pflichtteilsanspruchs keine Rede sein kann. Soweit die Vertragsgestaltung offensichtlich von Anfang an fehlerhaft war, kann dies jedenfalls nicht zulasten des überleitenden Sozialhilfeträgers gehen. Dies gilt erst recht für im Zusammenhang mit der Überleitung stehende, überaus zweifelhafte Rechtsauskünfte der im Betreuungsverfahren für die Klägerin zuständigen Rechtspflegerin bei dem AG Solingen.

(...)

**Anmerkung:**

„Für die Wirksamkeit der Überleitung eines Anspruchs nach § 93 SGB XII genügt es bereits, dass ein überleitungsfähiger Anspruch überhaupt in Betracht kommt, er also nicht von vornherein objektiv ausgeschlossen ist (sog. Negativevidenz).“

Die Entscheidung reiht sich in eine wachsende Anzahl von Entscheidungen zum Thema „Negativevidenz“ des Bestehens erbrechtlicher Ansprüche im Rahmen einer Überleitung nach § 93 SGB XII ein.

Wenn eine sozialhilfeleistungsberechtigte Person für die Zeit, für die Leistungen erbracht werden, einen – in diesem Fall einen aus dem Erbrecht resultierenden – Anspruch gegen einen Dritten hat, dann kann der Sozialhilfeträger durch schriftliche Anzeige an den potenziell Leistungspflichtigen diesen Anspruch nach § 93 SGB XII bis zur Höhe seiner Auf-

wendungen auf sich überleiten. Er tritt damit an die Stelle des Sozialhilfeberechtigten und kann dessen Anspruch geltend machen. Damit wird der Nachrang der Sozialhilfe nachträglich wiederhergestellt.

Eine solche Überleitung ist ein Verwaltungsakt nach § 31 SGB X, gegen den der Leistungspflichtige Widerspruch einlegen kann. Dieser verspricht aber in der Regel nur dann Aussicht auf Erfolg, wenn der Verwaltungsakt aus sozialrechtlichen Gründen rechtswidrig ist. Erfolgreich ist ein solcher Widerspruch deshalb z. B. dann, wenn der Sozialhilfeträger trotz des Anspruchs hätte leisten müssen (§ 93 Abs. 1 Satz 3 SGB XII), z. B. weil es sich bei den Mitteln aus dem übergeleiteten Anspruch um normativ geschontes Einkommen oder Vermögen im Sinne des Sozialhilferechtes (SGB XII) handelt.

Davon ist die materiellrechtliche Prüfung des Bestehens des (erbrechtlichen) Anspruchs nach Grund und Höhe strikt abzugrenzen. Das Bundesverwaltungsgericht und auch die jetzt zuständige Sozialgerichtsbarkeit sind seit Jahrzehnten darüber einig, dass im Rahmen der Prüfung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts nicht geprüft wird, ob der übergeleitete Anspruch tatsächlich besteht oder nicht. Wegen des gegliederten Rechtsschutzsystems befolgt die Sozialgerichtsbarkeit das Gebot strikter Zurückhaltung mit Aussagen über den inhaltlichen Anspruch. Eine Ausnahme macht sie allenfalls dann, wenn dem übergeleiteten Anspruch „auf der Stirn geschrieben steht“, dass er nicht existiert. Im Rahmen der sog. Evidenzprüfung ist eine Überleitung deshalb nur dann ausnahmsweise angreifbar, wenn ohne weitere Überlegung und Prüfung „offenkundig“ ist, dass der übergeleitete Anspruch unter keinen Umständen bestehen kann.

Das ist ständige Rechtsprechung. Zuletzt hatte insoweit das LSG Bayern<sup>1</sup> für Unruhe gesorgt, als es die Wirksamkeit der Ausschlagung einer Erbschaft zulasten des Sozialhilfeträgers trotz der bestätigenden Entscheidung des BGH<sup>2</sup> nicht unbesehen bejahen wollte und entgegen der zivilrechtlich höchststrichterlich geklärten Rechtslage keinen Fall annahm, in dem ohne weitere Prüfung davon auszugehen sei, dass ein Anspruch auf einen Anteil am Nachlass nicht existiere. In der Entscheidung des LSG Bayern ging es um die Frage, ob ein Anspruch auf einen – zumindest ursprünglich bestehenden – Miterbenanteil wirksam übergeleitet worden war.

In der Entscheidung des LSG NRW war fraglich, ob ein Pflichtteilsanspruch rechtmäßig übergeleitet worden war. Zuerst lag ein notariell beurkundetes Ehegattentestament der Eltern eines sozialhilfebedürftigen und somit gleichzeitig pflichtteilsberechtigten erwachsenen behinderten Kindes. Die Eltern hatten sich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt und den Erben und Ersatzerben des überlebenden Ehegatten zur Auflage gemacht, der betreffenden Tochter jeweils eine Reise oder sonstige persönliche Wünsche zu finanzieren. Diese Auflage sollte entfallen, falls das Kind den Pflichtteilsanspruch nach einem der Elternteile geltend machen würde.

Das LSG NRW hat – aus der Sicht eines Sozialrechtlers erwartbar – entschieden, dass es auf das Bestehen des behaupteten Pflichtteilsanspruches grundsätzlich nicht ankomme.

Das LSG NRW hat sich gleichzeitig auch inhaltlich sehr weitgehend geäußert. Es hat die Vertragsgestaltung als „offensichtlich von Anfang an fehlerhaft bewertet.“ Nötig gewesen wäre diese Bewertung nicht!

<sup>1</sup> LSG Bayern, Beschluss vom 30.7.2015, L 8 SO 146/15 B ER, FamRZ 2016,260.

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 19.1.2011, IV ZR 7/10, NJW 2011, 1586.

Solange Pflichtteilsansprüche mit der herrschenden Meinung als überleitbar angesehen werden und nicht als nicht überleitbare höchstpersönliche Ansprüche des Hilfeempfängers, wäre die Entscheidung des LSG NRW über die Rechtmäßigkeit des Gläubigerwechsels auch ohne dieses inhaltliche Statement nicht zu beanstanden gewesen. Es ist offenkundig, dass gerade nicht offenkundig ist, dass der Hilfeempfängerin kein Pflichtteilsanspruch zusteht. Das Gegenteil scheint der Fall, denn dass ein Pflichtteilsverzicht nach § 2346 Abs. 2 BGB nicht erklärt war, lag auf der Hand. Es ist auch nicht offenkundig, dass das Entstehen eines Pflichtteilsanspruches durch die gut gedachte, aber untaugliche Koppelung mit einer Auflage verhindert worden sein könnte. Die Verweisung auf das Ausschlagungsrecht nach § 2180 BGB gilt bei einer Auflage nach § 2192 BGB nicht. Der Schutz eines Ausschlagungsrechts, das wegen seiner Höchstpersönlichkeit nicht überleitbar ist, fehlt also. Und es kommt auch nicht darauf an, dass das erwachsene Kind bei Geltendmachung des Pflichtteilsanspruches durch den Sozialhilfeträger eine erbrechtliche Zuwendung verliert und dies gegen sein Wohl sein könnte (§§ 1908i, 1822 Nr. 2 BGB sind ohnehin tatbestandlich nicht anwendbar und können nicht als mittelbarer Schutz wirken).

Letztlich ist es und bleibt es Aufgabe der Zivilgerichtsbarkeit, zu entscheiden, ob der neue Gläubiger zu Recht und mit Erfolg auf einen tatsächlich bestehenden Anspruch gesetzt hat oder nicht. Insofern scheint sich das LSG NRW nicht nur über einen fehlerhaften Vertrag, sondern ein bisschen auch über ein offenkundig fehlerhaft geführtes PKH-Verfahren geärgert zu haben.

Rechtsanwältin/Fachanwältin für Sozial- und Familienrecht  
Dr. Gudrun Doering-Sriening, Essen

## Steuerrecht

22. EStG § 15 Abs. 2 Satz 1; GewStG § 7 (*Gewerblicher Grundstückshandel bei Einbringung von Grundstücken in eine Personengesellschaft, die ihrerseits als Grundstückshändlerin tätig ist*)

1. Bei der Beurteilung der Frage, ob ein Steuerpflichtiger als gewerblicher Grundstückshändler anzusehen ist, sind diesem ebenfalls die Grundstücksgeschäfte zuzurechnen, die von einer Personengesellschaft, an der er beteiligt ist, getätigt wurden (ständige BFH-Rechtsprechung, vgl. z. B. Senatsurteil vom 22.8.2012, X R 24/11, BFHE 238, 180, BStBl. II 2012, S. 865). Auch die Einbringung von Grundstücken in diese Personengesellschaft ist als Veräußerung durch den Steuerpflichtigen anzusehen.
2. Bei der Prüfung des Umfangs des gewerblichen Grundstückshandels ist eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmen, die dem FG als Tatsachengericht obliegt.
3. Gewerbesteuerrechtlich führt die Veräußerung von Grundstücken eines gewerblichen Grundstückshändlers anlässlich der Betriebsaufgabe zu einem laufenden Gewinn und nicht zu einem Aufgabegewinn. Dies gilt auch bei einer Einbringung von Grundstücken zum Teilwert gegen Übernahme von Verbindlichkeiten und Einräumung einer Darlehensforderung.

