

MittBayNot

Begründet 1864

4|2021

Juli/August 2021

Mitteilungen des
Bayerischen Notarvereins,
der Notarkasse und der
Landesnotarkammer
Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
Vorübergehend:
Denninger Straße 169
81925 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 Regen
Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München
Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen
Dr. Dietmar Weidlich,
Notar in Roth

Schriftleitung:

Ann-Kathrin Schmelter,
Notarassessorin
Julia Lindner,
Notarassessorin
ISSN 0941-4193

AUFSÄTZE

- **Bernert:** Liquidation und Löschung der GmbH 309
- **Bolkart:** Zusammenspiel von Gesellschaftsregister, Grundbuch und Notar nach dem Gesetz zur Modernisierung des Personen- gesellschaftsrechts 319
- **Wobst:** Praxisupdate WEG..... 332

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

- **Wagner** zu **OLG Nürnberg:** Grundbucheklärungen durch Vorsorgebevollmächtigten 352
- **Forschner** zu **BGH:** Kein Anspruch auf Aufhebung der Gesamt- berechtigung an einem Nießbrauch entsprechend § 749 Abs. 1 BGB 359
- **Braun** zu **OLG München:** Erbeinsetzung der Kinder als Schlusserben..... 379
- **Keim** zu **OLG Braunschweig:** Kein Nacherbenvermerk im Erbschein nach Veräußerung der Nacherbenrechte an den Vorerben 384
- **Friedberger** zu **OLG Saarbrücken:** Fortwirkung eines gegenständig beschränkten Pflichtteilsverzichts 391
- **Reymann** zu **BGH:** Namensänderung der Titelgläubigerin bei der „Beischreibung“ eines Vollstreckungstitels einer Titelgläubiger-GbR in eine OHG..... 396
- **Widmann** zu **OLG Stuttgart:** Abweichungen vom Musterprotokoll bei der Gründung einer GmbH im vereinfachten Verfahren 403

Impressum

MittBayNot

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

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
Vorübergehend:
Denninger Straße 169
81925 München
Telefon: (089) 551660
Telefax: (089) 55166234
E-Mail: info@mittbaynot.de
Internet: <https://www.notare.bayern.de/mittbaynot.html>

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 Ann-Kathrin Schmelter,
Notarassessorin Julia Lindner

Druck:

Universal Medien GmbH
Geretsrieder Straße 10
81379 München

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 4 | 2021

AUFSÄTZE

309

- Bernert:** Liquidation und Löschung der GmbH 309
- Bolkart:** Zusammenspiel von Gesellschaftsregister, Grundbuch und Notar nach dem Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts 319
- Wobst,** Praxisupdate WEG 332

BUCHBESPRECHUNGEN

339

- Münch:** Handbuch Familiensteuerrecht (**Bayer**) 339
- Rieger/Vossius/Widmann:** Spuren der Freundschaft. Umwandlungen – Steuern – Fußball. Festschrift für Dieter Mayer (**Winkelmann**) 340
- Sommer:** Zulässigkeit und Grenzen von Erbschaftsverträgen im Sinne des § 311b Abs. 4 und 5 BGB (**Schreindorfer**) 341
- Viskorf:** Familienunternehmen in der Nachfolgeplanung (**Salzmann**) 343
- Werbeck:** Offenbare Unrichtigkeiten im Unternehmensrecht (**Forschner**) 344

RECHTSPRECHUNG

346

Bürgerliches Recht

ALLGEMEINES

- Wirksamkeit einer Veräußerungszustimmung durch einen Verwalter, dessen Amtszeit vor dem Inkrafttreten des COVMG endete (OLG Bamberg, Beschluss vom 1.12.2020, 1 W 54/20) 346
- Unwirksamkeit einer von der Ausübung des Mietvorkaufsrechts abhängigen Preiserhöhung (KG, Urteil vom 2.10.2020, 17 U 18/18) 347
- Grundbucheklärungen durch Vorsorgebevollmächtigten (OLG Nürnberg, Beschluss vom 30.7.2020, 15 W 2126/20) 350
mit Anmerkung **Wagner** 352

SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

- Kein Anspruch auf Aufhebung der Gesamtberechtigung an einem Nießbrauch entsprechend § 749 Abs. 1 BGB (BGH, Urteil vom 6.3.2020, V ZR 329/18) 356
mit Anmerkung **Forschner** 359
- Keine Vormerkung auf bloße Grundstücksteilung (OLG München, Beschluss vom 29.12.2020, 34 Wx 492/19) 360
- Grundbuchverfahren – Nachweis der Vertretungsberechtigung bei einer ausländischen Gesellschaft durch die Bestätigung eines auf den British Virgin Islands zugelassenen notary public (OLG München, Beschluss vom 9.11.2020, 34 Wx 235/20) 362
- Löschung einer Rückauffassungsvormerkung wegen Todes des Berechtigten – zur Unzulässigkeit einer Zwischenverfügung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.10.2020, 3 Wx 103/20) 366
- Voraussetzung für Löschung einer Grundschuld bei angeordneter Testamentsvollstreckung (KG, Beschluss vom 15.9.2020, 1 W 1340/20) 368

FAMILIENRECHT

- Versorgungsausgleich bei Übertragung einer Direktversicherung auf Arbeitnehmer (BGH, Beschluss vom 10.2.2021, XII ZB 134/19) 370
- Zur Erforderlichkeit eines Erbscheins bei Grundbuchberichtigung aufgrund notariellen Testaments mit Scheidungsklausel (KG, Beschluss vom 29.10.2020, 1 W 1463/20) 372

ERBRECHT

- Verjährung von Ansprüchen auf Übertragung von Grundstückseigentum aufgrund eines Vermächtnisses (OLG München, Beschluss vom 18.2.2021, 33 W 92/21) 374
- Erbeinsetzung der Kinder als Schlusserben (OLG München, Beschluss vom 5.11.2020, 31 Wx 415/17) 377
mit Anmerkung **Braun** 379

Aufsätze

Buchbesprechungen

Rechtsprechung

Sonstiges

Standesnachrichten

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 4 | 2021

13. Kein Nacherbenvermerk im Erbschein nach Veräußerung der Nacherbenrechte an den Vorerben (OLG Braunschweig, Beschluss vom 13.5.2020, 3 W 74/20) mit Anmerkung Keim	381 384	22. Restschuldbefreiung begründet keinen Anspruch auf Erteilung einer Löschungsbewilligung hinsichtlich einer vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingetragenen Zwangshypothek (BGH, Urteil vom 10.12.2020, IX ZR 24/20 – Ls.)	405
14. Fortwirkung eines gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzichts (OLG Saarbrücken, Urteil vom 12.2.2020, 5 U 59/19) mit Anmerkung Friedberger	386 391	Beurkundungs- und Notarrecht	
Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht		23. Keine amtliche Verwahrung einer erbrechtlichen Rücktrittserklärung (OLG Brandenburg, Beschluss vom 22.12.2020, 3 W 115/20)	406
15. Namensänderung der Titelgläubigerin bei der „Beischreibung“ eines Vollstreckungstitels einer Titelgläubiger-GbR in eine OHG (BGH, Beschluss vom 13.1.2021, VII ZB 30/18) mit Anmerkung Reymann	393 396	24. Interesse an Kenntniserwerb über theoretisch denkbare Urheberrechtsverletzung (hier: durch Überlassung der Architektenplanung an einen Käufer) kein ausreichendes berechtigtes Interesse für Einsicht in Grundakten (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 13.1.2020, 5 W 84/19 – Ls.)	407
16. Streit um Einziehung eines nach der Gesellschafterliste nicht existenten Geschäftsanteils (BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19)	398	Öffentliches Recht	
17. Zum Umfang des Prüfungsrechts bei angemeldeten Satzungsänderungen – hier: satzungsmäßig statuierte Mindestfrist für Einberufung einer Mitgliederversammlung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.8.2020, 3 Wx 130/19 – Ls.)	402	25. Zum Genehmigungsverfahren nach dem GrdstVG im Falle eines Wiederkaufs (BGH, Urteil vom 15.5.2020, V ZR 18/19)	407
18. Abweichungen vom Musterprotokoll bei der Gründung einer GmbH im vereinfachten Verfahren (OLG Stuttgart, Beschluss vom 7.7.2020, 8 W 188/20) mit Anmerkung Widmann	402 403	Steuerrecht	
19. Eintragung einer identitätswahrenden grenzüberschreitenden Sitzverlegung mit Formwechsel (OLG Oldenburg, Beschluss vom 30.6.2020, 12 W 23/20 (HR) – Ls.)	404	26. Grunderwerbsteuer bei Auflösung nichtehelicher Lebensgemeinschaften (BFH, Beschluss vom 1.12.2020, II B 53/20 – Ls.)	410
Internationales Privatrecht		27. Grundstücksschenkung und Gleichstellungsverpflichtung (BFH, Urteil vom 16.9.2020, II R 33/19)	411
20. Aufnahme einzelner Nachlassgegenstände in das Europäische Nachlasszeugnis (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.10.2020, I-3 Wx 158/20 – Ls.)	405	28. Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs nach dem Tod des Pflichtteilsverpflichteten (BFH, Urteil vom 5.2.2020, II R 17/16 – Ls.)	414
Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht		SONSTIGES 415	
21. Haftung der Kommanditisten für vor Insolvenzeröffnung begründete Gesellschaftsverbindlichkeiten (BGH, Urteil vom 15.12.2020, II ZR 108/19 – Ls.)	405	Tagungsbericht	415
		Gansmeier: „WEG-Reform – Einführung und erster Zugriff auf akute Rechtsfragen“	
		Nachruf Dr. Hans Wolfsteiner	418
		Neuerscheinungen	420
		STANDESNACHRICHTEN 421	

AUFsätze

Liquidation und Löschung der GmbH

Von Notarassessor Dr. **Andreas Bernert**, München

Die beliebteste Rechtsform für Startup-Unternehmen ist in Deutschland die GmbH. Nach Angaben des *manager magazin* gehen allerdings neun von zehn Startups in den ersten drei Jahren ihres Bestehens pleite.¹ Somit sollten – jedenfalls legt die Statistik das nahe – zahlreiche Startup-GmbHs bereits relativ kurz nach ihrer Gründung wieder abgewickelt werden.

Gerade wenn es darum geht, ein bereits früh gescheitertes Unternehmen einzustellen, fragen die Gesellschafter häufig, wie die GmbH möglichst schnell „beendet“ werden könne, da ja ohnehin „nichts mehr da“ sei und weiteres Abwarten doch nur unnötig Zeit und Geld koste.² In diesem Zusammenhang besteht vor allem für das in § 73 Abs. 1 GmbHG geregelte Sperrjahr nur wenig Verständnis. Die Verschmelzung der GmbH auf einen anderen Rechtsträger oder den Alleingesellschafter ist mangels Vorhandenseins einer übernehmenden Gesellschaft oder aufgrund doch befürchteter Haftungsrisiken (§ 20 Abs. 1 Nr. 1, § 22 UmwG) häufig nicht gewünscht, eine Veräußerung der GmbH-Anteile auf dem Markt aufgrund der wirtschaftlichen Lage oft nicht möglich.

Gesetzliche Vorschriften zu einer gewünschten „Blitzlöschung“³ der GmbH im Handelsregister auf Antrag der Beteiligten lassen sich nicht finden.⁴ Die uneinheitliche oberge-

richtliche Rechtsprechung hierzu nimmt hingegen stetig zu.⁵ Neben der noch nicht höchstrichterlich geklärten Frage des „Ob“ und „Wie“ einer Löschung vor Ablauf des Sperrjahres (hierzu II.), gibt es jedoch noch andere Fallstricke, die bei der Beendigung einer GmbH beachtet werden sollten. Zudem sollte man nicht aus dem Blick verlieren, dass alleine die Löschung der GmbH nicht stets mit deren endgültiger Beendigung gleichzusetzen ist.⁶ Dieser Beitrag bietet einen Überblick.

I. Das Beenden einer GmbH nach den §§ 60 ff. GmbHG

Möchten die Gesellschafter die GmbH beenden, so sieht das Gesetz hierzu ein mehrstufiges Verfahren vor. Zunächst ist die GmbH durch Beschluss aufzulösen (hierzu 1.). Der Auflösungsbeschluss ist Startpunkt für das Liquidationsverfahren, nach dessen Abschluss die GmbH im Handelsregister gelöscht werden kann (hierzu 2.). Die Löschung ist jedoch nicht stets auch das definitive Ende im „Leben“ der GmbH (hierzu 3.).

1. Zu fassende Beschlüsse

a) Zur Form des Auflösungsbeschlusses

Der Gesellschafterbeschluss über die Auflösung bedarf vorbehaltlich anderer Satzungsbestimmungen einer 3/4-Mehrheit der abgegebenen Stimmen, § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG. Der Auflösungsbeschluss ist grundsätzlich nicht beurkundungsbedürftig.⁷ Ändert der Beschluss jedoch inhaltlich die Satzung der GmbH, so ist er zu beurkunden, § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG. Dies kommt in Betracht, wenn die Gesellschafter die GmbH nicht mit sofortiger Wirkung, sondern zu einem zukünf-

1 <https://www.manager-magazin.de/lifestyle/artikel/start-up-szene-new-work-arbeitswelt-ist-oft-eine-schoene-neue-scheinwelt-a-1264963.html> (zuletzt abgerufen am 27.5.2021); nach dem Statistischen Bundesamt wurden im Jahr 2019 43.586 GmbHs (inkl. UG (haftungsbeschränkt)) vollständig aufgegeben, während weitere 3.225 durch Umwandlung beendet wurden (Statistisches Bundesamt, Fachserie 2 Reihe 5 „Gewerbeanzeigen“, „Gewerbeanzeigen in den Ländern 2019“, abrufbar unter https://www.destatis.de/DE/Service/Bibliothek/_publikationen-fachserienliste-2.html, zuletzt abgerufen am 27.5.2021).

2 *Kilian*, notar 2020, 10, 14; *H. Schmidt*, FGPrax 2019, 211, 213; obwohl Kleinstunternehmen ihrem Jahresabschluss nur eine verkürzte Bilanz zugrunde legen müssen, so belaufen sich die Kosten für Jahresabschluss und Steuererklärung doch in der Regel auf mindestens 1.500 €.

3 Der Begriff „Blitzlöschung“ geht, soweit ersichtlich, auf *Wachter*, GmbHR 2017, 930, 931, zurück, der allerdings auch schon von der „sog(enannten)“ Blitzlöschung spricht.

4 § 394 FamFG regelt die Löschung vermögensloser Gesellschaften von Amts wegen, auf Antrag der Finanzbehörden bzw. der berufsständischen Organe sowie nach Durchführung des Insolvenzverfahrens, regelt allerdings keine Antragsberechtigung der Gesellschafter oder deren gesetzlicher Vertreter. Nach *Vossius*, NotBZ 2019, 141, 142, sind „Anträge“ auf sofortige Löschung vor Ablauf des Sperrjahres daher nur „unverbindliche Anregungen auf Löschung wegen Vermögenslosigkeit“.

5 OLG Köln, Beschluss vom 5.11.2004, 2 Wx 33/04, RNotZ 2005, 50 ff.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.3.2014, I-3 Wx 48/14, NZG 2014, 583 ff. (zur KG); OLG Jena, Beschluss vom 20.5.2015, 6 W 506/14, notar 2016, 20 f. (m. Anm. *Ott*); OLG Hamm, Beschluss vom 30.8.2016, 27 W 63/16, Beschluss vom 2.9.2016, I-27 W 63/16, GmbHR 2017, 930 ff. (m. Anm. *Wachter*); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1.2.2017, I-3 Wx 300/16, NZG 2017, 663 ff.; OLG Celle, Beschluss vom 17.10.2018, 9 W 80/18, notar 2019, 57 ff. (m. abl. Anm. *Freier*), NotBZ 2019, 141 ff. (m. zust. Anm. *Vossius*); OLG Jena, Beschluss vom 15.5.2019, 2 W 159/19, NotBZ 2019, 391 ff. (m. Anm. *Watoro*); KG, Beschluss vom 22.7.2019, 22 W 29/18, FGPrax 2019, 211 ff. (m. Anm. *Schmidt*); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.8.2020, I-3 Wx 117/20, NZG 2020, 1277 ff.

6 Nach *Wachter*, GmbHR 2017, 930, 931, handelt es sich insoweit um ein „bei vielen Gesellschaftern verbreitete(s) Missverständnis“.

7 *Krafka*, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rdnr. 1120.

tigen Zeitpunkt auflösen. Denn in diesem Fall kann eine zeitliche Beschränkung der Gesellschaftsdauer i. S. v. § 3 Abs. 2 Alt. 1 GmbHG vereinbart sein. Ob dies der Fall ist, richtet sich nach dem Willen der Gesellschafter. Eine solche zeitliche Beschränkung würde zu einer Auflösung der GmbH wegen Zeitablaufs nach § 60 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG führen.⁸ Feste zeitliche Grenzen gibt es insoweit nicht. Zum Teil wird vertreten, dass ein binnen zwölf Monaten wirksam werdender Auflösungsbeschluss aufgrund der üblichen zur Vorbereitung der Liquidation erforderlichen Maßnahmen als regelmäßig unproblematisch (und somit nicht beurkundungsbedürftig) anzusehen ist.⁹

b) Die Vertretungsbefugnis der Liquidatoren

Mit Fassung eines sofort wirksamen Auflösungsbeschlusses tritt die GmbH unmittelbar in die Liquidationsphase ein.¹⁰ Dabei ändert sich die Vertretung der Gesellschaft. In der Liquidation wird die GmbH nicht mehr von „Geschäftsführern“, sondern von „Liquidatoren“ vertreten, §§ 68, 70 GmbHG. Die Gesellschafter sollten daher gleichzeitig mit dem Beschluss über die Auflösung im Beschlusswege Liquidatoren ernennen, wenn die Liquidation nicht durch die bisherigen Geschäftsführer der GmbH als „geborene“ Liquidatoren (§ 66 Abs. 1 Alt. 2 GmbHG) erfolgen soll.¹¹

In der Vergangenheit war die Vertretungsbefugnis der Liquidatoren häufiger strittig. Ein Blick auf die Streitfragen nach der Einzelvertretungsbefugnis und nach der Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB lohnt sich noch heute.

Der BGH geht aufgrund des Wortlauts von § 68 Abs. 1 Satz 2 GmbHG („Ist nichts darüber bestimmt, so muss die Erklärung und Zeichnung durch sämtliche Liquidatoren erfolgen.“) davon aus, dass sich sowohl die Einzelvertretungsbefugnis als auch eine Befreiung von § 181 BGB des Geschäftsführers einer werbenden GmbH nicht auf den Liquidator der aufgelösten GmbH erstrecken, dieser also nicht ohne Weiteres gleichermaßen ermächtigt ist.¹² Dies gilt für „gekorene“, aber eben auch für „geborene“ Liquidatoren, also solche, die in einem Moment noch Geschäftsführer und im nächsten Liquidatoren sind.

Daher ist, sofern der Gesellschaftsvertrag nicht bereits eine passende abstrakte Regelung zur Vertretungsbefugnis der Liquidatoren enthält,¹³ ein Beschluss zur Einzelvertretungsbefugnis und zur Befreiung von § 181 BGB häufig im Interesse der Gesellschafter.

Für die Einräumung der Einzelvertretungsbefugnis per Gesellschafterbeschluss bedarf es nach § 68 Abs. 1 Satz 2 GmbHG – anders als nach § 35 Abs. 2 Satz 1 a. E. GmbHG für Geschäftsführer – immerhin keiner Satzungsgrundlage. Hinsichtlich der Befreiung von § 181 BGB muss allerdings auch für Liquidatoren eine entsprechende Satzungsermächtigung vorliegen,¹⁴ wobei strittig ist, ob die Ermächtigung zur Befreiung des Geschäftsführers ausreicht oder ob die Liquidatoren ausdrücklich genannt sein müssen.¹⁵

Soll der Liquidator daher von § 181 BGB befreit werden, so sollte die Satzung sicherheitshalber auf eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage untersucht und ggf. angepasst werden. Insofern ist es praktisch, dass für die Fassung des Auflösungsbeschlusses dieselbe Quote (3/4-Mehrheit) verlangt wird wie für eine etwaig erforderliche Satzungsänderung (§ 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG).

Der Grund für die fehlende Kompetenzkontinuität zwischen Geschäftsführern und Liquidatoren liegt nach dem BGH darin, dass sich mit Eintritt in die Liquidation der Gesellschaftszweck ändert und nun „nicht mehr – wie bei der werbenden Gesellschaft – die jederzeitige Handlungsfähigkeit (...) im Vordergrund steh(t), sondern der Schutz der Gesellschaft, ihrer Gläubiger und/oder der der Mitgesellschafter höher zu bewerten sein kann“.¹⁶ Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Gesellschafter dem Liquidator, dessen Aufgabe es unter anderem (dazu sogleich) ist, das Gesellschaftsvermögen in Geld umzusetzen, in gleichem Umfang Vertrauen schenken wie dem Geschäftsführer der werbenden GmbH. Die Missbrauchsgefahr, gerade im Hinblick auf § 181 BGB, sei beim Liquidator größer.¹⁷

Das Fehlen einer gesetzlichen Kompetenzkontinuität kann durch entsprechende Satzungsregelungen kompensiert werden, die die gängigen Formularbücher selbstredend vorse-

8 Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 60 Rdnr. 18; MünchKomm-GmbHG/Berner, 3. Aufl. 2018, § 60 Rdnr. 90 ff.

9 Tavakoli/Eisenberg, GmbHR 2018, 75, 76.

10 BGH, Beschluss vom 18.10.2016, II ZB 18/15, MittBayNot 2017, 181, 182. In der Gesetzesbegründung zum GmbHG von 1892 wird der Auflösungsbeschluss insoweit passender als „Liquidationsbeschluss“ bezeichnet, siehe Verhandlungen des Reichstags, Stenographische Berichte, 8. Legislaturperiode, 1890/92, 5. Anlageband, Aktenstück Nr. 660 (S. 3755).

11 Nicht erforderlich ist es hingegen, die Geschäftsführer mittels eines Beschlusses nach § 46 Nr. 5, § 47 Abs. 1 GmbHG von ihrem Amt abberufen, da deren Vertretungsbefugnis – jedenfalls als „Geschäftsführer“ – mit Wirksamwerden des Auflösungsbeschlusses von Gesetzes wegen endet, BeckOK-GmbHG/Lorscheider, Stand: 1.2.2021, § 66 Rdnr. 1. Schönhaar, GWR 2020, 1, 2, schlägt hingegen vor, den Auflösungsbeschluss mit einem Beschluss über die Abberufung der Geschäftsführer zu kombinieren.

12 Maßgebend BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 255/07, DNotZ 2009, 300 ff.; bestätigt durch Beschluss vom 18.10.2016, II ZB 18/15, MittBayNot 2017, 181, 182; str., mit guten Gründen für eine Kompetenzkontinuität Priester in FS DNotI, 2018, S. 561 ff.

13 BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 255/07, DNotZ 2009, 300, 301; Wicke, GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 68 Rdnr. 2; Schmidt, NotBZ 2012, 161, 162 schlägt für den Gesellschaftsvertrag die Formulierung „Die Vertretungsregelungen für die Geschäftsführer gelten entsprechend für die Liquidatoren.“ vor.

14 OLG Rostock, Urteil vom 6.10.2003, 3 U 188/03, NJW-RR 2004, 1109, 1110; OLG Hamm, Beschluss vom 6.7.2010, 15 Wx 281/09, RNotZ 2010, 544, 544; Peifer, Rpfleger 2008, 408, 410.

15 Kraft, Registerrecht, Rdnr. 1133, geht davon aus, dass aufgrund „zweckangemessener Auslegung“ eine ausdrückliche Befreiungsmöglichkeit für Liquidatoren nicht vorgesehen sein muss. A. A. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 21.5.2019, 0 W 87/18, DNotZ 2020, 219 ff.; ausführlich zur Befreiung des Liquidators von § 181 BGB Wälzholz, GmbHR 2002, 305 ff.

16 BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 255/07, DNotZ 2009, 300, 302.

17 So auch OLG Hamm, Beschluss vom 6.7.2010, 15 Wx 281/09, RNotZ 2010, 544, 545.

hen.¹⁸ Dennoch erscheint eine Kontrollüberlegung zur Vertretungsbefugnis der Liquidatoren im Zusammenhang mit dem Auslösungsbeschluss ratsam.

c) Aufbewahrung der Bücher der Gesellschaft

Gleichzeitig mit dem Auflösungsbeschluss können die Gesellschafter darüber entscheiden, wer nach Beendigung der Liquidation für die Dauer von zehn Jahren die Bücher und Schriften der Gesellschaft zu verwahren hat, § 74 Abs. 2 Satz 2 GmbHG. Der Begriff der Bücher und Schriften ist mit demjenigen in § 51a GmbHG identisch und erfasst alle schriftlichen Unterlagen bzw. entsprechende technische Surrogate. Dies sind nicht nur die ohnehin nach anderen Vorschriften, etwa § 257 Abs. 1 HGB, aufzubewahrenden, sondern auch andere freiwillig gesammelte Dokumente.¹⁹

2. Ablauf der Liquidation der GmbH

a) Anmeldungen zum Handelsregister

Nach § 65 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ist die Auflösung der GmbH unverzüglich²⁰ unter Vorlage des Auflösungsbeschlusses²¹ zum Handelsregister anzumelden. Gemäß § 67 Abs. 1 GmbHG sind auch die Liquidatoren sowie deren Vertretungsbefugnisse²² anzumelden.²³

War der Auflösungsbeschluss sofort wirksam, so erfolgen diese Anmeldungen durch die Liquidatoren in vertretungsberechtigter Anzahl, da diese bereits die Gesellschaft vertreten.²⁴ Entgegen dem ungenauen Wortlaut des § 67 Abs. 1 GmbHG, der von dem Fall ausgeht, dass die Geschäftsführer mit den Liquidatoren personenidentisch sind, melden sich die Liquidatoren als organschaftliche Vertreter der aufgelösten GmbH selbst an.²⁵ Eine Anmeldung durch die Geschäftsführer widerspricht dem Umstand, dass diese mit der Auflösung ihre Vertretungsbefugnis bereits verloren haben.

Umstritten ist hingegen, in welchen Fällen es zusätzlich einer ausdrücklichen Anmeldung des Erlöschens der Vertretungs-

befugnis der Geschäftsführer durch die Liquidatoren bedarf.²⁶ Da es sich beim Erlöschen der Geschäftsführerämter um eine gesetzliche Folge der Auflösung der GmbH handelt, von deren Wirksamkeit sich das Registergericht aufgrund des vorgelegten Beschlusses auch überzeugen kann, sprechen die besseren Gründe gegen das Erfordernis einer ausdrücklichen Anmeldung, wenngleich eine solche in der Praxis natürlich kaum spürbaren Mehraufwand auslöst.

In ihrer Anmeldung haben auch geborene Liquidatoren gemäß § 67 Abs. 3 Satz 1 GmbHG zu versichern, dass keine Umstände vorliegen, die ihrer Bestellung zum Liquidator nach § 66 Abs. 4 i. V. m. § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3, Satz 3 GmbHG entgegenstehen, sowie dass sie über ihre unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht belehrt worden sind.²⁷ Sowohl der Eintragung der Auflösung als auch der Eintragung der Liquidatoren kommt lediglich deklaratorische Wirkung zu.²⁸

b) Gläubigeraufruf

Neben der Anmeldung der Liquidatoren sowie der Auflösung der GmbH zum Handelsregister ist zu beachten, dass die Auflösung gemäß § 65 Abs. 2 GmbHG gleichzeitig mit dem sogenannten Gläubigeraufruf im Bundesanzeiger sowie gegebenenfalls in den Gesellschaftsblättern zu veröffentlichen ist, § 12 GmbHG. Mit der Veröffentlichung des Gläubigeraufrufs im Bundesanzeiger beginnt nach § 73 Abs. 1 GmbHG das Sperrjahr zu laufen, vor dessen Ablauf das Gesellschaftsvermögen nicht an die Gesellschafter verteilt werden darf.²⁹

c) Sperrjahr

Das in § 73 Abs. 1 GmbHG normierte Sperrjahr dient dem Gläubigerschutz.³⁰ So heißt es in der Gesetzesbegründung zum GmbHG von 1892 wörtlich:

„Die Festsetzung eines Sperrjahres, vor dessen Ablauf die Verteilung des Gesellschaftsvermögens an die Gesellschafter nicht stattfinden darf, ist zum Schutze der Gesellschaftsgläubiger nicht zu entbehren (...).“³¹

18 Statt vieler Würzburger Notarhandbuch/*Wilke*, 6. Aufl. 2021, Teil 5 Kap. 3 Rdnr. 1 (§ 4 Nr. 3); *Wachter/Heckschen/Löffler*, Praxis des Handels- und Gesellschaftsrechts, 5. Aufl. 2020, § 10 Rdnr. 127.

19 MünchKomm-GmbHG/H.-F. *Müller*, § 74 Rdnr. 14 m. w. N.

20 Baumbach/Hueck/*Haas*, GmbHG, § 65 Rdnr. 9.

21 Nur so kann das Gericht seiner Verpflichtung aus § 26 FamFG zur Überprüfung der Richtigkeit der Anmeldung nachkommen, *Krafka*, Registerrecht, Rdnr. 1124.

22 Nach BGH, Beschluss vom 7.5.2007, II ZB 21/06, NJW-RR 2007, 1261 f., ist auch dann die abstrakte Vertretungsregelung der Liquidatoren einzutragen, wenn nur ein einziger Liquidator bestellt wird.

23 Praktisch wird diese Anmeldung gleichzeitig mit der Anmeldung der Auflösung der GmbH erfolgen, siehe MünchKomm-GmbHG/H.-F. *Müller*, § 67 Rdnr. 1,6; Baumbach/Hueck/*Haas*, GmbHG, § 67 Rdnr. 4.

24 Baumbach/Hueck/*Haas*, GmbHG, § 65 Rdnr. 7. Erfolgt die Auflösung hingegen erst mit Eintragung im Handelsregister oder enthält der Beschluss eine Satzungsänderung, so haben die Geschäftsführer die Anmeldung vorzunehmen, da es in dieser Phase schließlich noch keine Liquidatoren geben kann.

25 *Peifer*, Rpfleger 2008, 408, 408; Würzburger Notarhandbuch/*Wilke*, Teil 5 Kap. 3 Rdnr. 214.

26 Nach MünchKomm-GmbHG/H.-F. *Müller*, § 67 Rdnr. 6, *Peifer*, Rpfleger 2008, 408, 409 bedarf es einer derartigen Anmeldung nicht. Die wird bestätigt durch BayOblLG, Beschluss vom 31.3.1994, 3 Z BR 23/94, DNotZ 1995, 222, 224; A.A. Baumbach/Hueck/*Haas*, GmbHG, § 67 Rdnr. 4; auch das Formular zur Anmeldung der Auflösung in Würzburger Notarhandbuch/*Wilke*, Teil 5 Kap. 3 Rdnr. 209 sieht eine solche „Abmeldung“ des Geschäftsführers vor.

27 *Krafka*, Registerrecht, Rdnr. 1126.

28 *Peifer*, Rpfleger 2008, 408, 409; MünchKomm-GmbHG/H.-F. *Müller*, § 67 Rdnr. 2; Baumbach/Hueck/*Haas*, GmbHG, § 65 Rdnr. 15; BGH, Urteil vom 23.11.1998, II ZR 70/97, GmbHR 1999, 229 ff.; konstitutiv „wirkt“ die Eintragung der Auflösung nur dann, wenn der Gesellschafterbeschluss erst aufschiebend bedingt mit Eintragung der Auflösung im Handelsregister wirksam werden soll, vgl. *Krafka*, Registerrecht, Rdnr. 1123.

29 Zur Berechnung MünchKomm-GmbHG/H.-F. *Müller*, § 73 Rdnr. 7 ff.

30 MünchKomm-GmbHG/H.-F. *Müller*, § 73 Rdnr. 1, 6; OLG Jena, Beschluss vom 15.5.2019, 2 W 159/19, BeckRS 2019, 23313.

31 Verhandlungen des Reichstags, Stenographische Berichte, 8. Legislaturperiode, 1890/92, 5. Anlageband, Aktenstück Nr. 660 (S. 3758).