BFH, Urteil vom 28.10.2015, X R 22/13

Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin), eine gemeinnützige Stiftung, ist die Alleinerbin und Gesamtrechtsnachfolgerin des 2008

verstorbenen F. Dieser war Eigentümer zahlreicher Immobilien. Bei deren Erwerb war er so vorgegangen, dass er Bauerwartungsland kaufte und nach den Vorgaben des entsprechenden Bebauungsplans bebaute. Sah dieser eine Bebauung mit Geschosswohnungen oder Gewerbeeinheiten vor, wurden die Gebäude von F. dementsprechend errichtet und anschließend – bei Wohnungen mit unbefristeten Mietverträgen – vermietet. Ermöglichte der Bebauungsplan hingegen lediglich die Errichtung von z. B. Einfamilienhäusern, übertrug F. diese Objekte nach mehr als drei Jahren unentgeltlich zwecks Vermarktung auf die Grundstücksgemeinschaft F. GbR (GbR). An der GbR war F. zu Beginn des Streitjahres 2000 zunächst mit einem Anteil von 99,75 % beteiligt, Mitgesellschafter war B. mit einem Anteil von 0,25 %. Zweck der GbR war die Verwaltung, Nutzung und Verwertung von Grundstücken, wozu auch der Kauf, der Verkauf und die Bebauung von Grundstücken sowie die Abwicklung aller damit zusammenhängenden Geschäfte gehörten. Die GbR erzielte aufgrund eigener Grundstücksaktivitäten unstreitig gewerbliche Einkünfte.

Da § 6 Abs. 1 Nr. 5 Buchst. a EStG nicht zur Anwendung kam, konnte die GbR die bebauten Grundstücke mit dem Teilwert aktivieren. Weder im Streitjahr noch in den Jahren davor verkaufte F. selbst Immobilien an Dritte.

Zum Ende des Streitjahres 2000 ordnete F. seinen Grundbesitz grundlegend neu. Dabei verfolgte er das Ziel, die Erträge aus den Immobilien nach seinem Tod einer gemeinnützigen Stiftung zugutekommen zu lassen. Um dieses zu erreichen, gründete er die F. Verwaltung GmbH (GmbH), die am 11.12.2000 in die GbR eintrat, aus der B. zeitgleich ausschied. Im nächsten Schritt wurde die GbR ebenfalls mit Vertrag vom 11.12.2000 in die F. Immobilien GmbH & Co. KG (KG) umgewandelt. Gesellschafter der KG waren die GmbH als Komplementärin ohne vermögensmäßige Beteiligung und F. als Kommanditist mit einer Beteiligung von 100 %. Die KG wurde am 18.12.2000 in das Handelsregister eingetragen. Mit mehreren Verträgen vom 11.12.2000 brachte F. seinen gesamten Grundbesitz zum 30.12.2000 in die KG ein. Es handelte sich um insgesamt 56 Grundstücke in verschiedenen Orten. Die KG wurde als neue Eigentümerin der Grundstücke in die Grundbücher eingetragen. Sie aktivierte den eingebrachten Grundbesitz zum 31.12.2000 mit einem angenommenen Teilwert von 341.874 TSD DM; die auf den Objekten lastenden und von ihr übernommenen Verbindlichkeiten passivierte sie i. H.v. 207.460 TSD DM. Die verbleibenden 134.414 TSD DM wurden dem Privatkonto des F. gutgeschrieben. Zum 1.7.2001 wurde die KG in die F. AG (AG) umgewandelt. F. errichtete die Klägerin am 10.12.2003 und übertrug ihr am 15.12.2004 unentgeltlich die Anteile an der AG.

In der Betriebsprüfung für die Jahre 2000 bis 2003 vertrat der Prüfer – im Gegensatz zur vorherigen Betriebsprüfung – die Auffassung, F. betreibe einen gewerblichen Grundstückshandel. Aufgrund der Veräußerungen durch die GbR sei die Drei-Objekt-Grenze überschritten worden. Die Einbringungen der Grundstücke in die KG seien auch als Veräußerungen des F. anzusehen, da diese tauschähnliche Veräußerungsvorgänge darstellten. In den Grundstückshandel könnten wegen der Branchennähe des F. sämtliche Grundstücke einbezogen werden, die innerhalb eines Zeitraums von zehn Jahren erworben bzw. errichtet und veräußert worden seien. Er gehe davon aus, dass der Grundstückshandel im Jahr 1993 begonnen habe. Dieser Auffassung schloss sich der Beklagte und Revisionsbeklagte an und erfasste im Rahmen eines gewerblichen Grundstückshandels von den zum 30.12.2000 in die KG eingebrachten Grundstücken diejenigen, die F. seit 1993 angeschafft oder auf denen er seitdem ein Gebäude errichtet hatte.

Das FA erließ infolgedessen gegen F. einen Gewerbesteuerermessbescheid 2000, in dem es bei einem Gewinn aus Gewerbebetrieb von 30.646.049 DM den Gewerbesteuerermessbetrag i. H. v. 1.527.500 DM festsetzte.

Während des hiergegen gerichteten Einspruchsverfahrens einigten sich die Beteiligten auf erhöhte Teilwerte, mit denen die Grundstücke zum 31.12.2000 bei der KG anzusetzen seien. Die der KG gegenüber ergangenen Gewinnfeststellungsbescheide wurden mit diesen Werten bestandskräftig. Die Einigung führte bei F. nunmehr zu einem Gewinn aus Gewerbebetrieb i. H. v. 67.755.206 DM, sodass das FA den Gewerbesteuerermessbetrag auf 3.382.960 DM erhöhte. Den noch von F. eingelegten Einspruch wies es in der Folge als unbegründet zurück.

Im Klageverfahren trug die Klägerin als Gesamtrechtsnachfolgerin des F. vor, die Einbeziehung der Grundstücksgeschäfte der GbR sei

nur möglich, wenn F. selbst gleichartige wirtschaftliche Aktivitäten entfaltet hätte. Dieses sei jedoch nicht der Fall, da er keine Grundstücke an Dritte veräußert habe. Die Einbringung seines Grundbesitzes in die KG im Jahr 2000 könne nicht als Veräußerung im Rahmen eines gewerblichen Grundstückshandels gewertet werden. F. sei – auch nach Auffassung des FA – bis zum 29.12.2000 vermögensverwaltender Privatmann gewesen. Es handle sich daher bei der Einbringung seines Grundbesitzes in die KG am 30.12.2000 um den letzten Akt einer privaten Vermögensverwaltung. Die Übertragung der Grundstücke auf die KG könne zudem nicht als Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr angesehen werden, da F. die Grundstücke nicht selbst am Markt einer unbegrenzten Zahl von Personen angeboten, sondern lediglich privates Vermögen im Hinblick auf eine Nachfolgeplanung umgewandelt habe, an deren Ende eine gemeinnützige Stiftung habe stehen sollen. F. sei zudem nicht nachhaltig tätig geworden; eine Wiederholungsabsicht habe nicht bestanden. Es sei nicht nachvollziehbar, wie die Verkäufe einer GbR dem Gesellschafter zugerechnet werden könnten, wenn gleichzeitig der Gesellschafter durch die Übertragung der Grundstücke auf die GbR eine Veräußerung tätige. Als Indiz gegen eine Veräußerungsabsicht spreche zudem, dass F. die errichteten Wohnungen langfristig vermietet habe. Die Mieter hätten in den Wohnungen bleiben können, solange sie wollten.

Das FG hat die Klage mit in EFG 2014, 35 veröffentlichtem Urteil abgewiesen. F. habe nach den Maßstäben der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Streitjahr einen gewerblichen Grundstückshandel betrieben und im Rahmen dieses Grundstückshandels die genannten Grundstücke am 30.12.2000 in die KG eingebracht. Er habe sowohl durch die Zurechnung der Grundstücksveräußerungen der GbR als auch durch die eigenen Grundstückseinbringungen vom 30.12.2000 die Drei-Objekt-Grenze überschritten. Der Veräußerungsgewinn stelle keinen gewerbesteuerfreien Aufgabegewinn dar, da in den Fällen, in denen ein gewerblicher Grundstückshändler seinen gesamten Grundstücksbestand veräußere, ein laufender Gewinn und damit kein Veräußerungs- oder Aufgabegewinn gegeben sei.

(...)

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Revision ist unbegründet und nach § 126 Abs. 2 FGO zurückzuweisen.

Das FG hat zu Recht erkannt, dass die Einbringung der Grundstücke in die KG Teil des gewerblichen Grundstückshandels des F. war (unter 1. und 2.). Ebenfalls zu Recht hat es entschieden, dass der Veräußerungsgewinn gewerbesteuerpflichtig ist (unter 3.).

1. Die Einbringung der betreffenden Grundstücke in die KG ist Teil eines gewerblichen Grundstückshandels des F.

a) Nach § 15 Abs. 2 EStG, § 2 Abs. 1 GewStG ist eine selbstständige nachhaltige Betätigung, die mit Gewinnerzielungsabsicht unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt, Gewerbebetrieb, wenn die Betätigung weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft noch als Ausübung eines freien Berufes oder einer anderen selbstständigen Tätigkeit anzusehen ist. Außerdem müssen durch die Tätigkeit die Grenzen der privaten Vermögensverwaltung überschritten werden. Bei der Abgrenzung zwischen Gewerbebetrieb und der nicht steuerbaren Sphäre ist auf das Gesamtbild der Verhältnisse und die Verkehrsanschauung abzustellen (vgl. Beschlüsse des Großen Senats des BFH vom 3.7.1995, GrS 1/93, BFHE 178, 86, BStBl. II 1995, S. 617; vom 10.12.2001, GrS 1/98, BFHE 197, 240, BStBl. II 2002, S. 291). Eine private Vermögensverwaltung wird ausgeübt, solange sich die zu beurteilende Tätigkeit noch als Nutzung von Grundbesitz durch Fruchtziehung aus zu erhaltender Substanz darstellt und die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtungen nicht entscheidend in den Vordergrund tritt. Von einem ge-

werblichen Grundstückshandel kann dagegen im Regelfall ausgegangen werden, wenn innerhalb eines engen zeitlichen Zusammenhangs zwischen Anschaffung bzw. Errichtung und Verkauf, d. h. von etwa fünf Jahren, mindestens vier Objekte veräußert werden, weil die äußeren Umstände dann den Schluss zulassen, dass es dem Steuerpflichtigen auf die Ausnutzung substantieller Vermögenswerte durch Umschichtung ankommt (ständige BFH-Rechtsprechung, vgl. z. B. Urteil vom 17.12.2009, III R 101/06, BFHE 228, 65, BStBl. II 2010, S. 541).