Die Zustimmung der Gesellschaftsgläubiger verkürzt das Sperrjahr nicht, da es gerade auch dem Schutz unbekannter Gläubiger dient.³² Die Gesellschafter sollen sich nicht am Gesellschaftsvermögen gütten, solange die Gesellschaftsgläubiger nicht befriedigt sind. Letztere sind zwar das Insolvenzrisiko der Gesellschaft, nicht aber dasjenige der Gesellschafter eingegangen. Dies kommt auch durch die Haftung der Liquidatoren nach § 73 Abs. 3 GmbH für frühzeitige Ausschüttungen zum Ausdruck. § 73 Abs. 1 GmbHG bestimmt mithin eine strenge Ausschüttungssperre, ein „vollständiges Thesaurierungsgebot“.³³

d) Aufgaben der Liquidatoren

Die Liquidatoren haben gemäß § 70 Satz 1 Hs. 1 GmbHG die Aufgabe, die laufenden Geschäfte zu beenden, die Verpflichtungen der Gesellschaft zu erfüllen, ihre Forderungen einzuziehen sowie das Vermögen der aufgelösten Gesellschaft in Geld umzusetzen. Diese Aufgaben sind zu weiten Teilen selbsterklärend und in den Fällen frühzeitig gescheiterter Startups – etwa durch Rückgabe der geleasteten Siebträgerkaffeemaschine – häufig auch schnell erledigt. Nicht zu unterschätzen sind allerdings die Bilanzlegungspflichten des Liquidators nach § 71 GmbHG. So hat er zu Beginn der Liquidation handels- und steuerrechtliche Liquidationseröffnungsbilanzen sowie zum Abschluss eine Liquidationsschlussbilanz aufzustellen, die die Gesellschafter jeweils feststellen müssen. Die Schlussbilanz ist zu veröffentlichen und darauf basierende Steuererklärungen sind abzugeben.³⁴

Gelegentlich wirft zudem die tatbestandlich recht offen gehaltene Pflicht, „die Verpflichtungen der Gesellschaft zu erfüllen“, Fragen auf. Interessanterweise findet sich dieselbe Formulierung („die Verpflichtungen der Gesellschaft zu erfüllen“) im Genossenschaftsrecht (§ 88 GenG), während sie im Aktienrecht (§ 268 Abs. 1 Satz 1 AktG) sowie im Recht der OHG und KG fehlt (§ 149 Satz 1, § 161 Abs. 2 HGB). Allerdings ist nicht ersichtlich, dass sich hieraus ein qualitativer Unterschied ergeben würde.³⁵

32 MünchKomm-GmbHG/H.-F. Müller, § 73 Rdnr. 1; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Gsell, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 73 Rdnr. 5; BeckOK-GmbHG/Lorscheider, § 73 Rdnr. 2.

33 MünchKomm-GmbHG/H.-F. Müller, § 73 Rdnr. 3; BeckOK-GmbHG/Lorscheider, § 73 Rdnr. 1.

34 Hierzu knapp und instruktiv: Eller, SteuK 2012, 367 ff.; Rotter, NWB 2018, 551 ff.

35 Die Gesetzesbegründung des GmbHG von 1982 spricht davon, dass „die Auflösung der Gesellschaft (...) den allgemeinen Grundsätzen des Gesellschaftsrechts (entspricht)“ bzw. dass „im Wesentlichen die gleichen Gesichtspunkte in Betracht (kommen) wie bei den Aktiengesellschaften und Genossenschaften“, vgl. Verhandlungen des Reichstags, Stenographische Berichte, 8. Legislaturperiode, 1890/92. 5. Anlageband, Aktenstück Nr. 660 (S. 3755 ff.). Die Formulierung von § 70 GmbHG entspricht auch noch heute exakt der ursprünglichen Fassung von 1892 (damals § 71) und ebenso der ursprünglichen Fassung der Parallelvorschrift des § 86 aus dem Genossenschaftsrecht von 1889 (heute § 88 GenG). In § 268 AktG fehlt der hier interessierende Satzteil, was für die Vorgängerversion der Vorschrift, § 209 AktG (1937) ebenso gilt. Die Vorvorgängerversion aus dem 19. Jh., Art. 244a AktG (1884) verweist wiederum auf das Recht der OHG, Art. 137 ADHGB (1861), welches den fehlenden Passus „die Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft zu erfüllen“ wiederum enthält. Gründe für die Streichung des Satzteils sind nicht ermittelbar.

Privatrechtliche Verpflichtungen der GmbH können entweder noch durch Leistung (§ 362 BGB), einvernehmliche Vertragsbeendigung oder unter Umständen durch einseitige Gestaltungserklärungen zum Erlöschen gebracht werden. Ob auch alle Arten von öffentlichrechtlichen Pflichten unter den Begriff der Verpflichtungen zu subsumieren sind, ob also deren Bestand dem Abschluss der Liquidation entgegensteht, ist in der Praxis gelegentlich unklar. Dies betrifft etwa Fälle, in denen die GmbH im Bereich der regulierten Industrien tätig war und sich auch nach Einstellung des Geschäftsbetriebs noch jahrelange Marktbeobachtungspflichten (z. B. nach § 63c Abs. 4 Satz 3 AMG) ergeben.

Das Liquidationsverfahren dient dem Zweck des geordneten Rückzugs der GmbH aus dem Rechtsverkehr. Hierunter kann aber nicht nur der Zivilrechtsverkehr verstanden werden. Denn andernfalls könnten öffentlichrechtliche Verpflichtungen von GmbHs durch deren Liquidation ohne Hinterlassen eines Rechtsnachfolgers umgangen werden. Während insbesondere § 73 Abs. 1 GmbHG gezielt dem zivilrechtlichen Gläubigerschutz dient, bezweckt das Liquidationsverfahren als Ganzes doch eine rechtlich allumfassende geordnete Abwicklung. Daher sind auch die öffentlichrechtlichen Verpflichtungen der GmbH durch den Liquidator zu erfüllen.

Das etwaig vorhandene Vermögen der aufgelösten GmbH ist schließlich nach Ablauf des Sperrjahres und Erledigung der Aufgaben der Liquidatoren den Gesellschaftern in einer verzichtbaren³⁶ Schlussrechnung darzulegen und vorbehaltlich anderslautender Satzungsregelungen gemäß dem Verhältnis der Geschäftsanteile an die Gesellschafter zu verteilen, §§ 72, 74 GmbHG. Wie sogleich gezeigt wird, sind die Aufgaben der Liquidatoren in §§ 70, 71 GmbHG allerdings nicht abschließend aufgeführt.

3. Der Abschluss der Liquidation, die Löschung der GmbH im Handelsregister und das endgültige Verschwinden der GmbH aus dem Rechtsverkehr

Wann die Liquidation abgeschlossen ist, wann eine GmbH endgültig aus dem Rechtsverkehr verschwindet und welche Rolle hierbei die Löschung im Handelsregister spielt, ist bei genauerer Betrachtung recht komplex.

a) Der Abschluss der Liquidation

Eine Legaldefinition für den Abschluss der Liquidation gibt es nicht.³⁷ § 74 GmbHG setzt die Beendigung der Liquidation lediglich voraus. Allerdings zählen die §§ 70 ff. GmbHG die Aufgaben der Liquidatoren auf und, da die Liquidatoren gemäß § 66 Abs. 1 GmbHG die Liquidation durchführen, spricht die Gesetzessystematik dafür, dass die Liquidation bei Erledigung aller gesetzlich beschriebenen Aufgaben der Liquidatoren beendet ist.

36 MünchKomm-GmbHG/H.-F. Müller, § 74 Rdnr. 7.

37 Einigkeit besteht aber dahin gehend, dass es keines Beschlusses der Gesellschafter über den Abschluss der Liquidation bedarf, siehe nur OLG Hamm, Beschluss vom 8.5.2001, 15 W 43/01, NJW-RR 2002, 324, 325.

In Literatur und Rechtsprechung findet sich die Aussage, die Liquidation sei beendet, wenn das Vermögen verteilt und keine „sonstigen Abwicklungsmaßnahmen“ mehr erforderlich sind.³⁸ Unter sonstigen Abwicklungsmaßnahmen versteht die Rechtsprechung rechtsgeschäftliche Willenserklärungen und andere Handlungen, die eine gesetzliche Vertretung der Gesellschaft verlangen.³⁹ Einen Bezug zum Vermögen der GmbH haben diese Maßnahmen oft nicht. Beispielhaft genannt sei eine wertlose Grundbuchposition, zu der die GmbH noch eine Löschungsbewilligung abgeben kann bzw. aus Sicht des Grundstückseigentümers wohl auch soll.

Man kann sich allerdings fragen, ob derartige „sonstige Abwicklungsmaßnahmen“, die nicht der Erfüllung von „Verpflichtungen der GmbH“ i. S. v. § 70 Satz 1 GmbHG dienen und damit auch nicht ausdrücklich zu den Aufgaben der Liquidatoren zählen, überhaupt Teil der Liquidation sind oder außerhalb davon stehen und nur für die Frage der endgültigen Beendigung der GmbH relevant sind (hierzu sogleich). Eine solche atomisierte Betrachtungsweise hätte den Vorteil, dass die GmbH bei Abschluss der Liquidation gelöscht werden kann (§ 74 Abs. 1 Satz 2 GmbHG), auch wenn es noch „sonstiger Abwicklungsmaßnahmen“ bedarf. Einem Registergericht würde diese Ansicht die Ablehnung der Löschung erschweren.

Allerdings ist eine solche Betrachtungsweise gekünstelt. Denn der Zweck der Liquidation besteht gerade in einem geordneten Rückzug der GmbH aus dem Rechtsverkehr und dient somit dem Schutz der Allgemeinheit.⁴⁰ Dies schließt aber auch sonstige nichtvermögensbezogene Maßnahmen mit ein. Der Gesetzgeber ging wohl zumindest für den Regelfall davon aus, dass die GmbH nach Abschluss der Liquidation und ihrer Löschung endgültig aus dem Rechtsverkehr verschwindet, weswegen er auch sämtliche „sonstigen Abwicklungsmaßnahmen“ als zur Liquidation gehörig verortet haben muss. Daher ist der vorgenannten Ansicht in Rechtsprechung und Literatur zuzustimmen. Konsequenterweise wirkt sich diese Ansicht zum Abschluss der Liquidation auch auf die Bestimmung der Aufgaben der Liquidatoren aus. §§ 70, 71 GmbHG sind daher im Wege der teleologischen Auslegung dahin gehend zu ergänzen, dass die Liquidatoren auch nichtvermögensbezogene Angelegenheiten der GmbH abzuschließen haben, deren Erledigung der Vertretung der GmbH im Rechtsverkehr bedarf. Ebenso bedeutet dies, dass eine GmbH selbst dann eine „Liquidation“ durchläuft, wenn nach dem Auflösungsbeschluss lediglich noch „sonstige Abwicklungsmaßnahmen“ durchzuführen sind, Vermögen hingegen nicht vorhanden ist.⁴¹

38 Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 74 Rdnr. 2; OLG Koblenz, Urteil vom 9.3.2007, 8 U 228/06, RNotZ 2007, 290, 291; OLG Hamm, Beschluss vom 1.7.2015, 27 W 71/15, NZG 2015, 953, 954; OLG Jena, Beschluss vom 15.5.2019, 2 W 159/19, BeckRS 2019, 23313.

39 OLG Hamm, Beschluss vom 8.5.2001, 15 W 43/01, NJW-RR 2002, 324, 326; OLG Stuttgart, Beschluss vom 7.12.1994, 8 W 311/93, NJW-RR 1995, 805, 806.

40 Vossius, NotBZ 2019 141, 142.

41 MünchKomm-GmbHG/Berner, § 60 Rdnr. 56 a. E.; Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG § 74 Rdnr. 2.

Jedenfalls aber ist der Abschluss der Liquidation nach § 74 Abs. 1 Satz 1 GmbHG durch die Liquidatoren in vertretungsberechtigter Anzahl zum Handelsregister anzumelden. Grundsätzlich sind der Anmeldung Belege für den ordnungsgemäßen Gläubigeraufruf beizulegen. In Betracht kommt ein Belegexemplar der Bekanntmachung der Auflösung sowie des Gläubigeraufrufs im Bundesanzeiger, § 65 Abs. 2 GmbHG. Einer gesonderten Anmeldung des Erlöschens der Liquidatorenämter bedarf es nicht.⁴² Mit dem Vollzug der Löschanmeldung erlischt auch die Vertretungsbefugnis der Liquidatoren. Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss zu § 66 Abs. 5 Satz 2 GmbHG.⁴³ Bestünde die Vertretungsbefugnis weiter, so gäbe es gar keinen Bedarf für die Ernennung von Nachtragsliquidatoren, vielmehr müssten die Liquidatoren nur wieder eingetragen werden.

b) Die Bedeutung der Löschung für das Beenden der GmbH

aa) Die Lehre vom Doppeltatbestand

Vollzieht das Registergericht die Löschanmeldung, so verlässt die GmbH alleine damit nach der Lehre vom Doppeltatbestand⁴⁴ nicht immer auch endgültig den Rechtsverkehr. Zur Löschung hinzutreten müsse, dass die GmbH auch tatsächlich über kein verwertbares Vermögen (mehr) verfügt.

In der Konsequenz ist die Löschung der GmbH im Handelsregister mithin in manchen Fällen (bei Vorhandensein von Vermögen) noch nicht einmal deklaratorisch, in anderen hingegen sogar konstitutiv. Die auf *Karsten Schmidt* zurückgehende Lehre vom Doppeltatbestand findet ihre Stütze im Gesetz: Nach §§ 72, 74 i. V. m. § 66 Abs. 5 GmbHG bedarf es für die Beendigung der GmbH sowohl deren Vermögenslosigkeit als auch deren Löschung im Handelsregister. Anders ist die Regelung zur Ernennung von Nachtragsliquidatoren im Falle des Vorhandenseins von Vermögen trotz Löschung nicht zu erklären. Schließlich muss das von den Nachtragsliquidatoren zu verteilende Vermögen weiterhin der GmbH als Rechtsträgerin zugeordnet werden.

42 Peifer, Rpfleger 2008, 408, 409; *Krafka*, Registerrecht, Rdnr. 1148; MünchKomm-GmbHG/H.-F. Müller, § 74 Rdnr. 12; Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 74 Rdnr. 4.

43 BGH, Urteil vom 18.1.1994, XI ZR 95/93, NJW-RR 1994, 542; BayObLG, Beschluss vom 14.10.1993, 3 Z BR 116/93, NJW 1994, 594, 596; OLG Hamm, Beschluss vom 8.5.2001, 15 W 43/01, NJW-RR 2002, 324, 326; Würzburger Notarhandbuch/Wilke, Teil 5 Kap. 3 Rdnr. 217; für den Fall der Amtslöschung geht das BayObLG, Beschluss vom 31.5.1983, Breg. 3 Z 13/83, BayObLGZ 1983, 130, 134, hingegen davon aus, dass die Vertretungsbefugnis der Liquidatoren durch die Löschung zumindest insoweit nicht erlischt als nicht der Aufgabenkreis eines bestellten Nachtragsliquidators vorrangig ist.

44 *K. Schmidt*, GmbHR 1988, 209, 211; OLG Düsseldorf, Urteil vom 14.11.2003, 16 U 95/98, NZG 2004, 916, 918; OLG München, Urteil vom 6.7.2017, 23 U 750/11, NZG 2017, 1071, 1071; Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 60 Rdnr. 6; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Gsell, GmbHG, § 60 Rdnr. 54; MünchKomm-AktG/Hüffner, 5. Aufl. 2021, § 262 Rdnr. 89; BeckOK-FamFG/Otto, Stand: 1.4.2021, § 394 Rdnr. 4; *Vallender*, NZG 1998, 249, 250; *Schmelz*, NZG 2007, 135, 137; *Leuring/Simon*, NJW 2008, 27, 27; *Tavakoli/Eisenberg*, GmbHR 2018, 75, 81.

Ausschließlich auf die (dann: konstitutive) Löschung im Handelsregister kann es nicht ankommen.⁴⁵ Hierfür spräche zwar ein *actus contrarius* Gedanke zu § 11 GmbHG, da die Eintragung der GmbH schließlich konstitutiv für deren Entstehen ist.⁴⁶ Zu lösen wäre dann jedoch, was mit etwaig noch vorhandenem Vermögen der GmbH im Moment ihrer (gedachten) konstitutiven Löschung geschieht (Stichwort: „herrenloses Vermögen“). Man könnte zwar von einer der Vor-GmbH ähnlichen „Nach-GmbH“ ausgehen. Denkbar wäre auch eine im Moment der Löschung entstehende Gesamthandsgemeinschaft der Gesellschafter am Restvermögen, mithin eine der Vorgründungsgesellschaft ähnliche Nachlöschungsgesellschaft.⁴⁷ Beide Varianten sind jedoch Hilfskonstruktionen und finden keine Stütze im Gesetz. Sie überzeugen auch nicht im Ergebnis, da sie die Vollbeendigung des einen Rechtsträgers postulieren, nur um im selben Moment einen neuen Rechtsträger entstehen zu lassen.⁴⁸

Auch der Vorteil eines höheren Maßes an Rechtssicherheit durch eine konstitutive Löschung ist nur vordergründiger Natur, da der Rechtsverkehr durch die Unsicherheit über die Existenz und die Struktur der „Nachgesellschaft“ verwirrt wird. Ein Konflikt ergibt sich des Weiteren zu § 66 Abs. 5 Satz 1 GmbHG, der davon ausgeht, dass die Liquidation nachträglich fortgesetzt oder durchgeführt wird; das setzt allerdings voraus, dass die GmbH auch nach der Löschung noch existent war.⁴⁹

Demgegenüber kann es jedoch mangels Publizität und genauer Bestimmbarkeit des Zeitpunktes auch nicht alleine auf die Vermögenslosigkeit ankommen. Dies würde den Rechtsverkehr erheblich verunsichern und zu zahlreichen Problemen führen, etwa bei Eintritt der Vermögenslosigkeit während eines Gerichtsverfahrens.

bb) Die Lehre vom erweiterten Doppeltatbestand

Die Lehre vom Doppeltatbestand beantwortet allerdings nicht die Frage, wie mit sogenanntem „nachwirkenden Handlungsbedarf“⁵⁰ umzugehen ist, der keinen vermögensbezogenen Charakter hat. Es kann Situationen geben, in denen die GmbH im Rechtsverkehr – wenn auch nicht stets zum Schutz von Gläubigern – noch „gebraucht“ wird, z. B. zur Erteilung eines Arbeitszeugnisses⁵¹ oder zur Abgabe einer Löschungserklärung gegenüber dem Grundbuchamt⁵². Hierbei handelt es sich um die vorstehend bereits erwähnten „sonstigen Abwicklungs-

maßnahmen“, mithin um Situationen, in denen die Liquidation mit Ausnahme dieser Maßnahmen beendet ist, das Registergericht aber dennoch die Löschung bereits vollzogen hat.