b) F. ist bereits wegen seiner Beteiligung an der GbR als gewerblicher Grundstückshändler anzusehen.

aa) Seit der Entscheidung des Großen Senats des BFH in BFHE 178, 86, BStBl. II 1995, S. 617, erfasst die ständige höchstrichterliche Rechtsprechung im Interesse einer sachlich zutreffenden Besteuerung des Gesellschafters oder Gemeinschafters (im Folgenden einheitlich: Gesellschafter) alle Tätigkeiten auf dem Gebiet des Grundstückshandels, die dem Gesellschafter zuzurechnen sind, in einer Gesamtwürdigung nach Maßgabe des jeweils einschlägigen Steuertatbestands (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i. V. m. Abs. 2 EStG, § 2 GewStG; siehe auch Senatsurteil vom 22.8.2012, X R 24/11, BFHE 238, 180, BStBl. II 2012, S. 865, Rdnr. 12). Der Große Senat des BFH weist in diesem Beschluss unter C. IV.3. a ausdrücklich darauf hin, dass wirtschaftliche Aktivitäten, die der Steuerpflichtige in seiner Person tätigt, die aber als solche die im Steuertatbestand vorausgesetzte Nachhaltigkeit nicht erreichen, in einer Gesamtschau mit einer mitunternehmerischen Betätigung als gewerblich bewertet werden können. Die Mitunternehmerschaft entfalte trotz des Grundsatzes der ertragsteuerrechtlichen Einheit der Personengesellschaft keine Abschirmwirkung gegen eine Zurechnung der von ihr getätigten Geschäfte an den Gesellschafter. Wegen der Begründung im Einzelnen verweist der erkennende Senat auf die Ausführungen des Großen Senats des BFH in BFHE 178, 86, BStBl. II 1995, S. 617, unter C. IV.3. b.

bb) Nach diesen Maßstäben hat F. einen gewerblichen Grundstückshandel betrieben. Ihm sind die zahlreichen Grundstücksveräußerungen der GbR zuzurechnen, die ihrerseits – zwischen den Beteiligten unstrittig – einen gewerblichen Grundstückshandel betrieben hat.

c) Die Einbringungen der betreffenden Grundstücke in die KG im Dezember 2000 sind als Veräußerungen im Rahmen dieses Grundstückshandels anzusehen.

aa) Nach ständiger BFH-Rechtsprechung stellt es einen steuerpflichtigen Veräußerungsvorgang dar, wenn der Gesellschafter einer Personengesellschaft einzelne Wirtschaftsgüter seines Betriebsvermögens an die Gesellschaft wie ein fremder Dritter entgeltlich veräußert (vgl. z. B. BFH, Urteil vom 11.12.2001, VIII R 58/98, BFHE 197, 411, BStBl. II 2002, S. 420). Gleiches gilt, wenn dem Gesellschafter ein Darlehensanspruch eingeräumt und deshalb dessen Nennbetrag dem Privatkonto des Gesellschafters gutgeschrieben wird (BFH, Urteil vom 24.1.2008, IV R 37/06, BFHE 220, 374, BStBl. II 2011, S. 617, unter II.2. a, m. w. N.). Insofern stellt die Einbringung der Grundstücke in die KG zum Teilwert gegen Übernahme der mit den Grundstücken verbundenen Verbindlichkeiten und zusätzlicher Gewährung einer Darlehensforderung zweifelsfrei eine Veräußerung dar.

bb) Die von der Klägerin hiergegen vorgebrachten Bedenken, es handele sich um keine Veräußerung, sondern quasi um ein Insichgeschäft, teilt der Senat nicht. Die partielle Steuerrechtsfähigkeit der Personengesellschaft führt dazu, dass Grundstücke des Privatvermögens durch die Einbringung – wie das FA zu Recht ausführt – in das Betriebsvermögen eines

anderen Rechtssubjekts überführt werden. Die Übertragung hat damit eine geänderte ertragsteuerliche Zuordnung zur Folge, unabhängig davon, dass auf beiden Seiten der Einbringung dieselben Personen stehen können. Dass der Gesetzgeber eine „Veräußerung an sich selbst“ nicht etwa als steuerlich unbeachtliches Insichgeschäft ansieht, sondern als Veräußerungsvorgang beurteilt, auf den im Grundsatz die allgemeinen einkommensteuerlichen Regeln anzuwenden sind, zeigen zudem die Vorschriften des § 16 Abs. 2 Satz 3 EStG sowie § 16 Abs. 3 Satz 5 EStG.

cc) Im Gegensatz zur Auffassung der Klägerin ist es nicht widersprüchlich, auf der einen Seite die Verkäufe der GbR dem Gesellschafter zuzurechnen und auf der anderen Seite in der Übertragung von Grundstücken auf die GbR eine Veräußerung zu sehen. Die Zurechnung der Verkäufe der GbR erfolgt im Rahmen der Gesamtwürdigung aller Aktivitäten eines Steuerpflichtigen auf dem Immobiliensektor, um beurteilen zu können, ob seine Betätigung überhaupt gewerblich i. S. d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG i. V. m. § 2 GewStG ist (siehe oben II.1. b aa). Demgegenüber wird dadurch, dass die Einbringungen in die GbR Veräußerungen darstellen, dem Umstand Rechnung getragen, dass F. durch seine Handlungen einen Rechtsträgerwechsel bei den Grundstücken bewirkt hat.

d) F. hat bei Erwerb der Grundstücke mit bedingter Veräußerungsabsicht gehandelt.

aa) Nach der BFH-Rechtsprechung wird die durch das Überschreiten der Drei-Objekt-Grenze indizierte innere Tatsache der bedingten Veräußerungsabsicht im Zeitpunkt des Erwerbs bzw. des Beginns der Bebauung oder der Erschließung durch Gestaltungen des Steuerpflichtigen widerlegt, die in zeitlicher Nähe zum Erwerb (bzw. zur Bebauung oder Erschließung) stehen und die eine Veräußerung innerhalb eines Zeitrahmens von etwa fünf Jahren erschweren oder unwirtschaftlicher machen. Dies kann z. B. eine langfristige Finanzierung oder eine langfristige Vermietung bzw. Verpachtung sein, wenn diese sich im Falle einer Veräußerung voraussichtlich ungünstig auswirken oder zusätzliche finanzielle Belastungen auslösen würde (vgl. z. B. Urteil vom 27.9.2012, III R 19/11, BFHE 240, 278, BStBl. II 2013, S. 433, Rdnr. 23, m. w. N.). So spricht der Abschluss eines Pacht- oder Mietvertrags über eine von vornherein vereinbarte Laufzeit von mehr als fünf Jahren gegen die Indizierung der Drei-Objekt-Grenze, weil die Immobilie hierdurch nur eingeschränkt durch Veräußerung verwertbar ist (siehe BFH, Urteil vom 28.9.1987, VIII R 46/84, BFHE 151, 74, BStBl. II 1988, S. 65, unter 4.). Der BFH hat indes ebenfalls entschieden, dass Mietverträge von unbestimmter Dauer, die innerhalb der im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Fristen kündbar sind, hiermit nicht vergleichbar sind, wobei nicht entscheidend ist, dass das Mietverhältnis tatsächlich über einen Zeitraum von mehr als fünf Jahren bestanden hat (vgl. z. B. Urteil vom 15.7.2004, III R 37/02, BFHE 207, 162, BStBl. II 2004, S. 950, unter II.3. b, und Senatsbeschluss vom 14.10.2008, X B 118/08, BFH/NV 2009, 152, unter II.1. b).

bb) Zu Recht hat das FG, dessen Sache es ist, die vorgetragenen Umstände des Einzelfalls zu gewichten (vgl. BFH, Urteil vom 14.1.2004, IX R 88/00, BFH/NV 2004, 1089, unter II.1. c bb, m. w. N.), im Streitfall in der Vermietung der Objekte keinen Umstand gesehen, der dazu führen könnte, einen gewerblichen Grundstückshandel zu verneinen, weil eindeutige Anhaltspunkte gegen eine von Anfang an bestehende Veräußerungsabsicht sprechen würden (siehe dazu Beschluss des Großen Senats des BFH, BFHE 197, 240, BStBl. II 2002, S. 291, unter C. III.5.). Es hat – in der Begründung nachvollziehbar und im Ergebnis nicht zu beanstanden – die Auf-

fassung vertreten, es komme entgegen der Ansicht der Klägerin nicht darauf an, ob F. selbst berechtigt gewesen wäre, die Mietverträge zu kündigen. Für die Verkehrsfähigkeit einer Wohnung sei entscheidend, ob der künftige Erwerber alsbald nach dem Kauf der Wohnung diese z. B. nach einer Kündigung wegen Eigenbedarfs zu eigenen Wohnzwecken nutzen kann. Es ist der Klägerin zwar zuzugeben, dass sich die vom FG zugrunde gelegte höchstrichterliche Rechtsprechung bislang nur auf Objekte bezog, die – im Gegensatz zu denen des Streitfalls – bereits in Teileigentum umgewandelt worden waren. Dem BFH-Urteil, BFHE 207, 162, BStBl. II 2004, S. 950 kann indes entnommen werden, dass die dortigen in Eigentumswohnungen aufgeteilten Mehrfamilienhäuser auf ausdrücklichen Wunsch des Veräußerers nur en bloc verkauft wurden, sodass sich die Interessenlagen der Erwerber insoweit nicht grundlegend unterscheiden dürften. Sofern sich das Vorbringen der Klägerin auf die langfristige Vermietung der Gewerbeobjekte bezieht, erkennt das FG ebenfalls unter Bezugnahme auf die BFH-Rechtsprechung (vgl. BFH-Entscheidungen, BFH/NV 2004, 1089, unter II.1. c aa; und vom 13.11.2006, IV B 47/06, BFH/NV 2007, 234) zu Recht, dass eine solche der Annahme einer bedingten Veräußerungsabsicht von vornherein nicht entgegenstehe, da diese Verträge das Objekt für Kapitalanleger interessant machten und damit eher verkaufsfördernd wirkten.

e) Eine Gewinnerzielungsabsicht des F. ist ebenfalls gegeben.