Für derlei Konstellationen gibt es verschiedene Lösungsmöglichkeiten, die aufgrund der insoweit bestehenden Regelungslücke des GmbHG mit Analogien arbeiten.

Eine Lösung für diese Konstellationen bietet die sogenannte Lehre vom „erweiterten Doppeltatbestand“.⁵³ Demnach soll es für die Beendigung der GmbH darauf ankommen, dass die Gesellschaft (i) im Handelsregister gelöscht wurde, (ii) vermögenslos ist und (iii) auch kein sonstiger nachwirkender Handlungsbedarf besteht.⁵⁴ Stellt sich ein solcher heraus, so ist ebenfalls ein Nachtragsliquidator zu bestellen, allerdings gemäß § 273 Abs. 4 AktG analog.⁵⁵ Die Vorschrift verlangt tatbestandlich offener als § 66 Abs. 5 Satz 1 GmbHG zur Bestellung eines Abwicklers schlicht „(nötige) weitere Abwicklungsmaßnahmen“ und nicht „Vermögen (...), das der Verteilung unterliegt“.

Die Lehre vom erweiterten Doppeltatbestand wird jedoch sowohl hinsichtlich der Lösung der Problematik nachwirkenden Handlungsbedarfs (§ 273 Abs. 4 AktG) als auch bezüglich der Aussage zum Zeitpunkt der Beendigung der GmbH kritisiert.

Letzterem könne die gesetzliche Wertung des § 394 Abs. 1 Satz 1 FamFG entgegengehalten werden, die darin zum Ausdruck komme, dass eine GmbH bereits im bloßen Fall von Vermögenslosigkeit von Amts wegen gelöscht werden kann. Dies spräche dagegen, dass es für die Beendigung zusätzlich auf das Nichtvorhandensein nachwirkenden Abwicklungsbedarfs ankomme.⁵⁶ Der optionale Charakter der Amtslöschung („kann“) lässt allerdings durchaus den Raum, anzunehmen, dass das Amtslöschungsverfahren nicht eingeleitet wird, wenn dem Gericht bekannt ist, dass trotz Vermögenslosigkeit noch weitere Abwicklungsmaßnahmen durchzuführen sind.⁵⁷ Zudem ist zu bedenken, dass § 394 FamFG auch dem Gläubigerschutz dient und den Rechtsverkehr davor bewahren will, Geschäftsbeziehungen zu vermögenslosen Gesellschaften einzugehen.⁵⁸ Dieser Schutz wird durch die Löschung im Register erreicht, der der Gesellschaft ihre Publizität nimmt und die Geschäftsbereitschaft möglicher Vertragspartner erheblich senkt. Eine eindeutige Aussage über das vollständige Erlöschen des Rechtssubjekts durch die Löschung ist damit aber nicht verbunden.

Sehr weitgehende Einigkeit besteht hinsichtlich der analogen Anwendung von § 273 Abs. 4 AktG. Die Norm wird für Fälle nachwirkenden Handlungsbedarfs auch von den Anhängern

45 So bereits BGH, Urteil vom 4.6.1957, VIII ZR 68/56, BeckRS 1957, 31194748; Urteil vom 29.9.1967, V ZR 40/66, NJW 1968, 297, 298; Beschluss vom 23.2.1970, II ZB 5/69, NJW 1970, 1044, 1045.

46 So zur AG MünchKomm-AktG/Hüffner, § 262 Rdnr. 85.

47 Offen gelassen von OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 14.10.2014, 20 W 288/12, NZG 2015, 626, 627; MünchKomm-AktG/Hüffner, § 262 Rdnr. 89 m. w. N.

48 K. Schmidt, GmbHR 1988, 209, 210 f.

49 Schönhaar, GWR 2020, 1, 4; Würzburger Notarhandbuch/Wilke, Teil 5 Kap. 3 Rdnr. 217.

50 K. Schmidt, GmbHR 1988, 209, 212.

51 BAG, Urteil vom 9.7.1981, 2 AZR 329/79, AP ZPO § 50 Nr. 4.

52 BayObLG, Beschluss vom 4.10.1955, B Reg 2 Z 104/55, DNotZ 1955, 638 ff.

53 Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 60 Rdnr. 7, 8a, 105.

54 Rowedder/Schmidt-Leithoff/Gsell, GmbHG, § 60 Rdnr. 55; Leuring/Simon, NJW-Spezial 2007, 27, 28.

55 Krafka, Registerrecht, Rdnr. 1152; BGH, Beschluss vom 23.2.1970, II ZB 5/69, NJW 1970, 1044, 1045 f. ausführlich zur Frage, ob die urspr. Liquidatoren zu Nachtragsliquidatoren ernannt werden müssen; OLG München, Beschluss vom 7.5.2008, 31 Wx 28/08, NZG 2008, 555, 556.

56 Schönhaar, GWR 2020, 1, 4.

57 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 10.10.2005, 20 W 289/05, FGPRax 2006, 83, 84.

58 BeckOK-FamFG/Otto, § 394 Rdnr. 3.

einer stets konstitutiven Löschung sowie den Anhängern der „reinen“ Lehre vom Doppeltatbestand bemüht. In erstgenanntem Fall vertrete der Nachtragsliquidator die wie auch immer ausgestaltete Nachgesellschaft.⁵⁹

Allerdings gibt es auch zur analogen Anwendung von § 273 Abs. 4 AktG Gegenstimmen.⁶⁰ Man könne ihr entgegenhalten, dass der Gedanke des § 273 Abs. 4 AktG deswegen nicht auf das GmbH-Recht übertragen werden könne, weil § 74 Abs. 2 GmbHG selbst eine Regelung enthalte, die – jedenfalls pars pro toto – eine in die Zeit nach der Beendigung fallende Angelegenheit der GmbH regelt, nämlich die Aufbewahrungspflicht ihrer Schriften. *K. Schmidt* folgert daraus, dass die analoge Anwendung von § 74 Abs. 2 GmbHG für Handlungen ohne Vermögensbezug methodisch besser passe als eine Nachtragsliquidation. Demnach könnte der Verwahrer der Schriften für die bereits beendete GmbH auch sonstigen nachwirkenden Handlungsbedarf erledigen.

Diese Ansicht überzeugt jedoch nicht, wenngleich sie die unter Umständen häufigere gerichtliche Bestellung eines Nachtragsliquidators verhindern würde und praktisch durchaus reizvoll erscheint. Denn die Pflicht zur Verwahrung der Schriften der GmbH ist mit den typischen Konstellationen nachwirkenden Handlungsbedarfs nicht – wie für eine Analogie erforderlich – vergleichbar.⁶¹ Sie ist weder ein irgendwie gearteter Anspruch gegen die GmbH wie im Falle der Erteilung eines Arbeitszeugnisses noch – wie etwa eine Buchposition – einem wenn auch entkernten und wertlosen Recht der GmbH vergleichbar. Der Zweck von § 74 Abs. 2 GmbHG besteht schlicht darin, das Einsichtsrecht nach § 74 Abs. 3 GmbHG zu festigen und die Aufdeckung von Nachtragsliquidationsbedarf entsprechend § 66 Abs. 5 GmbHG zu ermöglichen. Der methodische Sprung von § 74 Abs. 2 GmbHG zu einer umfassenden Kompetenz des Schriftenverwahrers für alle Fälle nichtvermögensbezogenen nachwirkenden Handlungsbedarf erscheint damit letztlich weiter als die Analogie zu § 273 Abs. 4 AktG.

Eine weitere Ansicht⁶² wählt den Weg über eine analoge Anwendung von § 1913 BGB. Demnach müsste im Falle nachwirkenden Handlungsbedarfs ein Pfleger bestellt werden. Geht man davon aus, dass die GmbH noch existiert, solange noch weiterer Abwicklungsbedarf besteht, ergibt sich aus dieser Lösung kein Vorteil gegenüber der Bestellung eines Nachtragsliquidators, wobei für letzteren spräche, dass das Abwicklungsverfahren nach § 273 Abs. 4 AktG immerhin im Kapitalgesellschaftsrecht geregelt ist und daher für eine Analogie die systematisch näherliegende Norm darstellt.⁶³ Geht man hingegen davon aus, dass die GmbH gemäß der („reinen“) Lehre vom Doppeltatbestand oder aufgrund konstitutiver Löschung bereits beendet ist, so fehlt es für eine analoge

Anwendung von § 1913 BGB an der vergleichbaren Interessenlage.⁶⁴ Denn § 1913 BGB basiert auf der Annahme, dass die durch den Pfleger vertretene Person zwar unbekannt oder ungewiss ist, allerdings existiert oder jedenfalls zu einem in der Zukunft liegenden Zeitpunkt existieren wird,⁶⁵ während die GmbH, für die der Pfleger handeln soll, ja gerade nicht mehr existent sein soll. Eine doppelt analoge Anwendung, um auch diese Hürde zu überwinden, muss jedoch daran scheitern, dass mit dem Nachtragsliquidationsverfahren eine methodisch näherliegende Lösung zur Verfügung steht.

Es ist nicht klar erkennbar, wie die Anhänger der „reinen“ Lehre vom Doppeltatbestand, die von der Beendigung der GmbH bei Vermögenslosigkeit und Löschung im Handelsregister ausgehen, sowie die Anhänger einer konstitutiven Löschung das Problem des nachwirkenden Handlungsbedarfs dogmatisch zu Ende denken. Dies gilt unabhängig davon, ob ein Nachtragsliquidator nach § 273 Abs. 4 AktG analog oder ein Pfleger nach § 1913 BGB analog bestellt werden oder ob der Schriftenverwahrer (§ 74 Abs. 2 GmbHG) zuständig sein soll. Denn letztlich geht es bei der Erteilung eines Arbeitszeugnisses oder der Abgabe einer Löschungsbewilligung um Handlungen der GmbH. Wenn es diese allerdings nicht mehr gibt, ist fraglich, für wen die Vorgenannten handeln sollen. Man könnte auch noch an die § 168 Satz 1, § 672 BGB, § 52 Abs. 3 HGB, § 86 ZPO denken, aus denen sich ergibt, dass Vollmachten regelmäßig über den Tod des Vollmachtgebers hinaus wirken.⁶⁶ Allerdings griffe diese Überlegung zu kurz, da eine über den Tod hinausreichende Vollmacht zur (wenn auch beschränkten) Vertretung der (Gemeinschaft der) Rechtsnachfolger des ursprünglichen Vollmachtgebers ermächtigt,⁶⁷ also durchaus ein vertretungsfähiges Rechtssubjekt vorhanden ist. Abgesehen davon sind transmortale Vollmachten der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht zuzuordnen, während die Vertretung der gelöschten GmbH Fragen der organschaftlichen Vertretungsmacht betrifft. Wenn aber der Abwickler, Pfleger oder Schriftenverwahrer nicht aus fremdem Recht handelt, bliebe nur ein Handeln aus eigenem Recht. Man müsste mithin von einer Art (partiellen?) Rechtsnachfolge auf den Handelnden ausgehen, wofür es an einem Anknüpfungspunkt im Gesetz fehlt.

Die dogmatisch sauberste Lösung bietet daher die Lehre vom erweiterten Doppeltatbestand.⁶⁸ Die Löschung der GmbH im Handelsregister ist neben der Vermögenslosigkeit und dem Fehlen nachwirkenden Abwicklungsbedarfs nur eine von drei Voraussetzungen für die Beendigung der GmbH.

Wie vorstehend in 3. a) gezeigt, sind die Vermögenslosigkeit (ggf. aufgrund der erfolgten Verteilung des Vermögens) und die Erledigung sonstigen Handlungsbedarfs die beiden Tatbestandsmerkmale des Abschlusses der Liquidation. Daher lässt

59 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 14.10.2014, 20 W 288/12, NZG 2015, 626, 627.

60 *K. Schmidt*, GmbHHR 1988, 209, 212 f.

61 MünchKomm-GmbHG/Berner, § 60 Rdnr. 52.

62 Hachenburg/*Ulmer*, GmbHG, 2015, Anh., § 60 Rdnr. 37a, 40 (pandemiebedingt zitiert nach *K. Schmidt*, GmbHHR 1988, 209, 212 Fn. 40) sowie MünchKomm-GmbHG/Berner, § 60 Rdnr. 49).

63 MünchKomm-GmbHG/Berner, § 60 Rdnr. 55.

64 *K. Schmidt*, GmbHHR 1988, 209, 212 f.

65 MünchKomm-BGB/*Schneider*, 1. Aufl. 2020, § 1913 Rdnr. 11.

66 BGH, Urteil vom 18.4.1969, V ZR 179/65, NJW 1969, 1245, 1246; MünchKomm-BGB/*Schubert*, 8. Aufl. 2018, § 168 Rdnr. 44; BeckOK-BGB/*Schäfer*, Stand: 1.5.2021 § 168; Rdnr. 8; *Sikora*, NJW 2018, 1572, 1575.

67 BGH, Urteil vom 18.6.1962, II ZR 99/61, NJW 1962, 1718, 1719.

68 MünchKomm-GmbHG/Berner, § 60 Rdnr. 51.

sich – wenig spektakulär – wie folgt zusammenfassen: Eine GmbH ist beendet, wenn die Liquidation abgeschlossen und die GmbH im Handelsregister gelöscht ist. Die vorstehende Diskussion zeigt allerdings auch, dass die Einhaltung des Sperrjahres vor Beantragung der Löschung jedenfalls in dem Fall, dass währenddessen auch sämtliche nachträgliche Abwicklungsmaßnahmen durchgeführt werden, dafür sorgt, dass die Notwendigkeit der Beantwortung kniffliger dogmatischer Fragen vermieden wird.

4. Zwischenfazit

Ein genauer Blick auf die Regelungen zur Abwicklung der GmbH offenbart, dass sich hinsichtlich der Vertretungsbefugnis und der Aufgaben der Liquidatoren sowie der Beendigung der GmbH beachtliche Rechtsfragen stellen. Gerade die Diskussion rund um die Beendigung der GmbH zeigt auch, dass die von den Gesellschaftern sehnlich herbeigewünschte Löschung im Handelsregister nach der hier vertretenen Ansicht zumindest nicht immer das endgültige Erlöschen der GmbH bedeutet und die Gesellschafter daher auch nicht sicher sein können, sich niemals wieder mit ihr beschäftigen zu müssen.

II. Die Löschung der GmbH im Handelsregister vor Ablauf des Sperrjahres

In der Praxis kann man als Notar geneigt sein, den eingangs geschilderten Wünschen junger Gründer entgegenzukommen und eine möglichst rasche Löschung der GmbH aus dem Handelsregister erwirken zu wollen. Ob und in welchen Fällen dies möglich ist, ist derzeit ungeklärt. Für zahlreiche Konstellationen gibt es bereits mehrere Entscheidungen, die sich zum Teil gegenseitig widersprechen. Und man muss zugeben: Durchaus mit jeweils guten Begründungen.

Praktisch bedeutsam sind Fälle, in denen angeblich keinerlei Vermögen mehr vorhanden, das Besteuerungsverfahren der GmbH allerdings noch nicht abgeschlossen ist. Das aufgrund von § 54 Abs. 1 Satz 1 EStDV durch den Notar über die Auflösung bereits unterrichtete FA kann vor Vollzug der Löschungsanmeldung vom Registergericht angehört werden (§ 26 FamFG), welches auf diesem Wege über aktuelle Besteuerungsverfahren informiert wird, § 379 Abs. 2 FamFG.

Zunächst muss grundsätzlich geklärt werden, welche Regelungswirkung von § 73 Abs. 1 GmbHG für den Fall ausgeht, dass kein verteilbares Vermögen vorhanden ist. Soweit ersichtlich, geht die Literatur einhellig davon aus, dass dann die Löschung der GmbH auch vor Ablauf des Sperrjahres möglich ist. Begründet wird dies methodisch überzeugend mit einer teleologischen Reduktion: Wo es kein an die Gläubiger verteilbares Vermögen gibt, der Gläubigerschutzzweck der Vorschrift also ins Leere läuft, entfaltet die Vorschrift keine Regelungswirkung.⁶⁹

⁶⁹ Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 74 Rdnr. 2a; Altmeppen, GmbHG, § 74 Rdnr. 10; BeckOK-GmbHG/Lorscheider, § 74 Rdnr. 5; MünchKomm-GmbHG/H.-F. Müller, § 73 Rdnr. 12; Freier, NZG 2020, 812, 813; OLG Jena, Beschluss vom 15.5.2019, 2 W 159/19, BeckRS 2019, 23313 (Rdnr. 17 teleologische Reduktion).