Eine Tätigkeit ist nach der Rechtsprechung des BFH einkommensteuerlich nur relevant, wenn ihr die Absicht zugrunde liegt, auf Dauer gesehen nachhaltig Überschüsse zu erzielen. Das ist dann der Fall, wenn ein betrieblicher Totalgewinn erstrebt wird (Beschluss des Großen Senats des BFH vom 25.6.1984, GrS 4/82, BFHE 141, 405, BStBl. II 1984, S. 751, unter C. IV.3. der Gründe). Als innere Tatsache lässt sich die Gewinnerzielungsabsicht nur anhand äußerer Umstände feststellen (vgl. Beschluss des Großen Senats des BFH, BFHE 141, 405, BStBl. II 1984, S. 751, unter C. IV.3. c der Gründe).

Durch die Einbringung der Grundstücke hat F. im Streitjahr einen nicht unerheblichen Gewinn erzielt, sodass bereits insoweit die Gewinnerzielungsabsicht indiziert ist.

Hiergegen spricht auch nicht, dass – wie die Klägerin vorträgt – die Einbringung der Grundstücke F. lediglich zur Vorbereitung der Nachfolgeregelung gedient habe. Nach ständiger Rechtsprechung des BFH sind die konkreten Anlässe und Beweggründe für eine Veräußerung grundsätzlich unbeachtlich (vgl. z. B. Senatsurteil vom 16.10.2002, X R 74/99, BFHE 200, 380, BStBl. II 2003, S. 245, unter II.1. d, m. w. N.).

f) Die weiteren Bedenken der Klägerin gegen die Einbeziehung der Grundstückseinbringungen in den Grundstückshandel beruhen darauf, dass sie diese Einbringungsvorgänge nicht als Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr ansieht und ihnen die Nachhaltigkeit abspricht.

aa) Der erkennende Senat kann es dahingestellt sein lassen, ob die Grundstückseinbringungen im Dezember 2000 als solche geeignet gewesen wären, sich als Zählobjekte im Sinne der sog. Drei-Objekt-Grenze zu qualifizieren und damit ggf. einen gewerblichen Grundstückshandel zu begründen, da vorliegend ein gewerblicher Grundstückshandel des F. bereits mit anderen Objekten gegeben war (siehe oben unter b). Dies unterscheidet den Streitfall von dem der Entscheidung des FG Hamburg vom 27.5.2009, 2 K 158/08, EFG 2009, 1934, zugrundeliegenden Sachverhalt, in dem zu prüfen war, ob die Einlage in die Personengesellschaft das vierte Zählobjekt darstellte.

Ist zu beurteilen, ob bestimmte Übertragungsvorgänge einem gewerblichen Grundstückshandel zuzurechnen sind, sind die Merkmale einer gewerblichen Tätigkeit wie die Nachhaltigkeit und die Teilnahme am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr nicht für jeden Vorgang gesondert zu prüfen, sondern es sind auch die sonstigen Aktivitäten des Steuerpflichtigen in die Beurteilung einzubeziehen (so bereits Senatsurteil vom 23.1.1991, X R 107/88, BFHE 163, 382, BStBl. II 1991, S. 519, unter 2.). Dies beruht auf der grundsätzlichen Erkenntnis des Großen Senats des BFH, wonach bei der Qualifikation einer Tätigkeit als gewerblicher Grundstückshandel die „willensbestimmten eigenen Aktivitäten“ eines Beteiligten am Grundstücksmarkt beurteilt werden, mithin die gesamte Tätigkeit eines Steuerpflichtigen und deren steuerliche Beurteilung in den Blick zu nehmen ist.

bb) Sofern die Klägerin hierin eine widersprüchliche Behandlung der gleichgelagerten Sachverhalte der Teilwerteinbringungen einerseits in die GbR und andererseits in die KG sieht, ist zunächst zu berücksichtigen, dass erhebliche Zweifel bestehen, ob die steuerliche Beurteilung der Grundstückseinbringungen in den früheren Jahren überhaupt zutreffend war. Hierauf hat auch das FA in seiner Revisionserwiderung zu Recht hingewiesen. Letztlich kann dies jedoch aus heutiger Sicht dahinstehen. Wären die Einbringungen in die GbR als eigene Veräußerungsgeschäfte des F. anzusehen gewesen, hätte dieser schon deshalb in eigener Person die Drei-Objekt-Grenze überschritten und einen gewerblichen Grundstückshandel unterhalten. Hätte es sich hingegen nicht um eigene Veräußerungsgeschäfte gehandelt, wären dem F. jedenfalls die späteren Veräußerungen durch die GbR zuzurechnen gewesen.

g) Alle vom FA in die Berechnung des gewerblichen Gewinns einbezogenen Grundstücke, die von F. zwischen 1993 und 1997 angeschafft bzw. bebaut wurden, sind dem Betriebsvermögen seines gewerblichen Grundstückshandels zuzurechnen.

aa) Notwendiges Betriebsvermögen eines Gewerbebetriebs sind die Wirtschaftsgüter, die dem Betrieb dergestalt unmittelbar dienen, dass sie objektiv erkennbar zum unmittelbaren Einsatz im Betrieb selbst bestimmt sind. Für einen gewerblichen Grundstückshandel gilt dies entsprechend. Zur Veräußerung im Rahmen eines gewerblichen Grundstückshandels sind die Objekte „bestimmt“, auf die sich die Veräußerungsabsicht des Steuerpflichtigen bezieht (Senatsurteil vom 10.12.2008, X R 14/05, BFH/NV 2009, 1244, unter II.2. a, m. w. N. aus der BFH-Rechtsprechung). Steht die Veräußerungsabsicht nicht bereits aus anderen Gründen fest, so wird sie aufgrund des sachlichen und zeitlichen Zusammenhangs zwischen Anschaffung bzw. Errichtung und Veräußerung indiziert. Es sind allerdings nur diejenigen Grundstücksgeschäfte als gewerblich zu beurteilen, die in einem solchen sachlichen und zeitlichen Zusammenhang zueinander stehen, dass der Schluss auf einen einheitlichen Betätigungswillen möglich ist (Beschluss des Großen Senats des BFH, BFHE 178, 86, BStBl. II 1995, S. 617, unter C. II.2. a. E.).

Indiz für den erforderlichen zeitlichen Zusammenhang ist unter anderem eine Zeitspanne von in der Regel nicht mehr als fünf Jahren zwischen der Anschaffung bzw. Errichtung und der Veräußerung der einzelnen Objekte. Der Fünfjahreszeitraum beginnt in Herstellungsfällen – ungeachtet der Frage, ob die gewerbliche Tätigkeit möglicherweise bereits mit dem Grundstückserwerb oder der Vorbereitung der Bebauung beginnt – nicht mit dem Abschluss der Bauverträge, sondern mit der Fertigstellung des Gebäudes (BFH-Urteil, BFHE 228, 65, BStBl. II 2010, S. 541, unter II. 2., m. w. N.).

Allerdings können auch die erst nach Ablauf von fünf, aber innerhalb von zehn Jahren nach Erwerb oder Errichtung veräußerten Immobilien in den gewerblichen Grundstückshandel mit einzubeziehen sein, da der Fünfjahreszeitraum nur indizielle Bedeutung hat (z. B. Beschluss des Großen Senats des BFH, BFHE 197, 240, BStBl. II 2002, S. 291, unter C. III.4.). Bei Hinzutreten besonderer Umstände verlängert sich der Fünfjahreszeitraum, so beispielsweise bei einer nur geringfügigen zeitlichen Überschreitung (vgl. z. B. BFH, Urteil vom 21.6.2001, III R 27/98, BFHE 196, 59, BStBl. II 2002, S. 537), einer größeren Anzahl von Objekten (vgl. z. B. BFH, Urteil vom 9.5.2001, XI R 34/99, BFH/NV 2001, 1545), der Ausübung eines branchennahen Hauptberufs (vgl. z. B. Senatsbeschluss vom 20.12.2001, X B 91/01, BFH/NV 2002, 775) oder kontinuierlich fortlaufenden Grundstücksankäufen und Grundstücksverkäufen (vgl. z. B. BFH-Urteile vom 14.11.1995, VIII R 16/93, BFH/NV 1996, 466; vom 17.2.1993, X R 108/90, BFH/NV 1994, 84). Je größer der zeitliche Abstand zwischen Erwerb bzw. Errichtung und Veräußerung bzw. je länger der Verwertungszeitraum ist, umso gewichtiger müssen diese besonderen Umstände sein, damit auf einen einheitlichen Betätigungswillen geschlossen werden kann (BFH, Urteil vom 5.5.2004, XI R 7/02, BFHE 206, 141, BStBl. II 2004, S. 738, unter II.2.).