Wie vorstehend ausgeführt, ist „Vermögenslosigkeit“ jedoch nicht gleichzusetzen mit „Nichterforderlichkeit der Liquidation“. Die Liquidation ist nur dann „nicht erforderlich“, was hinsichtlich der Rechtsfolgen mit „abgeschlossen“ gleichzusetzen ist, wenn weder verteilbares Vermögen vorhanden ist, noch „sonstige Abwicklungsmaßnahmen“ ausstehen, die eine Vertretung der GmbH im Rechtsverkehr erfordern.

1. Überblick über die Rechtsprechung

Immerhin stimmt die Rechtsprechung einhellig darin überein, dass eine Löschung auch vor bzw. ohne Ablauf des Sperrjahres zumindest theoretisch möglich sein kann.⁷⁰

Das OLG Düsseldorf⁷¹ hat im Jahr 2017 sogar explizit bestätigt, dass die Löschung trotz noch laufender Besteuerungsverfahren erfolgen kann, wenn lediglich Steuernachforderungen in Rede stehen. Hiervon gingen im Jahr 2015 das OLG Jena⁷² sowie im Jahr 2016 zumindest in der Tendenz auch das OLG Hamm⁷³ aus. Ebenfalls in diese Richtung entschied im Jahr 1989 das OLG Karlsruhe.⁷⁴ Im Wesentlichen argumentieren die Gerichte damit, dass für den Fiskus nichts anderes gelten dürfe als für private Gläubiger. Das OLG Düsseldorf⁷⁵ bestätigte im Jahr 2020 seine Rechtsprechung in einem Fall, in dem die GmbH nach Ablauf des Sperrjahres unter Vorlage eines Berichts ihrer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft die Vermögenslosigkeit nachwies. Allerdings wies es das Registergericht dennoch nicht zur Eintragung der Löschung an, um sich nicht über dessen Einschätzungsprärogative im Rahmen des § 26 FamFG hinwegzusetzen.

Die vorgenannten Entscheidungen harmonisieren mit einem Beschluss des OLG Hamm⁷⁶ aus dem Jahr 2014, wonach im Falle der Amtslöschung nach § 394 FamFG allein die Zustellung von Steuerbescheiden der Löschung nicht entgegenstehe. Damit setzte sich das OLG Hamm in Widerspruch zum OLG Frankfurt a. M.,⁷⁷ das noch 2005 entschieden hatte, dass weiterer Abwicklungsbedarf trotz Vermögenslosigkeit der Amtslöschung entgegenstehe.

⁷⁰ Selbst das OLG Celle, Beschluss vom 17.10.2018, 9 W 80/18, NZG 2018, 1425 ff., lässt in seiner sehr kritischen Entscheidung zu den Möglichkeiten der Blitzlöschung in Rdnr. 14 erkennen, dass bei entsprechend ausführlichem Vortrag des Liquidators zum Abschluss der Liquidation eine Löschung denkbar sein könnte.

⁷¹ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1.2.2017, 3 Wx 300/16, NZG 2017, 663 ff.; siehe auch Beschluss vom 27.3.2014, I-3 Wx 48/14, NZG 2014, 583 ff. (zur KG).

⁷² OLG Jena, Beschluss vom 20.5.2015, 6 W 506/14, notar 2016, 21 f.

⁷³ OLG Hamm, Beschluss vom 30.8.2016, 27 W 63/16, zitiert nach juris.

⁷⁴ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 21.6.1989, 4 W 126/88, NJW-RR 1990, 100 f.

⁷⁵ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.8.2020, I-3 Wx 117/20, NZG 2020, 1277 ff.

⁷⁶ OLG Hamm, Beschluss vom 3.9.2014, 27 W 109/14, zitiert nach juris.

⁷⁷ OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 10.10.2005, 20 W 289/05, FGPrax 2006, 83 f.

Seitens des OLG Hamm und des OLG Jena finden sich jedoch auch gegenteilige Entscheidungen: So entschieden das OLG Hamm⁷⁸ im Jahr 2015 sowie das OLG Jena im Jahr 2019,⁷⁹ dass noch nicht abgeschlossene Steuerverfahren unabhängig davon, ob Steuernachforderungen oder -rückzahlungen in Aussicht stehen, der Beendigung der Liquidation und damit der Löschung entgegenstehen. Dies wird zusätzlich mit der Beschwerlichkeit der Nachtragsliquidation begründet, die es zu vermeiden gelte. Auch könne die GmbH gegen den Steuerbescheid Rechtsbehelfe einlegen wollen. Denkbar sei jedenfalls, dass die GmbH im Zuge des Steuerverfahrens doch noch zu verteilbarem Vermögen komme. Vor allem aber sei das Ergebnis des Steuerverfahrens nicht durch den Liquidator zu prognostizieren bzw. das Registergericht nicht gehalten, dessen Prognose zum Ausgang des Steuerverfahrens zugrunde zu legen. Das KG⁸⁰ führte ebenfalls 2019 aus, dass ein noch nicht abgeschlossenes Steuerverfahren der Löschung entgegenstehe. Insbesondere betont es aber den Zweck des Sperrjahres trotz durch die Liquidatoren erklärter Vermögenslosigkeit. Denn den Gläubigern sei Gelegenheit zu geben, zu prüfen, ob nicht pfändbare Ansprüche der GmbH gegen ihre Gesellschafter bestehen.

Doch auch diese Entscheidungen haben Vorläufer. Das BayObLG ließ es bereits 1983 für die Ernennung eines Nachtragsliquidators nach § 273 Abs. 4 AktG genügen, wenn noch ein Steuerbescheid zugestellt werden soll.⁸¹ Legt man den zuvor entwickelten Gedanken zugrunde, wonach die Löschung erst bei Abschluss der Liquidation, mithin nach Erfüllung allen „sonstigen Handlungsbedarfs“ hätte stattfinden dürfen, so hätte die Löschung bei vorheriger Kenntnis vom noch zuzustellenden Steuerbescheid verweigert werden müssen.

Ein recht starker Kontrast ergibt sich aus einer weiteren Entscheidung des OLG Hamm⁸² von 2016 und einer Entscheidung des OLG Celle⁸³ aus dem Jahr 2018, jeweils zur Löschung vor Ablauf des Sperrjahres. Im Fall des OLG Hamm hatte der Liquidator recht ausführlich zur Vermögenslosigkeit der GmbH vorgetragen. Das Gericht erachtete die Erklärungen des Liquidators für die Annahme der Vermögenslosigkeit als ausreichend. Es nahm an, dass es aufgrund der entsprechenden Versicherung des Liquidators keine Zweifel an der Vermögenslosigkeit der GmbH gebe, die die Zurückweisung des Löschantrags rechtfertigen könnten.

78 OLG Hamm, Beschluss vom 29.7.2015, 27 W 50/15, NZG 2015, 1159; Beschluss vom 1.7.2015, 27 W 71/15, NZG 2015, 953 f.

79 OLG Jena, Beschluss vom 15.5.2019, 2 W 159/19, NotBZ 2019, 391 ff. (m. krit. Anm. *Watoro*).

80 KG, Beschluss vom 22.7.2019, 22 W 29/18, FGPrax 2019, 211 ff. (m. Anm. *H. Schmidt*).

81 BayObLG, Beschluss vom 31.5.1983, BReg. 3 Z 13/83, BayObLGZ 1983, 130, 137.

82 OLG Hamm, Beschluss vom 2.9.2016, I-27 W 63/16, GmbHR 2017, 930 ff. (m. Anm. *Wachter*); ebenso OLG Köln, Beschluss vom 5.11.2004, 2 Wx 33/04, RNotZ 2005, 50 ff.

83 OLG Celle, Beschluss vom 17.10.2018, 9 W 80/18, notar 2019, 57 ff. (m. abl. Anm. und Formulierungsvorschlag *Freier*), NotBZ 2019, 141 ff. (m. zust. Anm. *Vossius*).

Damit bestätigte das OLG Hamm sogleich die Entbehrlichkeit des Sperrjahres bei Vermögenslosigkeit sowie die daran anknüpfende Möglichkeit eines Antrags auf Löschung vor bzw. ohne Ablauf des Sperrjahres. Zudem schränkte es die im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes bestehenden Möglichkeiten des Registergerichts auf Abweisung des Löschantrags ein, in dem es einem bestimmten Kanon an Versicherungen des Liquidators sein placet erteilte. Ausgehend von dieser Entscheidung lassen sich somit präzise Formulierungsvorschläge⁸⁴ für den „Blitzlöschantrag“ entwickeln.

Das OLG Celle hatte hingegen in einem Fall mit einer vergleichbaren Versicherung des Liquidators grundsätzliche Zweifel. Das GmbHG kenne keinen Antrag auf Löschung ohne den vorgesehenen Liquidationsprozess und Einhaltung des Sperrjahres, woraus es folgere, „Feststellungen zu nicht existenten Rechtssätzen müssen nicht getroffen werden.“ Ohne Liquidation gebe es keinen Anspruch auf Löschung. Das OLG Celle verstand den Antrag daher eher als Anregung zur Durchführung des Amtslöschantragsverfahrens. Zudem zweifelte es am Gewicht der Versicherungen der Liquidatoren hinsichtlich der Vermögenslosigkeit. Da die zu löschende GmbH auch tatsächlich noch Komplementärin einer KG war, waren diese Zweifel auch berechtigt.

2. Bewertung

Wie unschwer zu erkennen ist, ist eine verlässliche Linie der Rechtsprechung nicht ersichtlich, wenngleich die Entscheidung des OLG Celle am deutlichsten ausschert. Obwohl ihrer kritischen Positionierung gegenüber der Blitzlösung etwas abgewonnen werden kann, überzeugt die grundsätzliche Ablehnung der Möglichkeit eines Löschantrags vor Ablauf des Sperrjahres nicht. Denn die Regelung zum Sperrjahr in § 73 Abs. 1 GmbHG ist einer teleologischen Reduktion zugänglich. Den zweckentleerten Ablauf eines Jahres abzuwarten, bedeutete bloße Förmerei.

Allerdings stellt sich für die Praxis natürlich die Frage, wie konkret gegenüber dem Registergericht dazu vorzutragen ist, dass die Gesellschaft vermögenslos ist und dass auch kein weiterer Abwicklungsbedarf besteht. Aus der ergangenen Rechtsprechung lassen sich insoweit Anmeldeunterlagen erstellen, die jedoch nach der Entscheidung des OLG Celle unbedingt auch Erklärungen dazu enthalten sollten, ob die GmbH an anderen Gesellschaften beteiligt, insbesondere ob sie Komplementärgesellschaft einer KG ist. Ein solches Anmeldeunterlagen kann gleichzeitig als Checkliste für den Liquidator dienen.⁸⁵ Bezüglich noch laufender Steuerverfahren ist es angesichts der kritischen Positionierung des OLG Jena und des KG aus dem Jahr 2019 jedenfalls ratsam, zumindest darauf vorbereitet zu sein, ausführlich dazu vorzutragen, dass Steuer-rückerstattungen ausgeschlossen sind.

Die Versicherungen des Liquidators zum Abschluss bzw. zur Entbehrlichkeit der Liquidation mit Strafe zu beweisen, wäre unbillig und würde die Bereitschaft zur Übernahme des Liquidatorenamtes in der Praxis auch deutlich verringern. Dennoch darf nicht außer Acht gelassen werden, dass der die „alte“

84 *Wachter*, GmbHR2017, 930, 932 f.

85 *Freier*, notar 2019, 57, 58.

GmbH nur noch als lästig empfindende Liquidator versucht sein mag, allerhand zu versichern, wenn es nur der schnellen Löschung dient. Daher ist es richtig, dem Registergericht vor Ablauf des Sperrjahres ein gründliches Prüfungsrecht dahingehend zuzugestehen, ob die Liquidation tatsächlich beendet oder gar nicht durchzuführen ist. Vor diesem Hintergrund ist die Entscheidung des OLG Hamm aus dem Jahr 2016, die den Grundsatz der Verlässlichkeit der Erklärungen des Anmeldenden auch bei einer Löschanmeldung betonte, kritisch zu sehen. Eine „Garantie“ dahin gehend, dass bei bloßer Versicherung eines bestimmten erschöpfenden Kanons an die Entbehrlichkeit der Liquidation begründenden Indizien die GmbH im Handelsregister gelöscht werden muss, sollte es nach hier vertretener Ansicht nicht geben.

Hinsichtlich noch laufender Besteuerungsverfahren erscheint eine Differenzierung danach zutreffend, ob die Löschung vor oder nach Ablauf des Sperrjahres erfolgen soll. Da die Liquidation insgesamt dem geordneten Rückzug der GmbH aus dem Rechtsverkehr dient, was auch ihre öffentlichrechtliche Verstrickung betrifft, erscheint es angemessen, bei einem während des Sperrjahres noch laufenden Steuerverfahren dem Grundsatz Rechnung zu tragen, dass noch bestehender sonstiger Abwicklungsbedarf dem Abschluss der Liquidation entgegensteht. Dem in § 73 Abs. 1 GmbHG genannten Zeitraum (ein Jahr) dürfte der Gedanke zu entnehmen sein, dass sich eine GmbH währenddessen auch hinsichtlich sonstigen Abwicklungsbedarfs tatsächlich abwickeln lässt. Daher ist es nach hier vertretener Ansicht nicht zu beanstanden, wenn ein Registergericht eine Blitzlöschung auch dann ablehnt, wenn lediglich Steuernachzahlungen im Raum stehen, aber immerhin noch Zustellungen zu erfolgen haben. Nicht zulasten der GmbH darf es jedoch gehen, wenn nach Ablauf des Sperrjahres noch Steuerverfahren laufen, vorausgesetzt die GmbH hat ihre diesbezüglichen Mitwirkungspflichten rechtzeitig erfüllt. Etwas anderes sollte wiederum nur dann gelten, wenn Steuer-rückzahlungen zu erwarten sind, wobei die Liquidatoren in einem solchen Fall wohl selten die Löschung beantragen werden.

Zugegebenermaßen bilden die vorstehend für zutreffend befundenen Elemente keine Lösung, die den Wünschen gescheiterter Startup-Unternehmer nach einer schnellen Löschung Hoffnung machen. Allerdings ist dies auch nicht Aufgabe des Notars, der sich seiner Pflicht und Funktion zur Gewährleistung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Register zum Schutze des Rechtsverkehrs gewahr bleiben muss. Für die Frage der Möglichkeiten der Blitzlöschung kommt es letztlich auf den Einzelfall an. Es ist indes auch kaum zu erwarten, dass eine Entscheidung des BGH, soweit er sich nicht dem OLG Celle anschließt, über den zu entscheidenden Einzelfall hinaus Strahlkraft entfalten kann. Denn eine Beschränkung der Einschätzungsprärogative des Registergerichts ist nicht zu erwarten und wäre auch nicht zu begrüßen.

3. Formulierungsvorschlag

Da die Fragen zur Blitzlöschung und insbesondere zur Bedeutung des Besteuerungsverfahrens – zumindest an dieser Stelle – nicht in einer Weise mit juristischen Mitteln beantwortet werden können, die den Wünschen junger Gründer nach einer schnellen Löschung entspricht, wird die Lösung des Problems nun an anderer Stelle gesucht. Zumindest überlegenswert wäre, bereits die Gründungsberatung derart anzupassen, dass schlicht die Nachfrage nach Blitzlösungen möglichst sinkt.

Denkbar wäre, die Gründungsurkunde um folgenden Hinweis zu ergänzen:

Der Notar wies die Beteiligten darauf hin, dass das Gesetz für die Beendigung einer GmbH grundsätzlich ein Verfahren vorsieht, das aufgrund des in § 73 Abs. 1 GmbHG normierten sogenannten Sperrjahres in der Regel mindestens ein Jahr dauert und mit Kosten (etwa zur Bilanzaufstellung) verbunden ist.

Eine solche Formulierung könnte mit einem prägnanten mündlichen Hinweis kombiniert werden, der den Gründern verdeutlicht, dass das Erschaffen einer juristischen Person mit der Verantwortung einhergeht, diese ohne Schaden für den Rechtsverkehr bis zuletzt gründlich zu betreuen und sorgfältig abzuwickeln. Während die Geburt einer GmbH sehr schnell geht, dauert die Beerdigung eben häufig mindestens ein Jahr. Ein solcher Hinweis alleine wird allerdings nicht geeignet sein, die Popularität der GmbH als Unternehmensform, insbesondere im Startup-Bereich, zu brechen.

III. Fazit

K. Schmidt fragte 1988, ob das Liquidationsrecht eine terra incognita sei⁸⁶, was *Schmelz* bereits 2007 verneinte.⁸⁷ In der Tat ist die rechtswissenschaftliche Durchdringung der §§ 60 ff. GmbHG seither noch einmal weit fortgeschritten. Vertretungsbefugnis und Aufgabenbereich der Liquidatoren sind jedenfalls geklärt. Auch zum Zeitpunkt der endgültigen Beendigung einer GmbH gibt es nun eine verlässliche und auf Rechtsprechung gestützte herrschende Meinung vom erweiterten Doppeltatbestand. Auf den spannenden Details zu den Möglichkeiten einer Blitzlöschung liegt hingegen noch ein Schatten. Dieser sollte grundsätzlich mithilfe von Beratung im Vorfeld umgangen und nur in sehr wohl überlegten oder in Zukunft durch den BGH noch zu klärenden Einzelfällen mittels einer Blitzlöschanmeldung zum Handelsregister durchschritten werden.

⁸⁶ *K. Schmidt*, GmbHR 1988, 209 ff.

⁸⁷ *Schmelz*, NZG 2007, 135 ff.

Das Zusammenspiel von Gesellschaftsregister, Grundbuch und Notar* nach dem Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG)

Von Notar **Johannes Bolkart**, Straubing**

Mit dem MoPeG steht die größte Reform des Personengesellschaftsrechts seit dem Inkrafttreten von HGB und BGB vor der Tür. Das Gesetz beruht auf Vorarbeiten einer Expertenkommission („Mauracher Entwurf“),¹ hat als Referentenentwurf² zwischenzeitlich die Öffentlichkeitsbeteiligung durchlaufen und liegt seit dem 20.1.2021 als Regierungsentwurf vor.³ Es wird voraussichtlich am 1.1.2023 in Kraft treten.⁴ Die wichtigste Neuerung besteht darin, dass Gesellschaften bürgerlichen Rechts (GbR) künftig in ein neu geschaffenes „Gesellschaftsregister“ eingetragen werden können. An Immobilientransaktionen können sie sich nur noch beteiligen, wenn sie dort eingetragen sind. Die Neuregelungen gelten auch für Gesellschaften, die vor dem Inkrafttreten des MoPeG gegründet oder in das Grundbuch eingetragen worden sind. Sie sollten daher jetzt schon bei der Rechtsformwahl berücksichtigt werden. Die praktische Handhabung von Immobilien-GbR wird sich in einigen Bereichen grundlegend ändern. Der folgende Beitrag zeigt die wichtigsten Fragestellungen auf und entwickelt dazu Lösungsvorschläge. Zunächst wird ein kursorischer Überblick über die Neuregelungen des MoPeG gegeben (siehe I.). Sodann wird die Eintragung der GbR in das Gesellschaftsregister behandelt (siehe II.). Im Anschluss untersucht der Beitrag die Wechselwirkungen zwischen Gesellschaftsregister und Grundbuch einerseits (siehe III.) sowie notarieller Beurkundung andererseits (siehe IV.). Abschließend gibt es eine Bewertung und Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse (V.).

I. Überblick

1. Kodifikation

Ein wesentliches Regelungsziel des MoPeG besteht darin, das geltende Personengesellschaftsrecht lesbar zu kodifizieren. Das Recht der Gesellschaft bildete schon bei Inkrafttreten des BGB eine regelungstechnische Schwachstelle.⁵ Hinzu kam

eine nun über hundertjährige Rechtsfortbildung, die Vermögenszuordnung, Haftung und Vertretung der GbR mit den praktischen Bedürfnissen in Einklang zu bringen suchte. Ergebnis ist ein Zustand, bei dem der Gesetzeswortlaut in zentralen Fragen keine relevante Erkenntnisquelle mehr darstellt.⁶ Das MoPeG stellt insbesondere Folgendes klar:

- Personengesellschaften können nicht nur einen Gesellschafter haben. Sie werden durch einen Vertrag zwischen mindestens zwei Personen gegründet und erlöschen liquidationslos, wenn der vorletzte Gesellschafter ausscheidet; ihr Vermögen wächst dann dem verbleibenden Gesellschafter an (§ 705 Abs. 1, § 712a Abs. 1 Satz 1 BGB-E) 7. Eigene Anteile können Personengesellschaften nicht erwerben (§ 711 Abs. 1 Satz 2 BGB-E). Diese Regelungen markieren zugleich die Trennlinie zwischen juristischer Person und Personengesellschaft im Sinne des § 14 Abs. 1 BGB.⁸
- Die Gesellschaft kann entweder als bloßes Dauer-schuldverhältnis zwischen den Gesellschaftern oder als selbstständige Trägerin von Rechten und Pflichten vereinbart werden. Was man bisher als „Innen-“ und „Außengesellschaft“ bezeichnete,⁹ nennt das MoPeG künftig „nicht rechtsfähige Gesellschaft“ und „rechtsfähige Gesellschaft“ (§ 705 Abs. 2 BGB-E).
- Die rechtsfähige Gesellschaft bildet einen gegenüber ihren Gesellschaftern verselbstständigten Bezugspunkt von Rechten und Pflichten; Träger des Gesellschaftsvermögens ist die Gesellschaft, nicht die Gesellschafter (§§ 713, 705 Abs. 2 BGB-E).
- Die Gesellschafter vertreten die GbR (und nicht die anderen Gesellschafter) organschaftlich¹⁰ und nach gesetzlichem Regelstatut gemeinschaftlich (§ 720

* Das generische Maskulin in diesem Beitrag meint alle Geschlechter.

** Der Autor war 2009 Referent am BMJ und damals unter anderem mit den Neuregelungen des ERVGBG zur Behandlung der GbR im Grundbuch befasst (BT-Drucks. 16/13437).

1 https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/042020_Entwurf_Mopeg.html (Abruf am 27.5.2021).

2 https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Personengesellschaftsrecht.html (Abruf am 27.5.2021).

3 BT-Drucks. 19/27635.

4 Art. 135 MoPeG.

5 Siehe dazu Fn. 29.

6 Symptomatisch etwa § 718 Abs. 1 BGB: „Die Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen)“.

7 Bei allgemeinen Aussagen zu Personengesellschaften werden hier der besseren Lesbarkeit halber nur die Vorschriften des BGB zitiert und die Verweisungsnormen § 105 Abs. 2 HGB-E, § 1 Abs. 4 PartGG, § 1 EWIV-AG weggelassen.

8 *Fleischer*, DStR 2021, 430, 433.

9 *MünchKomm-BGB/Schäfer*, 8. Aufl. 2020, § 705 Rdnr. 260 ff.

10 BT-Drucks. 19/27635, S. 187.

Abs. 1 BGB-E). Dritte können die GbR gewillkürt vertreten, wenn die GbR sie entsprechend bevollmächtigt.¹¹

- Für Verbindlichkeiten der GbR haften die Gesellschafter grundsätzlich gesetzlich zwingend akzessorisch¹² und untereinander als Gesamtschuldner (§ 721 BGB-E).

2. Änderungen

Zudem bringt das MoPeG Änderungen gegenüber der geltenden Rechtslage:

- Die wichtigste Neuerung besteht darin, dass GbR künftig in ein neu geschaffenes „Gesellschaftsregister“ eingetragen werden können (§ 706 ff. BGB-E, siehe dazu II.).
- Während sich GbR bisher an Umwandlungen nur als Zielrechtsträger eines Formwechsels gemäß § 191 Abs. 2 Nr. 1, § 235 UmwG beteiligen konnten, sind registrierte GbR künftig zulässige Ausgangs- und Zielrechtsträger von Verschmelzungen, Spaltungen und Formwechseln (§ 3 Abs. 1 Nr. 1, § 124 Abs. 1, § 191 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 UmwG-E).
- Bisher haben Personengesellschaften ihren Sitz zwingend dort, wo die Verwaltung des Gesellschaftsunternehmens tatsächlich geführt wird.¹³ Für registrierte Personengesellschaften kann künftig ein „Vertragssitz“ vereinbart werden, der von diesem Verwaltungssitz abweicht (§ 706 Satz 2 BGB-E). Das gibt ihnen mehr örtliche und internationale Bewegungsfreiheit, jedenfalls soweit das IPR der Zielrechtsordnung es zulässt.¹⁴
- Das gesetzliche Regelstatut der GbR wird in zweierlei Hinsicht modifiziert: Stimmkraft sowie Anteil an Ergebnis und Liquidationserlös standen bisher den Gesellschafter nach Köpfen, also zu gleichen Teilen, zu. Soweit die Gesellschafter nichts anderes vereinbaren, werden diese Gesellschafterrechte in Zukunft nach dem Wert der Beiträge verteilt (§ 709 Abs. 3 Satz 1 BGB-E)¹⁵. Tod, Kündigung und Insolvenz eines Gesellschafters führten bisher zur Auflösung der Gesellschaft; künftig lassen sie den Gesellschafter ausscheiden und die Gesellschaft verbend fortbestehen (§ 723 Abs. 1 BGB-E). Das gesetzliche Regelstatut steht ausdrücklich zur Disposition der Beteiligten (§ 708 BGB).

11 BT-Drucks. 19/27635, a. a. O. (Fn. 6). Klärungsbedürftig bleibt, ob, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen die Gesellschafter Vollmachten im eigenen Namen erteilen und dadurch ihre organschaftliche Vertretungsmacht durch Dritte ausüben lassen können. Eingehend zur geltenden Rechtslage *Weber*, MittBayNot 2019, 11. Es besteht nach mir vor ein erhebliches praktisches Bedürfnis, dass General- und Vorsorgebevollmächtigte die organschaftliche Vertretungsmacht ihrer Vollmachtgeber ausüben können, insbesondere um damit Grundbesitz veräußern oder beleihen zu können.

12 BT-Drucks. 19/27635, S. 191.

13 BGH, Urteil vom 27.5.1967, II ZR 317/55, BB 1957, 799.

14 Dazu *Heckschen*, NZG 2020, 761, 763 f.

15 Die Vorschrift regelt ausdrücklich nur die Verteilung der Stimmkraft und des Anteils an Gewinn oder Verlust; es wäre jedoch wertungswidersprüchlich, diesen Maßstab nicht auch im Hinblick auf die anderen Vermögensrechte des Gesellschafters anzuwenden.

- Freie Berufe können zivilrechtlich künftig in der Rechtsform einer Personenhandelsgesellschaft ausgeübt werden (§ 107 Abs. 1 Satz 2, § 161 Abs. 2 HGB), vorausgesetzt, das anwendbare Berufsrecht lässt es zu.
- Soll die Rechtsform einer registrierten Personengesellschaft zwischen GbR, Personenhandelsgesellschaft oder Partnerschaftsgesellschaft geändert werden, ist hierfür ein besonderes Statuswechselverfahren vorgesehen (§§ 707c BGB-E, 106 Abs. 3 bis 5 HGB, § 4 Abs. 4 PartGG).
- Beschlussmängel bei Personengesellschaften führten bisher materiell zur Nichtigkeit des Beschlusses und waren prozessual unbefristet mit der Feststellungsklage oder inzident geltend zu machen.¹⁶ Künftig sind fehlerhafte Beschlüsse bei Personenhandelsgesellschaften materiell grundsätzlich wirksam und nur anfechtbar, wobei die Anfechtung prozessual mit einer befristeten Gestaltungsklage geltend gemacht werden muss (§ 110 Abs. 1, § 112 Abs. 1 Satz 1 HGB-E). Nur wenn der betroffene Beschluss unverzichtbare Rechtsvorschriften verletzt, ist er ipso iure nichtig (§ 110 Abs. 2 Nr. 1 HGB-E). Das entspricht dem aktienrechtlichen Vorbild in §§ 241 ff. AktG. Für das gesetzliche Regelstatut der GbR bleibt es bei der bisherigen Rechtslage. Allerdings können die Gesellschafter einer GbR gemäß § 708 BGB für das handelsrechtliche Anfechtungsmodell optieren und umgekehrt die Gesellschafter von Personenhandelsgesellschaften für das Nichtigkeitsmodell.¹⁷

II. Gesellschaftsregister

1. Genese

Bekanntlich durchlief die gesellschaftsrechtliche Gesamthand seit Inkrafttreten des BGB eine Transformation von einem zweckgebundenen Sondervermögen der Gesellschafter hin zu einem Rechtssubjekt, das Träger des Gesellschaftsvermögens und Bezugspunkt der sonstigen gesellschaftszweckbezogenen Rechtsverhältnisse ist.¹⁸ Hauptsächlich ließ sich so ein schlüssiges Gläubigerschutzkonzept entwickeln, bei dem grundsätzlich neben dem Gesellschaftsvermögen auch das sonstige Vermögen der Gesellschafter zwingend unbeschränkt als Haftungsobjekt zur Verfügung steht.¹⁹ Die Subjektivierung der GbR machte außerdem Gesellschafterwechsel innerhalb bestehender Rechtsverhältnisse leichter und den (fließenden) Übergang von der GbR zur OHG besser erklärbar.²⁰

16 Henssler/Strohn-Drescher, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 241 Rdnr. 5.

17 BT-Drucks. 19/27635, S. 124.

18 Rechtsentwicklung zusammenfassend nachzulesen etwa bei MünchKomm-BGB/Schäfer, § 705 Rdnr. 304 ff.

19 Bezeichnenderweise hat der BGH in seiner Grundlagenentscheidung vom 29.1.2001, II ZR 331/00, NJW 2001, 1056, nicht nur die Rechtssubjektivität der GbR, sondern auch eine grundsätzlich zwingende persönliche Gesellschafterhaftung akzessorisch zur Haftung der Gesellschaft festgestellt.

20 Dazu MünchKomm-BGB/Schäfer, § 705 Rdnr. 305.

Nebenwirkung dieser an sich begrüßenswerten Entwicklung war, dass sie gegen Ende der 16. Legislaturperiode den Rechtsverkehr in Immobiliensachen teilweise zum Erliegen brachte. Das beruhte darauf, dass einerseits ein Subjekt ohne „Subjektpublizität“²¹ entstanden war, andererseits das Grundbuch mit den Nachweismittelbeschränkungen in §§ 29, 32 GBO auf formalisierte Subjektpublizität angewiesen ist. Unter Subjektpublizität wird hier das Vorhandensein von Informationsquellen verstanden, aus denen sich der Rechtsverkehr verbindlich über die Handlungsfähigkeit eines Subjekts unterrichten kann. Das Grundbuch selbst vermittelt grundsätzlich keine Subjektpublizität. Es informiert als Objektregister über Immobiliarsachenrechte, nicht über bestimmte Kennzeichnungsmerkmale oder die rechtliche Handlungsfähigkeit des Rechtsinhabers. Beispielsweise sind Namen, Alter, Anschrift und Geschäftsfähigkeit einer natürlichen Person nicht Grundbuchinhalt gemäß §§ 891 ff. BGB; der gute Glaube daran wird nicht von § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB geschützt.²² Sieht man die GbR-Gesellschafter nicht mehr selbst als Verfügungsbefugte, sondern nur noch als Organe der Verfügungsbefugten Gesellschaft an,²³ kann sich das Grundbuchamt bei den Angaben zu den Gesellschaftern nicht mehr ohne Weiteres auf die Richtigkeitsvermutung aus § 891 BGB stützen. Andere Publizitätsquellen als ihren Gesellschaftsvertrag hat die GbR nicht, und dessen Publizität ist für das Grundbuchverfahren zu schwach. Er kann allenfalls über den Rechtszustand bei Gründung, nicht jedoch über nachträgliche Änderungen informieren. Meistens ist er nicht in grundbuchtauglicher Form geschlossen und auch in grundbuchtauglicher Form legitimiert er einen handelnden Gesellschafter nicht wie eine Vollmachtsurkunde gemäß § 172 BGB²⁴ oder eine Registereintragung gemäß § 15 HGB. Als letzter Strohalm blieben eidesstattliche Versicherungen,²⁵ die allerdings als zwar theoretisch strafbewehrte, aber letztlich doch private Zeugnisserklärungen nicht an das eigentlich von § 29 GBO vorgesehene Nachweinsniveau heranreichen.