Bei der Abgrenzung einer noch privaten Vermögensverwaltung von einem gewerblichen Grundstückshandel kommt es auf das im Rahmen eines Indizienbeweises zu würdigende Gesamtbild der Betätigung an, sodass eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls vorzunehmen ist, die dem FG als Tatsachengericht obliegt (vgl. BFH-Beschlüsse vom 30.11.2006, VIII B 104/06, BFH/NV 2007, 486, unter II.2.; und vom 27.12.2007, IV B 124/06, BFH/NV 2008, 781, unter II.1.).

bb) Das FG hat im Streitfall – im Gegensatz zur Auffassung der Klägerin – bei seiner Beurteilung der Grundstückstransaktionen des F. den Zeitraum zwischen Erwerb/Errichtung und Einbringung der Grundstücke zwar als wichtiges, nicht aber als allein entscheidendes Kriterium angesehen. Es hat unter Berücksichtigung der gerade dargestellten Rechtsprechungsgrundsätze die Gesamtumstände dahingehend gewürdigt, aufgrund der Branchennähe des F. seien die vom FA bezeichneten Grundstücke, die von F. in die KG eingebracht worden seien, in dessen gewerblichen Grundstückshandel einzubeziehen. Die Branchennähe des F. begründet das FG damit, dass dieser über Jahre hinweg eigene Grundstücke erworben, bebaut und in die GbR eingebracht habe. Zudem weist es darauf hin, dass F. in der selbst einen gewerblichen Grundstückshandel betreibenden GbR eine beherrschende Mitunternehmerstellung innegehabt habe.

Da F. jahrzehntelang auf dem Immobilienmarkt entweder in eigener Person oder auch über die GbR mit einer Vielzahl von Objekten sowohl auf der Käufer- als auch auf der Verkäuferseite intensiv tätig war, ist diese Würdigung nachvollziehbar, so dass sich ihr der erkennende Senat – auch unter Berücksichtigung der Art und Dauer der Vermietungsaktivitäten des F. – anschließen kann.

cc) Soweit die Klägerin vorträgt, für die Beurteilung der Zugehörigkeit bestimmter Grundstücke zum Betriebsvermögen des F. sei auf den Zeitpunkt des jeweiligen Bauantrages in den Jahren 1991 und 1992 abzustellen, sodass bestimmte Einbringungen im Dezember 2000 außerhalb des vom FA angenommenen Achtjahreszeitraums gelegen hätten, übersieht sie die BFH-Rechtsprechung, nach der in Errichtungsfällen der Zeitpunkt der Fertigstellung maßgeblich ist (siehe oben unter aa).

2. Das Urteil ist auch nicht deswegen fehlerhaft, weil das FG den Umstand, dass F. sein Immobilienvermögen letztend-

lich einer gemeinnützigen Stiftung zukommen lassen wollte, nicht in den Urteilsgründen gewürdigt hat. Sofern die Klägerin damit rügen will, das Gericht habe gegen den klaren Inhalt der Akten verstoßen und § 96 Abs. 1 Satz 1 FGO verletzt, weil es eine nach den Akten klar feststehende Tatsache unberücksichtigt gelassen habe und die angefochtene Entscheidung darauf beruhe (vgl. z. B. Senatsbeschluss vom 22.11.2013, X B 114/13, BFH/NV 2014, 346, unter II. 1. a, m. w. N.), kann dies der Revision nicht zum Erfolg verhelfen. Das FG hatte allein die Grundstückseinbringungen in die KG und den daraus resultierenden gewerblichen Gewinn des Jahres 2000 zu beurteilen. Dass die in eine AG umgewandelte KG vier Jahre später von F. in eine von ihm errichtete Stiftung eingebracht wurde, kann die steuerrechtlichen Folgen der Einbringungen des Jahres 2000 nicht beeinflussen, sodass die späteren Vorgänge nicht entscheidungsrelevant waren.

3. Es liegt – wie das FG zu Recht festgestellt hat – ein gewerbsteuerpflichtiger Aufgabegewinn des gewerblichen Grundstückshandels des F vor.

a) Nach der ständigen BFH-Rechtsprechung geht nicht jeder Gewinn aus der Veräußerung von Wirtschaftsgütern im Zusammenhang mit der Betriebsaufgabe in den (tarifbegünstigten) Aufgabegewinn ein. Ausgenommen werden Gewinne aus Geschäftsvorfällen, die auf der im Wesentlichen unveränderten Fortführung der bisherigen unternehmerischen Tätigkeit beruhen (BFH, Urteil vom 9.9.1993, IV R 30/92, BFHE 172, 344, BStBl. II 1994, S. 105, m. w. N.). Dementsprechend hat der BFH in Fällen der Aufgabe eines gewerblichen Grundstückshandels die Veräußerung von Grundstücken auch dann stets als (gewerbsteuerbare) laufende Einkünfte i. S. d. § 15 EStG und nicht als Veräußerungsgewinne gemäß § 16 EStG angesehen, wenn das letzte zum Betriebsvermögen gehörende Grundstück an einen Abnehmer veräußert wurde und sich daran die Betriebsaufgabe anschloss. Der erforderliche wirtschaftliche Zusammenhang zwischen dem Betriebsaufgabegewinn und der Grundstücksveräußerung fehle – so die Rechtsprechung –, weil die Grundstücksveräußerung dem „typusprägenden Verhalten des Grundstückshändlers“ (Erwerb und Veräußerung) entspreche. Irrelevant sei sowohl, ob das Grundstück an einen Endkunden, Wiederverkäufer oder Großabnehmer verkauft werde, als auch in welcher Phase des Durchhandelns, der Grundstücksentwicklung, -bebauung, -modernisierung oder -teilung es veräußert werde. Auch gewerbsteuerrechtlich sei davon auszugehen, dass die Umsätze aus der Veräußerung von zum Umlaufvermögen gehörenden Grundstücken eines gewerblichen Grundstückshändlers anlässlich der Betriebsaufgabe dem laufenden Gewinn zuzuordnen seien (siehe Senatsurteil vom 24.6.2009, X R 36/06, BFHE 225, 407, BStBl. II 2010, S. 171, unter II. 5. b, m. w. N.). Diese Grundsätze wurden vom erkennenden Senat auch auf Einbringungen gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten und weitere Gegenleistungen gemäß § 20 UmwStG 1977 erstreckt (Senatsurteil, BFHE 225, 407, BStBl. II 2010, S. 171). Für die streitgegenständliche Einbringung der Grundstücke zum Teilwert gegen Übernahme von Verbindlichkeiten und Einräumung einer Darlehensforderung kann nichts anderes gelten.

b) Der erkennende Senat kann der Überlegung der Klägerin nicht folgen, es habe eine Überführung der Grundstücke in das Privatvermögen des F. vorgelegen, da F. die Anteile an der KG im Privatvermögen halte und ihm daher die in die KG eingebrachten Grundstücke entsprechend den Grundsätzen der steuerlichen Transparenz der KG zuzurechnen seien. Bei dieser Argumentation übersieht die Klägerin die partielle Steuerrechtsfähigkeit der Personengesellschaft, die unter anderem dazu führt, dass die KG selbst gemäß § 5 Abs. 1 Satz 3 GewStG Steuerschuldnerin der Gewerbesteuer ist.

4. Eine Unrichtigkeit des finanzgerichtlichen Urteils ergibt sich auch nicht daraus, dass die Klägerin darauf hinweist, bei der Ermittlung des Gewerbeertrags im Rahmen des bestehenden gewerblichen Grundstückshandels hätten noch Finanzierungskosten berücksichtigt werden müssen.

Die Finanzierungsaufwendungen des Jahres 2000 wurden bei der Ermittlung des laufenden Ergebnisses des gewerblichen Grundstückshandels des F. (Verlust i. H. v. 209.105,04 DM) bereits abgezogen. Einer Berücksichtigung der Finanzierungsaufwendungen der Vorjahre steht zwar nicht wie im Parallelverfahren X R 21/13 schon der Umstand entgegen, dass die Verlustvorträge der Vorjahre bereits bestandskräftig festgestellt worden sind. Aus dem nicht substantiierten Hinweis der Klägerin, es seien Finanzierungskosten zu beachten, kann jedoch nicht geschlossen werden, dass für den gewerblichen Grundstückshandel des F. Verlustvorträge gemäß § 35b Abs. 2 GewStG hätten festgestellt werden können und müssen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass es in Bezug auf den zu ermittelnden Gewerbeertrag unsicher ist, ob und inwieweit Absetzungen für Abnutzung auf die Gebäude hätte gewährt werden können, inwieweit die Finanzierungskosten „Entgelte für Dauerschulden“ darstellen, die nach § 8 Nr. 1 GewStG in der in den Vorjahren geltenden Fassung zu 50 % dem Gewerbeertrag hinzuzurechnen wären, und ob bzw. in welcher Höhe gewerbliche Gewinne aus der Einbringung von Grundstücken in den entsprechenden Vorjahren entstanden sind.

(...)

23. EStG § 15 Abs. 3 Nr. 2 (*Gewerbliche Prägung einer vermögensverwaltenden Einheits-GmbH & Co. KG*)

**Die gewerbliche Prägung einer vermögensverwaltenden tätigen Einheits-GmbH & Co. KG (Anteile an der allein zur Führung der Geschäfte der KG befugten Komplementär-GmbH sind Gesamthandsvermögen der KG) entfällt nicht, wenn im Gesellschaftsvertrag vereinbart wird, dass die Kommanditisten zur Geschäftsführung und Vertretung der GmbH ermächtigt sind, soweit es um die Wahrnehmung der Rechte aus oder an den der KG gehörenden Geschäftsanteilen an der GmbH geht.**

FG Münster, Urteil vom 28.8.2014, 3 K 743/13 F

### Anmerkung:

Das FG Münster hat sich im Urteil vom 28.8.2014, 3 K 743/13 F, mit der ertragsteuerrechtlichen Qualifikation der in der Praxis häufig vorkommenden gewerblich geprägten Einheits-GmbH & Co. KG befasst und entschieden, dass die auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage bestimmte Zuständigkeit der Kommanditisten zur Ausübung der Gesellschaftsrechte der KG in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH der gewerblichen Prägung gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG nicht entgegensteht. Bis zur Entscheidung über die unter dem Az. IV R 42/14 anhängigen Revision sollten aus Vorsichtsgründen in Fallkonstellationen, in denen es auf die gewerbliche Prägung der KG ankommt, Alternativgestaltungen in Erwägung gezogen werden.

### 1. Überblick

Die Einheits-GmbH & Co. KG zeichnet sich bekanntlich dadurch aus, dass die Kommanditgesellschaft alleiniger Gesellschafter ihrer Komplementär-GmbH ist. Sie kann aus

steuerrechtlicher Sicht sinnvoll sein, um bei komplexeren Erbnachfolgeplanungen sicherzustellen, dass es zu keiner „Zersetzung“ des Mitunternehmeranteils kommt, also die GmbH-Beteiligung und die Kommanditbeteiligung durch den Erbfall auseinandergezogen werden, was bei funktionaler Wesentlichkeit der GmbH-Beteiligung für den Mitunternehmeranteil<sup>1</sup> der Anwendbarkeit dem Buchwertfortführungsprivileg des § 6 Abs. 3 EStG und der erbschaftsteuerrechtlichen Verschonung der §§ 13a f. ErbStG entgegenstehen kann.<sup>2</sup>

Ist bei einer vermögensverwaltenden Einheits-GmbH & Co. KG die gewerbliche Prägung bezweckt, ist es wegen der Vorgaben des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG üblich, dass allein die Komplementär-GmbH zur Geschäftsführung befugt ist. Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>3</sup> hat dies zur Folge, dass ohne abweichende gesellschaftsvertragliche Regelung grundsätzlich der/die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH die der KG als Alleingesellschafterin zustehenden Gesellschaftsrechte wahrnehmen. Eine Vielzahl von Detailfragen zur Willensbildung und Durchsetzung in einer Einheits-GmbH & Co. KG sind allerdings nicht abschließend geklärt.<sup>4</sup> Zur Vermeidung der praktischen Probleme ist die Kautelarpraxis dazu übergegangen, das Verfahren zur Willensbildung und Stimmrechtsausübung in der Einheits-GmbH & Co. KG durch gesellschaftsvertragliche Regelungen zu statuieren.

### 2. Die Entscheidung des FG Münster

In dem vom FG Münster mit Urteil vom 28.8.2014, 3 K 743/13 F, entschiedenen Streitfall wurde eine typische GmbH & Co. KG, die als Vorratsgesellschaft von den Kommanditisten zur Vorbereitung einer vorweggenommenen Erbfolge Ende November 2007 erworben worden war, rund sechs Wochen später im Februar 2008 in eine Einheits-GmbH & Co. KG „umgewandelt“. Der Gesellschaftsvertrag der Einheits-GmbH & Co. KG (Klägerin), der sich an ein Formular aus einem gängigen Handbuch für GmbH & Co. KGs angelehnt hat, sah vor, dass nicht die Geschäftsführer der GmbH, sondern die Kommanditisten die Gesellschaftsrechte der KG in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH ausüben. Hierzu war gesellschaftsvertraglich geregelt, dass die Kommanditisten die Gesellschaftsrechte an der Komplementärin ausüben, indem sie in einer „Kommanditistenversammlung“ über die jeweilige Maßnahme Beschluss fassen. Zum Zweck der Ausführung der Beschlüsse der Kommanditistenversammlung wurde jedem Kommanditist unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB Vollmacht zur Vertretung der Gesellschaft erteilt.

Die Finanzverwaltung vertrat nach einer Betriebsprüfung die Rechtsauffassung, dass die Klägerin mit ihrer „Umwandlung“ in eine Einheits-GmbH & Co. KG nicht mehr die Voraussetzungen des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG erfülle und fortan die ge-

<sup>1</sup> Vgl. hierzu VfG. OFD Frankfurt/Main, S 2131 A – 14 – S 7213 vom 13.3.2014, juris. Inwieweit BFH, Urteil vom 16.4.2015, IV R 1/12, BStBl. II 2015, S. 705, wonach eine Minderheitsbeteiligung von weniger als 10 % (ggf. sogar von nicht mehr als 25 %) regelmäßig kein notwendiges Sonderbetriebsvermögen II darstellt, auf die Beurteilung der funktionalen Wesentlichkeit der Minderheitsbeteiligung ausstrahlt, ist offen, befürwortend Wittwer, DStR 2015, 1366.

<sup>2</sup> L. Schmidt/Kulosa, EStG, 35. Aufl. 2016, § 6 Rdnr. 648 m. w. N.

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 16.7.2007, II ZR 109/06, GmbHR 2007, 1034; OLG Hamburg, Urteil vom 22.3.2013, 11 U 27/12, GmbHR 2013, 580.

<sup>4</sup> Vgl. Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 11. Aufl. 2010, § 8 Rdnr. 8 ff.; Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns/Lüke in Handbuch GmbH & Co. KG, 21. Aufl. 2016, Rdnr. 2.473.

werbliche Prägung entfallt, weil die Kommanditisten gesellschaftsvertraglich jedenfalls teilweise – hinsichtlich der Wahrnehmung der Gesellschaftsrechte der KG in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH – geschäftsführungsbefugt seien.

Es mag auf den ersten Blick überraschen, dass die Finanzverwaltung im Streitfall die Rechtsauffassung vertritt, es komme zu keiner gewerblichen Prägung der Klägerin, während die Klägerin auf ihre Qualifikation als gewerbliche Mitunternehmerschaft besteht. Hintergrund ist, dass zur Vorbereitung einer vorweggenommenen Erbfolge verschiedene Grundstücke der Kommanditisten in 2007 auf die Klägerin übertragen worden waren und es nach Ansicht der Finanzverwaltung durch die „Umwandlung“ in eine Einheits-GmbH & Co. KG zu einer erheblich stille Reserven aufdeckenden Betriebsaufgabe im Sinne des § 16 EStG gekommen sei.

Das FG Münster hat indes mit der griffigen Begründung, die Kommanditisten führten als Vertreter der KG in der Gesellschafterversammlung die Geschäfte der Komplementär-GmbH und nicht die Geschäfte der Kommanditgesellschaft, entschieden, dass im vorliegenden Fall die Voraussetzung einer gewerblichen Prägung gegeben ist.<sup>5</sup> Das letzte Wort wird der BFH haben, bei dem unter dem Az. IV R 42/14 Revision anhängig ist.

### 3. Beratungserwägungen

Die Einheits-GmbH & Co. KG ist gesellschaftsrechtlich ein komplexes Gebilde. Eine Vielzahl der damit zusammenhängenden gesellschaftsrechtlichen Fragen sind bisher höchstrichterlich ungeklärt und im Schrifttum umstritten.<sup>6</sup> So ist z. B. unklar, ob die Kommanditisten, die in der Einheitsgesellschaft die Rechte aus den GmbH-Geschäftsanteilen ausüben, eine Geschäftsführungsbefugnis sui generis ausüben und wie diese Geschäftsführungsbefugnis dogmatisch abzuleiten ist.<sup>7</sup> Durch § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG, der an das Gesellschaftsrecht anknüpft,<sup>8</sup> kann hieraus ein konkretes steuerrechtliches Problem werden, wenn ein Betriebsprüfer, der im Regelfall lediglich über rudimentäre gesellschaftsrechtliche Kenntnisse verfügt, für seine steuerrechtlichen Feststellungen vorgreifliche gesellschaftsrechtliche Würdigungen anzustellen hat. Steuerrechtliche Probleme drohen allerdings nur dann, wenn es für die Gestaltung wie im Streitfall auf die gewerbliche Prägung der Kommanditgesellschaft ankommt. Übt die Einheits-GmbH & Co. KG indes eine originär gewerbliche Tätigkeit im Sinne des § 15 Abs. 2 EStG aus, bestehen aus steuerrechtlicher Sicht keine besonderen Risiken.

Im vorliegenden Fall ist aus einer harmlosen „steuerneutralen“ vorweggenommenen Erbfolge mittels einer gewerblich geprägten GmbH & Co. KG ein für die Beteiligten seit nunmehr vier Jahren andauerndes Abenteuer geworden, das zwar mit einem für die Steuerpflichtigen guten Etappensieg ausgegangen ist. Aber das Revisionsurteil, mit dem wohl frühestens im Frühjahr 2017 gerechnet werden darf, steht noch aus, so dass es für die Steuerpflichtigen spannend bleibt. Dabei war bereits im Jahr 2007, in dem die maßgeblichen notariellen Verträge geschlossen worden sind, bekannt, dass die gewerbliche Prägungseignung einer Einheits-GmbH & Co. KG nicht unproblematisch ist.<sup>9</sup> Für die Steuerpflichtigen dürfte es besonders ärgerlich sein, dass ohne sich aufdrängenden sachlichen Grund die vorhandene „typische GmbH & Co. KG-Konstruktion“, bei der die Anteile an der Komplementär-GmbH von den Kommanditisten im ertragsteuerrechtlichen Sonderbetriebsvermögen gehalten werden, in eine Einheits-GmbH & Co. KG „umgewandelt“ wurde. Erst diese „Umwandlung“ im Februar 2008 führte nach Auffassung des beklagten Finanzamts zur gewinnrealisierenden Betriebsaufgabe.

Für die Beratungspraxis verdeutlicht dieser Fall, dass nicht alles, was zivilrechtlich konstruierbar ist, steuerrechtlich stets eine gute Idee ist: Auch wenn bei der Gestaltung von vorweggenommenen Erbfolgen und Gesellschaftsverträgen das gedeihliche Zusammenwirken der Vertragsparteien im Vordergrund steht, sitzt doch der Fiskus als kritischer Beobachter stets mit am Tisch. Bei der Gestaltung von vorweggenommenen Erbfolgen stellt der Gesichtspunkt der „Barrierefreiheit“ ein hohes Gut dar, da sich die Vertragsparteien im Regelfall nicht auf das Abenteuer einer aufreibenden Betriebsprüfung mit anschließender finanzgerichtlichen Auseinandersetzung, die, wie der Besprechungsfall zeigt, viele Jahre dauert, einlassen wollen.