Der BGH, der rechtsfortbildend ein neues Rechtssubjekt in die Welt gesetzt hatte, sah sich nicht in der Lage, seine eigene Rechtsfortbildung zu einem praxistauglichen Abschluss zu bringen, etwa durch eine verhältnismäßig geringfügige Erweiterung des grundbuchlichen Gutglaubensschutzes oder der

Verfügungsbefugnis der Gesellschafter.²⁶ Stattdessen rief er den Gesetzgeber zur Hilfe.²⁷ Dieser entschied, die Not durch eine schnell umsetzbare Maßnahme zu lindern. Mit einer Neuregelung, die im Kern aus einem Satz bestand (§ 899a Satz 1 BGB), wurden dem Grundbuch bestimmte Teilfunktionen eines Subjektregisters übertragen. Um Zeit zu sparen, wurde dazu kein eigenes Gesetzgebungsverfahren initiiert, sondern die Neuregelungen wurden im „Huckepackverfahren“ einem Gesetzgebungsverfahren implantiert, das thematisch zumindest artverwandt und prozedural möglichst weit fortgeschritten war. So wurden die Neuregelungen über den Bericht des Rechtsausschusses Teil des ERVGBG.²⁸

Um die richtige Vermögenszuordnung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird seit dem ersten Entwurf des BGB aus dem Jahr 1887 gerungen.²⁹ Es entbehrt nicht einer gewissen Tragikomik, dass der Gesetzgeber eine der am längsten und intensivsten diskutierten Fragen der modernen Zivilrechtsdogmatik auf diese Weise mit einer behelfsmäßigen Eilmaßnahme beantworten musste. Diese linderte zwar die größte praktische Not, sorgte allerdings nur für partielle Rechtssicherheit, denn § 899a BGB gilt ausschließlich für Immobilientransaktionen und auch dort nur zuverlässig auf der dinglichen,

26 Zu letzterem siehe Hauschild/Kallrath/Wachter/Bolkart, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 13 Rdnr. 10: Analog § 736 ZPO kann man auch die Gesellschafter als befugt ansehen, gemeinschaftlich im eigenen Namen über Gesellschaftsvermögen zu verfügen. Die rechtliche Verselbstständigung der GbR ist nicht zwingend absolut. Im Vollstreckungsrecht (§ 736 ZPO) ist sie durchbrochen und im Steuerrecht kaum vorhanden. Nur in deskriptiven Wissenschaften fallen alle Äpfel nach unten, in normativen Wissenschaften kann die rechtliche Verselbstständigung einer überindividuellen Wirkungseinheit in unterschiedlichen Bereichen unterschiedlich stark ausgeprägt sein. Insofern ist die „Rechtsfähigkeit“ der GbR ein Paradebeispiel für die Gefahren allzu begrifflichen Denkens. Mahnend schon K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 8 III 1. a): „Die Theorie der Gesamthand (...) dient dann dazu, Problemlösungen auf eine möglichst widerspruchsfreie Formel zu bringen, nicht dagegen dient sie der begrifflichen Ableitung solcher Problemlösungen“.

27 BGH, Urteil vom 25.1.2008, V ZR 63/07, NJW 2008, 1378, 1379; Beschluss vom 4.12.2008, V ZB 74/08, NJW 2009, 594, 596.

28 BT-Drucks. 16/13437.

29 Bekanntlich war die GbR dort noch als reines Schuldverhältnis vorgesehen. Siehe Protokolle der 2. Kommission in Mugdan, Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 989: „Nach dem Entw. ist die Gesellschaft prinzipiell ein rein obligatorisches Verhältnis. Die gemeinsamen Zwecke werden nur dadurch verfolgt, dass sich die Gesellschafter untereinander zu bestimmten Leistungen verpflichten. Ein Gesellschaftsvermögen im eigentlichen Sinne gibt es nicht. (...) Vermögensstücke, welche in die Gemeinschaft eingebracht oder in Folge des Erwerbs aus der Geschäftsführung gemeinschaftlich werden, stehen den Gesellschaftern nach (...) Bruchtheilen zu.“ Erst die zweite Kommission schuf für die Gesellschaft neben der Erbengemeinschaft und der ehelichen Gütergemeinschaft das dritte Gesamthandsvermögen, klärte dessen wesentlichen Strukturfragen jedoch bewusst nicht selbst, sondern überließ das Wissenschaft und Praxis. Siehe Protokolle der zweiten Kommission in Mugdan, S. 990: „Die Kom. war der Ansicht, dass eine Stellungnahme zu der wissenschaftlichen Streitfrage über das Wesen der gesamten Hand zu vermeiden sei“.

21 Dazu näher Herrler, ZGR Sonderheft 23, 2021, S. 39, 41 ff.

22 MünchKomm-BGB/Schäfer, § 891 Rdnr. 10, § 892 Rdnr. 15; BeckOK-BGB/Eckert, Stand: 1.2.2021, § 892 Rdnr. 3.

23 Zur Kritik an dieser Sichtweise siehe Fn. 26.

24 Streitstand umfassend dargestellt bei Weber, MittBayNot, 2019, 11, 22 f.

25 Dazu LG Tübingen, Beschluss vom 15.5.2009, 5 T 99/09, NJW-Spezial 2009, 466.

nicht auch auf der schuldrechtlichen Ebene.³⁰ Ein Schlusspunkt, der der Bedeutung des Themas angemessen ist, war das nicht. Daher ist es begrüßenswert, dass sich der Gesetzgeber, jetzt ohne praktische Not und zeitlichen Druck, des Themas noch einmal grundsätzlich angenommen hat und der GbR umfassende und systemgerechte Publizität durch ein autonomes Subjektregister verschafft. Neben gesellschaftsrechtlichen Gründen spielte offenbar³¹ auch eine Rolle, dass Deutschland bei der internationalen Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung unter Druck steht, weil registerlose Rechtssubjekte dort kritisch gesehen werden.³²

2. Eintragung

Die Eintragung der GbR in das Gesellschaftsregister ist freiwillig. Gemäß § 707 Abs. 1 BGB „können“ die Gesellschafter die Gesellschaft zur Eintragung anmelden. Der Gesetzgeber hat sich damit gegen ein sog. „strenges Normativsystem“³³ entschieden, bei dem die Rechtsfähigkeit von der Registrierung abhängt. Stattdessen gibt es Eintragungsanreize und Eintragungsobliegenheiten. Das Sitzwahlrecht gemäß § 706 Satz 2 BGB-E erhalten nur registrierte GbR. Als Berechtigte im Grundbuch, Gesellschafterin im Handels- oder Gesellschaftsregister, in der GmbH-Gesellschafterliste oder im Aktienregister kann die GbR künftig nur noch eingetragen werden, wenn sie im Gesellschaftsregister eingetragen ist (§ 707a Abs. 1 Satz 2 BGB-E, § 47 Abs. 2 GBO-E, § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG-E, § 67 Abs. 1 Satz 3 AktG-E). Demnach können beispielsweise Notarsozietäten ohne Grundeigentum weiterhin als nicht registrierte GbR geführt werden.

Das Verfahren zur Eintragung der GbR im Gesellschaftsregister gleicht dem der Anmeldung einer OHG zur Eintragung in das Handelsregister. § 707b BGB-E erklärt die diesbezüglichen Vorschriften des HGB für entsprechend anwendbar. Zuständig für Eintragungen im Gesellschaftsregister ist der Rechtspfleger des AG am Sitz der Gesellschaft (§ 707 Abs. 1 BGB-E, 3 Nr. 1 lit. n) RPflG-E, § 374 Nr. 2 FamFG-E, § 23a Abs. 2 Nr. 3 GVG). Die Anmeldung ist gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 HGB, § 707b Nr. 1 BGB-E elektronisch in öffentlich beglaubigter Form einzureichen. Sie hat die üblichen Angaben zu Gesellschaft und Gesellschaftern sowie deren Vertretungsbefugnis zu enthalten (§ 707 Abs. 2 Nr. 1-3 BGB). Neu ist, dass die Gesellschafter bei der Anmeldung einer GbR oder einer Personenhandelsgesellschaft zur Neueintragung in das Gesellschafts- oder Handelsregister die Versicherung abgeben müssen, dass die Gesellschaft nicht bereits in einem anderen Register eingetragen ist (§ 707 Abs. 2 Nr. 4 BGB-E, § 106 Abs. 2 Nr. 4 HGB-E).³⁴

30 MünchKomm-BGB/Kohler, § 899a Rdnr. 16 m. w. N.

31 BT-Drucks. 19/27635, S. 113, 128, 322.

32 Siehe dazu etwa FATF, Mutual Evaluation Report Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism, GERMANY, 19 February 2010, Tz. 576; abrufbar unter <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer/MER%20Germany%20full.pdf> (Abruf am 27.5.2021).

33 Dazu Fleischer, DStR 2021, 430, 434.

34 Bei der Partnerschaftsgesellschaft sieht § 4 Abs. 1 PartG-E – warum auch immer – eine entsprechende Versicherung dagegen nicht ausdrücklich vor.

Mit der Eintragung ist die Gesellschaft gemäß § 707a Abs. 2 Satz 1 BGB-E verpflichtet, als Namenszusatz die Bezeichnungen „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ oder „eGbR“ zu führen.

3. Publizität

Der Rechtsverkehr soll sich aus dem Gesellschaftsregister über Existenz, Identität und Vertretung einer eGbR informieren können.³⁵ Bezüglich der Eintragungswirkungen verweist § 707a Abs. 3 Satz 1 BGB-E auf § 15 HGB.

Es wird vertreten, die Ersteintragung in das Gesellschaftsregister entfalte keine positive Publizität gemäß § 15 Abs. 3 HGB. Die Vorschrift schütze nur den guten Glauben daran, dass *eintragungspflichtige* Tatsachen zutreffen. Da die GbR gemäß § 707 Abs. 1 BGB nur eintragungsfähig, aber nicht eintragungspflichtig sei, könne die Ersteintragung der GbR keine Publizität gemäß § 15 Abs. 3 HGB entfalten.³⁶

Das trifft nicht zu. Die Eintragung der GbR ist zwar freiwillig. Wird sie aber eingetragen, sind die Angaben zur Gesellschaft, den Gesellschaftern und ihrer Vertretungsbefugnis nicht nur eintragungsfähig, sondern eintragungspflichtig. Das ergibt sich aus dem Wortlaut des § 707a Abs. 1 Satz 1 BGB-E:

„Die Eintragung im Gesellschaftsregister *hat* die in § 707 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 genannten Angaben zu enthalten.“³⁷

Der Unterschied zu lediglich eintragungsfähigen Tatsachen zeigt sich an einem Fall des OLG Bremen.³⁸ Dort war eine GbR unter Angabe ihrer Gesellschafter als Zielrechtsträger eines Formwechsels gemäß § 191 Abs. 2 Nr. 1, § 235 UmwG in das Handelsregister eingetragen worden. Ein Gesellschaftsgläubiger nahm nun einen so im Handelsregister genannten Gesellschafter in Anspruch, der sich damit verteidigte, dass er tatsächlich nicht Gesellschafter sei. Das OLG Bremen stellte zutreffend fest, dass sich der Gläubiger nicht auf die positive Publizität nach § 15 Abs. 3 HGB berufen könne. Die Angaben zu den GbR-Gesellschaftern bei einer Eintragung gemäß § 191 Abs. 2 Nr. 1, § 235 UmwG sind nicht eintragungspflichtig, sondern allenfalls eintragungsfähig.³⁹ Auch wenn es möglicherweise praktisch wünschenswert wäre,⁴⁰ bezwecken § 191 Abs. 2 Nr. 1, § 235 UmwG nicht, den Rechtsverkehr über die GbR-Gesellschafter als potenzielle Haftungsschuldner zu informieren. Der Zweck der Vorschriften beschränkt sich darauf, den Formwechsel zu verlautbaren. Zur Kennzeichnung des Zielrechtsträgers können, müssen die Gesell-

35 BT-Drucks. 19/27635, S. 122.

36 So Geibel, ZRP 2020, 137, 139; zweifelnd Martens, AcP 2021, 68, 97 f. und Herrler, ZGR-Sonderheft 23 (2021), 39, 57.

37 Hervorhebung durch den Verfasser.

38 Urteil vom 1.10.2015, 5 U 21/14, DStR 2016, 489.

39 Nach BGH, Urteil vom 18.10.2016, II ZR 314/15, NJW 2017, 559, sind entsprechende Angaben möglicherweise nicht einmal eintragungsfähig. Auch wenn die GbR (und ihre Gesellschafter) technisch bei § 191 Abs. 2 Nr. 1, § 235 UmwG nicht in das Handelsregister eingetragen werden, bedarf es zur Kennzeichnung des Umwandlungsvorgangs einer wie auch immer gearteten Kennzeichnung des Zielrechtsträgers.

40 So Schmitt/Hörtnagl-Hörtnagl/Rinke, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 9. Aufl. 2020, § 235 Rdnr. 1.

schafter der GbR aber nicht erwähnt werden.⁴¹ Vielmehr kann der Zielrechtsträger in diesem Fall auch durch andere Kennzeichnungsmittel bezeichnet werden. Das Gesetz macht dazu keine Vorgaben.

Das ist bei § 707a Abs. 1 Satz 1 BGB-E, § 10 HGB anders. Indem die Vorschriften anordnen, dass bei der Ersteintragung einer eGbR bestimmte Angaben zur Gesellschaft, den Gesellschaften und deren Vertretungsbefugnis eingetragen und bekannt gemacht werden müssen, bezwecken sie gerade, den Rechtsverkehr verbindlich über diese Tatsachen zu informieren. Wozu sonst sollten sie publiziert werden müssen?

Es wäre auch wertungswidersprüchlich, die Publizitätswirkungen der Ersteintragung davon abhängig zu machen, ob die betroffene Gesellschaft eintragungspflichtig oder nur eintragungsfähig ist. Anderenfalls unterläge die Ersteintragung einer kaufmännischen, nicht jedoch einer kleingewerblichen oder vermögensverwaltenden Personenhandelsgesellschaft der Publizität gemäß § 15 Abs. 3 HGB. Die Übergänge von der kleingewerblichen zur kaufmännischen Personenhandelsgesellschaft und umgekehrt sind fließend. Bei Personenhandelsgesellschaften wird der Unternehmensgegenstand nicht im Register verlaubar. Für den Rechtsverkehr ist demnach aus den normativ relevanten Informationsquellen nicht erkennbar, ob man es mit einer eintragungspflichtigen oder nur eintragungsfähigen Gesellschaft zu tun hat. Von Tatsachen, die der Rechtsverkehr nicht erkennen kann, darf sein Schutz aber nicht abhängen.

Nachträgliche Änderungen der registerrelevanten Tatsachen sind bei der eGbR gemäß § 707 Abs. 3 BGB zur Eintragung anzumelden. Soweit ersichtlich, wird diesbezüglich nirgends bezweifelt, dass der Rechtsverkehr bei fehlerhaften oder unterlassenen Verlautbarungen durch § 15 Abs. 1 und 3 HGB, § 707a Abs. 3 Satz 1 BGB-E geschützt ist. Das Verkehrsschutzbedürfnis ist bei anfänglicher Unrichtigkeit des Registers nicht geringer als bei nachträglicher.

III. Gesellschaftsregister und Grundbuch

1. Überblick

Das MoPeG hebt die bisherigen Regelungen in § 899a BGB, § 47 Abs. 2 GBO auf. Subjektpublizität wird künftig nicht mehr partiell durch das Grundbuch, sondern umfassend durch das Gesellschaftsregister gewährleistet.

Eintragungen in das Grundbuch, die eine GbR oder das Recht einer GbR betreffen, sind künftig nur noch möglich, wenn die GbR im Gesellschaftsregister eingetragen ist. Sie wird dann gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 2 GBV-E nicht mehr durch Nennung ihrer Gesellschafter, sondern durch Namen, Sitz und Registerstelle bezeichnet.

Neueintragungen im Grundbuch zugunsten einer GbR sollen gemäß § 47 Abs. 2 GBO-E nur vorgenommen werden, wenn die GbR im Gesellschaftsregister eingetragen ist. In Altfällen, bei denen eine GbR unter Angabe ihrer Gesellschafter im Grundbuch eingetragen wurde, können Änderungen in das

Grundbuch nur noch eingetragen werden, nachdem die GbR registriert und im Grundbuch voreingetragen wurde. Gemäß Art. 229 § 21 Abs. 1 und 2 EGBGB-E gilt das sowohl für Veränderungen, die den Gesellschafterbestand als auch das gebuchte Recht betreffen. Eine Voreintragungspflicht besteht danach bei allen Verfügungen über ein Grundstücksrecht, Berichtigungen, die sich auf ein solches Recht beziehen, und Veränderungen im Gesellschafterbestand. Nach erfolgter Registrierung bedarf es zur Voreintragung der eGbR im Grundbuch gemäß Art. 229 § 21 Abs. 3 EGBGB-E der Bewilligung der im Grundbuch genannten Gesellschafter und, wenn die eGbR als Eigentümerin oder Erbbauberechtigte eingetragen werden soll, zusätzlich gemäß Art. 229 § 21 Abs. 3 EGBGB-E, § 22 Abs. 2 GBO der Zustimmung der vertretungsbefugten Gesellschafter für die eGbR.

Gesellschafterwechsel werden künftig nicht mehr im Grundbuch verlaubar, sondern ausschließlich im Gesellschaftsregister. Hat sich der im Grundbuch genannte Gesellschafterbestand einer GbR geändert, wird sie in einem ersten Schritt als eGbR mit geändertem Gesellschafterbestand im Gesellschaftsregister und anschließend in einem zweiten Schritt gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 2 GBV-E ohne Nennung ihrer Gesellschafter im Grundbuch eingetragen. Da Gesellschafterwechsel bei grundbesitzhaltenden GbR somit künftig außerhalb des Grundbuchs stattfinden, bedürfen sie auch keiner Unbedenklichkeitsbescheinigung gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 GrEStG mehr.⁴² Abgaben-aversen GbR-Gesellschaftern wird das entgegenkommen.