Übt die Kommanditgesellschaft eine vermögensverwaltende Tätigkeit aus und kommt es auf deren gewerbliche Prägung an, sollte bis zur Revisionsentscheidung des BFH stets (selbst-) kritisch hinterfragt werden, ob die zweifelsohne bestehenden Vorzüge einer Einheits-GmbH & Co. KG das (Betriebs-)Prüfungsrisiko rechtfertigen. Zusätzlich können die steuerlichen Risiken dadurch verringert werden, dass bei der Einheits-GmbH & Co. KG ggf. auf das „Beiratsmodell“ zurückgegriffen wird, das nach Auffassung der Finanzverwaltung nicht zum Verlust der gewerblichen Prägung führen soll.<sup>10</sup> Einfacher und gestaltungssicherer ist und bleibt in diesen Fällen die typische GmbH & Co. KG als praxiserprobte Gestaltungsalternative.

Rechtsanwalt/Fachanwalt für Steuerrecht und Steuerberater  
Dr. Ralf Demuth, Köln

<sup>5</sup> FG Münster, Urteil vom 28.8.2014, 3 K 743/13 F, EFG 2015, 121.

<sup>6</sup> Vgl. hierzu z. B. *Grunewald* in MünchKomm-HGB, 3. Aufl. 2012, § 161 HGB Rdnr. 98.

<sup>7</sup> Vgl. z. B. *Spiegelberger*, ZEV 2003, 391; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 10. Aufl. 2010, Anh. § 45 Rdnr. 59.

<sup>8</sup> BFH, Urteil vom 23.2.2011, I R 52/10, BFH/NV 2011, 1354; BFH, Urteil vom 23.5.1996, IV R 87/93, BStBl. II 1996, S. 523; BFH, Urteil vom 11.12.1986, IV R 222/84, BStBl. II 1987, S. 553; *L. Schmidt/Wacker*, EStG, 35. Aufl. 2016, § 15 Rdnr. 222.

<sup>9</sup> *Carlél/Carlél*, GmbHR 2001, 100.

<sup>10</sup> R 15.8 Abs. 6 Satz 4 EStR 2012.

## STANDESNACHRICHTEN

### Personaländerungen

#### 1. Verstorben:

Oberamtsrat i. N. Hans Wunder, Memmingen,  
verstorben am 21.8.2016

#### 2. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.12.2016:

Ochsenfurt dem Notarassessor  
(in Sozietät mit Dr. Stephan Serr  
Notarin Dr. Falkner) (bisher in Würzburg, DNotI)

#### 3. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.10.2016:

Christoph Aumann, Weilheim  
(Notarstellen Dr. Reisnecker/Dr. Selbherr)

Veronika Burghardt, Schwabmünchen  
(Notarstellen Dr. Weigl/Grob)

Dr. Martina Suyr, Illertissen  
(Notarstelle Dr. Kössinger)

Mit Wirkung zum 1.11.2016:

Sabine Keindl, Gunzenhausen  
(Notarstellen Dr. Stiebitz/Dr. Vedder)

Dr. Daniel Widmann, Hammelburg  
(Notarstelle Dr. Kamp)

#### 4. Versetzung und sonstige Veränderungen

Oberinspektorin i. N. Katja Nicklas, Würth a. d. Donau  
(derzeit in Elternzeit), ab 1.9.2016 in Schwandorf  
(Notarstelle Dr. Merkle)

Oberinspektorin i. N. Heike Schilder, Gräfenberg  
(Notarstelle Prof. Dr. Sieghörtner),  
ab 1.11.2016 in Ingolstadt  
(Notarstellen Prof. Dr. Wegmann/Dr. Auktor)

#### 5. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtsrat i. N. German Mähringer, Eichstätt  
(Notarstellen Philipp/Dr. Wolf), ab 1.12.2016  
im Ruhestand

Inspektorin i. N. Josefa Berchtold, München  
(Notarstellen Dr. Lorenz-Czarnetzki/Schmid),  
zum 31.12.2016 ausgeschieden

#### 6. Höhergruppierung (Nachtrag):

Mit Wirkung zum 1.7.2016:

Zur Oberinspektorin i. N.  
(Entgeltgruppe 9, Erfahrungsstufe 4–5):

Jelena Stanojevic, Rosenheim  
(Notarstelle Schmitt)

#### Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Bad Windsheim, Notarstelle Bauer  
Berliner Straße 69, 91438 Bad Windsheim

## SONSTIGES

### Podiumsdiskussion der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

#### Die Neuregelung des Erbschaftssteuerrechts

Mittwoch, 9. November 2016, 16.30 Uhr s. t.

Senatssaal der Ludwig-Maximilians-Universität (E 106/110 im 1. Obergeschoss)

Zum Ausklang der Veranstaltung wird zu einem kleinen Empfang geladen.

#### Referenten:

Professor Dr. Dres. h.c. *Paul Kirchhof*,  
Universität Heidelberg

Professor Dr. *Oliver Lepsius*, LL.M. (Chicago),  
Universität Bayreuth

**Moderation:** Professor Dr. *Martin Burgi*,  
Ludwig-Maximilians-Universität München

**Tagungsbeitrag:** kostenlos

#### Kontakt/Anmeldung:

FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de, Tel. 089 2180 1420,  
Fax: 089 2180 13981

Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung gebeten. Bitte teilen Sie auch mit, ob Sie am Empfang teilnehmen. Es ist möglich, dass die Veranstaltung in einen größeren Raum verlegt werden muss, daher wird gebeten, sich etwa 2 Tage vor dem Termin auf der Internetseite der Forschungsstelle „www.notarrechtsinstitut.de“ bei „Aktuelles“ zu informieren, ob sich eine Raumänderung ergeben hat. Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter [www.notarrechtsinstitut.de](http://www.notarrechtsinstitut.de).

## Deutscher Notarverein

### 10. Tagung Berufspolitik

#### Agenda 2020 im Notariat – Soziale Medien, elektronischer Rechtsverkehr, Baurecht

Freitag und Samstag, 13. und 14. Januar 2017

Industrie-Club in Düsseldorf

#### Aus dem Programm:

Thema 1: Digitale Öffentlichkeitsarbeit  
(Moderation: Notar *Michael Uerlings*, Bonn)  
Digitales Wissen und Marketing  
(*Uwe Hagemann*, Notarverlag, Bonn)  
Werbekampagne (u. a. twitter, facebook) in Österreich  
(Dr. *Christian Sonnweber*, Österreichische Notariatskammer)  
Öffentlichkeitsarbeit in Justiz und Richterschaft  
(*Andrea Titz*, ROLG München)

Thema 2: Automatisierte (notarielle) Arbeit  
(Moderation: Notar Dr. *Joachim Püls*, Dresden)  
Vertragsgestaltung mittels künstlicher Intelligenz  
(Dr. *Bernd Bergner*, Westernacher Solution)  
Blockchain – Methode und Bedeutung für die  
notarielle Praxis (Notarassessor *Matthias Frohn*, BNotK)  
Neueste Entwicklungen im elektronischen Rechtsverkehr  
(Notar *Jens Kirchner*)

Thema 3: Bauvertragsrecht, Bauträgerrecht  
(Moderation: Notar *Eckart Maaß*, Jena)  
Das (neue) Bauvertragsrecht vor dem Hintergrund des  
allgemeinen Werkvertragsrechts (Dr. *Martin Illmer*, Hamburg)  
Abnahme des Gemeinschaftseigentums  
(Notar Prof. Dr. *Stefan Hügel*, Weimar)  
Entwicklungen und Perspektiven im Bauträgerrecht  
(Notar Dr. *Gregor Rieger*, Prien a. Chiemsee)

**Teilnehmer:** begrenzte Teilnehmerzahl

**Tagungsbeitrag:** € 80,00 für Notarassessoren, die auch  
Vereinsmitglied sind, € 120,00 für alle anderen Assessoren,  
€ 240,00 für alle übrigen Teilnehmer

#### Anmeldung bis 9. Januar 2017/Kontakt:

Deutscher Notarverein, Kronenstr. 73, 10117 Berlin,  
Tel. 030/20615740, Fax. 030/20615750,  
E-Mail: [k.zander@dnotv.de](mailto:k.zander@dnotv.de).  
Das Hotelkontingent ist bis zum 13.12.2016 buchbar.

## Notarkammer Sachsen, TU Dresden, Deutsche Notarrechtliche Vereinigung

### Das Notariat der Zukunft – Von aktuellen Entwicklungen zur Geschäftsstelle 4.0

Freitag, 27. Januar 2017

Konferenzzentrum der Sächsischen Aufbaubank, Dresden

Wie arbeiten der Notar und seine Mitarbeiter im Jahr 2027? Welche Möglichkeiten werden genutzt, um Wissen effizient und zuverlässig zu verwalten? Auf welchen Wegen kommunizieren wir? Haben Mitarbeiter nur PC-Arbeitsplätze im Büro, von denen aus sie Akten bearbeiten?

Digitalisierung ist ein Thema, das oft als industrielle Revolution beschrieben wird. Dadurch befindet sich auch der Büroarbeitsplatz im Wandel. Flexibel, funktional und effizient soll der Arbeitsplatz der Zukunft sein. Unmittelbarkeit, Verfügbarkeit und Sicherheit sind wichtige Kriterien für Kommunikationswege. Kommunikationsmittel werden Art und Ort der Arbeit verändern und die Stellung des Notars als Kommunikator ausbauen. Informationstechnologie hilft, Wissen zu sammeln und zu kanalisieren, den Grad der Expertise zu steigern und zu halten sowie Urkunden zu verwalten. Doch wie können sich Notare auf technische Veränderungen ihres Arbeitsumfeldes vorbereiten?

Mit den Arbeiten zum Elektronischen Urkundenarchiv stehen wir vor dem Sprung von der Papierwelt in die digitale Zukunft des Notariats. Weitere Projekte der Bundesnotarkammer im Bereich des elektronischen Rechtsverkehrs werden ebenfalls zu Effizienzsteigerungen führen.

Gemeinsam mit 2b AHEAD ThinkTank, einem der führenden Trendforschungsinstitute Deutschlands, wagen wir einen Blick auf die Anforderungen an die praktisch-technischen Tätigkeiten des Notars und dessen Geschäftsstelle im Jahr 2027. Das Trendforschungsinstitut präsentiert die Ergebnisse einer gemeinsamen Studie zu den Auswirkungen der Digitalisie-

rung auf das technische Arbeitsumfeld der Notare und zeigt mögliche Handlungsoptionen auf.

Wir freuen uns, Sie in Dresden zu begrüßen und mit Ihnen auf die Reise in eine nicht allzu ferne Zukunft zu gehen.

#### Tagungsthemen

Das Elektronische Urkundenarchiv – rechtliche Grundlagen und Anwendung in der Praxis (Notarvertreter *Walter Büttner*, Notariat Schwetzingen; Notarassessor *Matthias Frohn*, Bundesnotarkammer)

Zukunftsprojekte der Bundesnotarkammer (Notarassessor Dr. *Johannes Hushahn*, LL.M. (Cambridge), Bundesnotarkammer; Notarassessor Dr. *Vladimir Primaczenko*, Zertifizierungsstelle der Bundesnotarkammer und NotarNet GmbH)

Das Notariat der Zukunft – Vorstellung der Studienergebnisse zu den künftigen Anforderungen an die praktisch-technische Tätigkeit des Notars (*Michael Carl*, Forschungsdirektor, 2b AHEAD ThinkTank)

Workshop zur Arbeitswelt der Notare im Jahr 2027

**Tagungsbeitrag:** 140 € (Notarassessoren 40 €) bzw.

Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V.: 90 € (Notarassessoren 20 €)

#### Anmeldung/Kontakt:

Notarkammer Sachsen, Königstraße 23, 01097 Dresden,  
Fax: 0351/8072750, E-Mail: info@notarkammer-sachsen.de.

---

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Katharina Hermannstaller  
Notarassessor David Sommer

Ottostraße 10, 80333 München  
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit sechs Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, [info@mittbaynot.de](mailto:info@mittbaynot.de), bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (inkl. Versandkosten, zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:  
Universal Medien GmbH, Geretsrieder Straße 10, 81379 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.  
Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter [www.universalmedien.de/notarkammer](http://www.universalmedien.de/notarkammer).

**Veranstaltungen des DAI**

1. Vorbereitung und Abwicklung nachlassgerichtlicher Erklärungen und Urkunden  
(*Tondorf*)  
1.11.2016 in Berlin
2. Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare  
(*Arens*)  
3.11.2016 in Bochum
3. Aktuelle Fragen des Erbbaurechts in der notariellen Praxis  
(*Block*)  
5.11.2016 in Köln
4. Aktuelles notarielles Kostenrecht  
(*Tiedtke*)  
9.11.2016 in Heusenstamm
5. Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag  
(*Krauβ*)  
10.11.2016 in Papenburg  
11.11.2016 in Kiel  
12.11.2016 in Bochum
6. Aktuelle Entwicklungen im elektronischen Rechtsverkehr  
(*Büttner/Seebach*)  
10.11.2016 in Berlin
7. Aktuelle Fragen des Gesellschaftsrecht und die notarielle Praxis  
(*Drescher/Wicke*)  
12.11.2016 in München
8. Haftungsfallen im Gesellschaftsrecht  
(*Heckschen/Heidinger*)  
16.11.2016 in Kassel
9. Intensivkurs Gesellschaftsrecht  
(*Heckschen/Heidinger/Kirschstein*)  
18. – 19.11.2016 in Heusenstamm
10. Insolvenzrecht in der notariellen Praxis  
(*Reul*)  
19.11.2016 in München  
25.11.2016 in Kiel
11. Das Bauträgerrecht in der notariellen Praxis  
(*Monreal*)  
24.11.2016 in Heusenstamm
12. Workshop: Elektronischer Rechtsverkehr im Grundbuchbereich  
(*Klein/Kühnelt*)  
30.11.2016 in Kiel

**Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare.** Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

## Neuerscheinungen

1. Baumbach/Hopt: Handelsgesetzbuch. 37. Aufl., Beck, 2016. 2686 S., 95 €
2. Dauner-Lieb/Grziwotz (Hrsg.): Pflichtteilsrecht. 2. Aufl., Nomos, 2016. 834 S., 108 €
3. Elzer: WEG-Recht. 2. Aufl., Haufe-Lexware, 2016. 450 S., 44,95 €
4. Fischer/Sommer: Rechtsvorschriften für das Notariat. 11. Aufl., Bildungsverlag EINS, 2016. 202 S., 19,95 €
5. Frank: Ausgewählte Rechtsprobleme der deutsch-französischen Wahl-Zugewinnngemeinschaft. Nomos, 2016. 426 S., 99 €
6. Habersack/Ulmer (Hrsg.): GmbHG: Band III: §§ 53-88 GmbHG (sowie EGGmbHG), 2. Aufl., Mohr Siebeck, 2016. 1549 S., 254 €
7. Habersack/Drinhausen (Hrsg.): SE-Recht. 2. Aufl., Beck, 2016. 1279 S., 229 €
8. Hamm/Schwerdtner: Maklerrecht. 7. Aufl., Beck, 2016. 313 S., 49 €
9. Hartlich: Die Verwertungsmöglichkeit in der Grunderwerbsteuer. Nomos, 2016. 254 S., 66 €
10. Hofmann/Hofmann: Grunderwerbsteuergesetz Kommentar. 11. Aufl., NWB, 2016. 760 S., 99 €
11. Huber/Schmidt/Horch: Die Erbschaftsteuerreform. Nomos, 2016. 200 S., 58 €
12. Kleffmann/Klein/Weinreich (Hrsg.): Das familienrechtliche Mandat – Unterhaltsrecht. 2. Aufl., Deutscher Anwaltsverlag, 2016. 1100 S., 109 €
13. Kovács: Der innerstaatliche und grenzüberschreitende Formwechsel. De Gruyter, 2016. 224 S., 69,95 €
14. Krüger/Rauscher (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: Band 1: §§ 1-354, 5. Aufl., Beck, 2016. 2501 S., 329 €
15. Krüger/Rauscher (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: Band 2: §§ 355-1024, 5. Aufl., Beck, 2016. 2538 S., 329 €
16. Lademann: Umwandlungssteuergesetz. 2. Aufl., Boorberg, 2016. 1294 S., 168 €
17. Mayer-Landrut (Hrsg.): Formular-Kommentar GmbH-Recht. 3. Aufl., Heymanns, 2016. 1200 S., 169 €
18. Meier/Deinert: Handbuch Betreuungsrecht. 2. Aufl., Müller, 2016. 480 S., 79,99 €
19. Moench: Die Societas Unius Personae. Lang, 2016. 198 S., 54,95 €
20. Rauscher (Hrsg.): Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht. 4. Aufl., Schmidt, 2016. 1006 S., 249 €
21. Reibold/Seebach/Dahlkamp: Praxis des Notariats. 12. Aufl., Deubner, 2016. 850 S., 86,43 €
22. Reumerschüssel: Die Risikoabsicherung des Verbrauchers durch Bürgschaft beim Erwerb vom Bauträger. Nomos, 2016. 245 S., 64 €
23. Schöpflin/Sikora: Vereinsrecht. Beck, 2016. 250 S., 24,90 €
24. Schürmann: Tabellen zum Familienrecht. 37. Aufl., Luchterhand, 2016. 276 S., 38 €
25. Schwartzkopff: Vorbereitung und Durchführung der Hauptversammlung. 2. Aufl., Bundesanzeiger, 2016. 360 S., 54 €
26. Söffing: Die GmbH & Co. KG. 3. Aufl., NWB, 2016. 1003 S., 109 €
27. Staudinger: Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 244-248 (Geldrecht). Sellier-de Gruyter, 2016. 519 S., 209 €
28. Staudinger: Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 620-630 (Dienstvertragsrecht 3). Sellier-de Gruyter, 2016. 623 S., 259 €
29. Staudinger: Buch 5: Erbrecht: §§ 2197-2228 (Testament 2). Sellier-de Gruyter, 2016. 504 S., 190 €
30. Storz/Kiderlen: Praxis der Teilungsversteigerung. 6. Aufl., Beck, 2016. 469 S., 59 €
31. Vernese/Rollmann: Verschmelzungsvorgänge unter der Beteiligung von Drittstaatskapitalgesellschaften. Nomos, 2016. 324 S., 84 €
32. v. Oefele/Winkler/Schlögel: Handbuch Erbbaurecht. 6. Aufl., Beck, 2016. 645 S., 85 €
33. Walkenhorst (Hrsg.): Umsatzsteuer-Praxis. Deubner, 2016. 1000 S., 135,62 €
34. Winkler: Der Testamentsvollstrecker. 22. Aufl., Walhalla und Praetoria, 2016. 480 S., 49,95 €
35. Wudarski (Hrsg.): Das Grundbuch im Europa des 21. Jahrhunderts. Duncker & Humblot, 2016. 783 S., 149,90 €
36. Zientek: Ungeschriebene Hauptversammlungskompetenzen bei Unternehmensakquisitionen einer Aktiengesellschaft. Nomos, 2016. 372 S., 96 €



Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München  
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F