Die Voreintragungspflicht gemäß Art. 229 § 21 Abs. 1 und 2 EGBGB-E hat nur grundbuchverfahrensrechtliche Bedeutung. Materiellrechtliche Voraussetzung für den Erwerb von Immobiliarsachenrechten ist sie nicht. Beispielsweise können nicht registrierte GbR solche Rechte weiterhin aufgrund Erbfalls oder Anwachsung erwerben.⁴³ Lediglich die verfahrensrechtliche Umsetzung eines solchen Vorgangs durch Berichtigung des Grundbuchs bedarf der Eintragung in das Gesellschaftsregister.

Die dargestellten Neuregelungen gelten grundsätzlich für alle Eintragungen in das Grundbuch nach Inkrafttreten des MoPeG, also voraussichtlich ab 1.1.2023. Vorher initiierte Rechtsvorgänge können gemäß Art. 229 § 21 Abs. 4 EGBGB-E nach altem Recht, also ohne vorherige Eintragung im Gesellschaftsregister, vollendet werden, wenn vor dem Inkrafttreten eine der beiden folgenden Voraussetzungen vorlag:

- Einigung oder Bewilligung sind erklärt und Eintragungsantrag ist gestellt.
- Eine Rechtsänderung soll eingetragen werden, bezüglich derer eine Vormerkung eingetragen oder bewilligt und beantragt ist.

⁴² Bisher konnten Gesellschafterwechsel bei einer GbR nur in das Grundbuch eingetragen werden, wenn eine Grunderwerbsteuerliche Unbedenklichkeitsbescheinigung vorgelegt wurde; siehe Boruttau/Loose, Grunderwerbsteuergesetz, 19. Aufl. 2019, § 22 Rdnr. 16.

⁴³ Zum Erwerb durch Erbgang ausdrücklich BT-Drucks. 19/27635, S. 243.

⁴¹ Für Eintragungsfähigkeit auch Beck'sches Notarhandbuch/Heckschen, 7. Aufl. 2019, § 24 Rdnr. 196.

2. Identität

Gemäß § 707 Abs. 1 BGB-E können die Gesellschafter „die Gesellschaft“ zur Eintragung in das Gesellschaftsregister anmelden. Anmeldung und Eintragung müssen sich also auf eine bestimmte Gesellschaft beziehen. Maßgebliche Identifizierungsmerkmale einer eGbR sind ihr Name und ihr Sitz gemäß § 707 Abs. 2, § 707a Abs. 1 Satz 1 BGB-E, wobei ihr Name künftig gemäß § 18 HGB, § 707b Nr. 1 BGB-E firmenrechtlichen Anforderungen genügen muss. Bisher bestand für GbR weder eine Verpflichtung noch eine Obliegenheit zur Namensführung. Wurde ein Name geführt, musste dieser weder firmenrechtlichen Anforderungen genügen noch fand eine diesbezügliche Registerkontrolle statt. Im Grundbuch war die Angabe des Namens zur Identifizierung nicht nötig, weil sich die Identität einer im Grundbuch eingetragenen GbR daraus ergibt, dass die GbR zu einem bestimmten Zeitpunkt Inhaberin eines bestimmten Rechts war. Gegenüber einer Namensangabe ist dies sogar das zuverlässigere Identifizierungsmittel. Denn zwei Rechtsträger können zwar den gleichen Namen, nicht aber gleichzeitig dasselbe Grundstücksrecht haben. Daher war die Angabe von Namen und Sitz einer GbR im Grundbuch eigentlich überflüssig und von § 15 Abs. 1 lit. c) Hs. 2 GBV nur fakultativ vorgesehen.

Daraus, dass das MoPeG mit dem Namen der GbR ein Kennzeichnungsmittel für maßgeblich erklärt, das bisher zu diesem Zweck keine Rolle spielte, können sich Zuordnungsschwierigkeiten ergeben.

Das zeigt folgender Beispielsfall: Friederich, Hanns und Robert sind von ihrem Frankfurter Büro aus vermögensverwaltend tätig. Dazu haben sie vor Inkrafttreten des MoPeG in GbR deutschlandweit Wohnungen erworben und vermietet. Die GbR wurden dabei jeweils in der Erwerbssurkunde gegründet und tragen keinen Namen. Zum Portfolio gehören unter anderem eine Wohnung in der Valleystraße in München und am Alten Postplatz in Biberach. Diese beiden Wohnungen sollen nun verkauft werden. Zur Vorbereitung des Abverkaufs werden schon zu Beginn der Vermarktungsbemühungen zwei eGbR mit dem Sitz in Frankfurt a. M. und den Namen „Struwel I eGbR“ und „Struwel II eGbR“ registriert. Welcher eGbR gehört welche Wohnung?

Auf welchen Rechtsträger sich eine Eintragung bezieht, ist eine Frage ihrer Auslegung. Die Eintragung in das Register ist eine hoheitliche Entscheidung (§ 382 Abs. 1 Satz 1 FamFG) und als solche der Auslegung entsprechend §§ 133, 157 BGB fähig und bedürftig.⁴⁴ Aus Sicht eines objektivierten Empfängerhorizonts auslegungsrelevant sind dabei sämtliche Umstände, die Gegenstand der Einsichtnahme gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 HGB sind, also sowohl der gesamte Inhalt der Eintragung als auch der zugrundeliegenden Anmeldung. Das entspricht der Rechtslage bei der Auslegung einer Grundbucheintragung. Auch hier ist neben der Eintragung der Inhalt der zugrundeliegenden Bewilligung auslegungsrelevant.⁴⁵

⁴⁴ Zur Auslegung von Verwaltungsakten siehe BVerwG, Beschluss vom 23.1.2018, 8 B 30.17, BeckRS 2018, 1933, zur Auslegung von Grundbucheintragungen Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 293, 172.

⁴⁵ Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 293.

Identitätsfragen wie bei der GbR sind für das Registerverfahrensrecht neu. Im Handelsrecht muss jeder Kaufmann eine Firma führen, die sich von anderen Firmen am selben Ort unterscheidet, §§ 29, 30 HGB. Dadurch ist sichergestellt, dass es einen und nur einen Rechtsträger gibt, auf den die im Register genannten Identifizierungsmerkmale zutreffen. Entsprechendes gilt gemäß § 2 Abs. 3 PartGG für Partnerschaften.

Bei der eGbR ist das anders, wie der Beispielsfall zeigt: Nach den objektiv feststellbaren Umständen kann die Eintragung zunächst nicht durch Auslegung auf einen bestimmten Rechtsträger bezogen werden:

- Soweit potenzielle Kennzeichnungsmerkmale des Registers mit denen der bestehenden GbR übereinstimmen (Gesellschafterbestand, Sitz), treffen sie auf beide bestehenden GbR zu.
- Soweit sich die Kennzeichnungsmerkmale im Register unterscheiden (Name), treffen sie auf keine bestehende GbR zu.
- Soweit sich die Kennzeichnungsmerkmale der bestehenden GbR unterscheiden (bestimmtes Grundstückseigentum, Gründungsdatum), sind sie nicht Inhalt des Registers.

Leichter fiel die Auslegung, wenn für die eGbR Namen gewählt worden wären, die auf ein bestimmtes von der GbR gehaltenes Recht verweisen, also etwa „Struwel Valleystraße eGbR“ und „Struwel Alter Postplatz eGbR“. In einem solchen Fall wird man in der Anmeldung durch alle Gesellschafter (§ 707 Abs. 4 Satz 1 BGB-E) zugleich die konkludente gesellschaftsvertragliche Vereinbarung eines mit Anmeldung und Eintragung übereinstimmenden Namens sehen können.⁴⁶

Im Beispielsfall werden erst Umstände nach der Eintragung in das Register eine Zuordnung möglich machen, nämlich die Voreintragung je einer eGbR in das Grundbuch der beiden Wohnungen gemäß Art. 229 § 21 Abs. 1 und 3 EGBGB-E. Wird dann beispielsweise die Struwel I eGbR bei der Wohnung in Biberach und die Struwel II eGbR bei der Wohnung in München eingetragen, wird man darin zugleich die konkludente gesellschaftsvertragliche Vereinbarung entsprechender Namen bei den bestehenden GbR sehen können. Dann und erst dann stimmen die Kennzeichnungsmerkmale der beiden bestehenden GbR mit einer bestimmten Registereintragung überein. In dem Zeitraum ab Eintragung der eGbR bis zur Übereinstimmung der Kennzeichnungsmerkmale entsteht ein identitärer Schwebezustand, während dessen sich die Registereintragung noch nicht auf eine bestimmte GbR bezieht. Man sollte das zulassen und nicht annehmen, die Registrierung sei in einem solchen Fall endgültig unwirksam, weil sie sich im Zeitpunkt ihrer Eintragung noch nicht auf ein bestimmtes Subjekt bezieht. Eine ähnliche Situation entsteht, wenn die Einigung gemäß § 873 Abs. 1 BGB nach der Eintragung erklärt wird. Hier ist anerkannt, dass es keine bestimmte Reihenfolge zwischen dem Publizitätsakt der Eintragung und dem

⁴⁶ Zur potenziellen Doppelnatur der Registeranmeldung als Verfahrenshandlung und materieller Willenserklärung siehe MünchKomm-HGB/Krafka, 5. Aufl. 2021, § 12 Rdnr. 6.

Voluntativakt der Einigung gibt.⁴⁷ Der Voluntativakt kann dem Publizitätsakt nachfolgen, und damit eine Situation eintreten, in der das Grundbuch eine Rechtsänderung verlautbart, die tatsächlich noch nicht vollendet ist. Entsprechendes sollte auch bei der Registrierung einer eGbR zugelassen werden. Auch hier ist es demnach möglich, dass der Voluntativakt (konkludente Vereinbarung eines mit dem Register übereinstimmenden Namens) dem Publizitätsakt (Eintragung in das Gesellschaftsregister) nachfolgt. Die Registrierung ist dann zu dem Zeitpunkt abgeschlossen, in dem beide Elemente erstmals koinzidieren.

Wie oben dargestellt, ist auch der Inhalt der Anmeldung relevant für die Auslegung der daraufhin erfolgenden Registereintragung. Um eine leichtere Zuordnung zu ermöglichen, spricht daher bei bisher namenlosen GbR nichts dagegen, in die Anmeldung Informationen aufzunehmen, die zwar nicht eintragungsfähig, aber zur Kennzeichnung geeignet sind. Denkbar wäre etwa folgende Formulierung in einer Anmeldung:

Ohne dies zur Eintragung in das Register anzumelden, wird zur Kennzeichnung der angemeldeten Gesellschaft informativ mitgeteilt: Die Gesellschaft wurde am (...) gegründet und war am (...) als Eigentümerin im Grundbuch des AG (...) von (...) Blatt (...) eingetragen.

3. Stresstest: Falsche eGbR im Grundbuch voreingetragen

Schlüsselstelle des MoPeG-Gutgläubenschutzes ist die Voreintragung einer eGbR in das Grundbuch gemäß Art. 229 § 21 Abs. 1 bis 3 EGBGB-E. Gewährleistet das MoPeG Verkehrsschutz auch dann, wenn bei diesem Transfer die falsche eGbR ins Grundbuch gelangt? Die Antwort ist nicht ganz einfach, wie folgende Abwandlung des Beispielsfalls zeigt: Diesmal registrieren Friederich, Hanns und Robert eine „Valleystraße eGbR“ mit dem Sitz in Frankfurt a. M. und verkaufen mit ihr zunächst die Wohnung in der Valleystraße in München. Um Kosten zu sparen (Hanns und Robert müssen für die Neuanschaffung einer Mappe und eines Regenschirms sparen), registrieren sie für den anschließenden Verkauf der Wohnung am Alten Postplatz in Biberach keine weitere eGbR, sondern lassen die Valleystraße eGbR auch bei dieser Wohnung in das Grundbuch voreintragen. Sodann verkaufen und übereignen Friederich, Hanns und Robert, handelnd für die Valleystraße eGbR, die Wohnung in Biberach an Philipp. Vorher hatte Hanns seine Anteile an allen GbR an Paulinchen abgetreten, ohne dass dies in das Gesellschaftsregister eingetragen oder Paulinchen an dem Verkauf beteiligt worden wäre.

Hier können Philipp nur Gutgläubenschutzvorschriften zum Eigentum der Wohnung in Biberach verhelfen. Die Valleystraße eGbR gilt ihm gegenüber zwar gemäß § 15 Abs. 3 HGB, § 707a Abs. 3 Satz 1 BGB-E als ordnungsgemäß vertreten.⁴⁸ Sie war jedoch niemals Eigentümerin. Spätestens durch den Verkauf der Wohnung in München wurde ihre Identität dahin fixiert, die GbR zu sein, welcher die Wohnung in München ge-

hört.⁴⁹ Wie zu zeigen sein wird, sind Rechtsnatur und Wirkungen der Voreintragung gemäß Art. 229 § 21 Abs. 1 und 3 EGBGB-E nicht einfach zu bestimmen. Einen materiellen Eigentumsübergang bewirkt sie jedoch auf keinen Fall.

Wohlwollend kann man das Handeln von Friederich, Hans und Robert möglicherweise so auslegen, dass sie nicht nur im Namen der Valleystraße eGbR, sondern jedenfalls auch im Namen derjenigen GbR handelten, die tatsächlich Eigentümerin war. Diese GbR konnten Sie jedoch nach der Anteilsabtretung nicht mehr wirksam vertreten. Da die Gesellschafter gemäß § 720 Abs. 1 BGB-E nur gesamtvertretungsbefugt sind, hätte hierzu Paulinchen mitwirken müssen. Weil die Grundbuch-GbR nicht registriert ist, bestehen auch keine Gutgläubenschutzvorschriften, die über diesen Vertretungsmangel hinweghelfen könnten.⁵⁰ Oder kurz: Die als ordnungsgemäß vertreten geltende eGbR ist nicht Eigentümerin und die GbR, die Eigentümerin ist, ist nicht ordnungsgemäß vertreten.

Demnach kann Philipp allenfalls noch auf Grundlage von § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB gutgläubig Eigentum erwerben. Dazu müsste „Inhalt des Grundbuchs“ sein, dass eine gemäß Art. 229 § 21 Abs. 1 bis 3 EGBGB-E in das Grundbuch voreintragene eGbR identisch mit der bisherigen Grundbuch-GbR, oder einfacher, dass die eGbR tatsächlich Inhaberin des gebuchten Rechts ist. Zweifel ergeben sich daraus, dass die Gesetzesbegründung – im Ansatz zutreffend – ausführt, die Voreintragung gemäß Art. 229 § 21 Abs. 1 bis 3 EGBGB-E betreffe nur die Art und Weise, wie die berechnigte GbR bezeichnet werde, stelle somit einen Fall der Richtigstellung und nicht der Berichtigung des Grundbuchs dar.⁵¹

Zur Erinnerung: Mit der Berichtigung wird fehlerhafter Grundbuchinhalt korrigiert, der am öffentlichen Glauben gemäß §§ 891 ff. BGB teilhat. Die Berichtigung erfolgt gemäß § 13 Abs. 1 Satz 1 GBO auf Antrag und unterliegt den Nachweismittelbeschränkungen des § 29 GBO. Demgegenüber dient die Richtigstellung dazu, Angaben zu korrigieren, die nicht am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teilhaben. Sie ist in der GBO nicht ausdrücklich geregelt, sondern erfolgt nach allgemeinem FamFG gemäß §§ 24, 29 FamFG auf Anregung von Amts wegen im Freibeweisverfahren. Beispiel für eine Berichtigung ist die Eintragung eines Erben als neuer Eigentümer, Beispiel für die Richtigstellung wäre die Korrektur eines falsch geschriebenen Namens.⁵²

In der Konsequenz einer bloßen Richtigstellung läge, dass die Voreintragung gemäß Art. 229 § 21 Abs. 1 bis 3 EGBGB-E keinen neuen, materiell relevanten Grundbuchinhalt schafft. Im Beispielsfall würde dann nicht von §§ 891 f. BGB vermutet, dass die Valleystraße eGbR Eigentümerin der Wohnung am

⁴⁹ Dazu näher unter III. 2.

⁵⁰ Anders wäre die Lage, wenn bei Gründung eine sog. „Geburtsvollmacht“ erteilt worden wäre, mit der die Gründungsgesellschafter und alle künftig im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter bevollmächtigt werden, die GbR umfassend zu vertreten. Dann hätte § 172 Abs. 1 BGB geholfen. Näher dazu *Weber*, MittBayNot 2019, 11.

⁵¹ BT-Drucks. 19/27635, S. 256.

⁵² Zum Ganzen siehe BeckOK-GBO/*Holzer*, Stand: 1.2.2021, § 22 Rdnr. 92 ff.

⁴⁷ Siehe MünchKomm-BGB/*Kohler*, § 873 Rdnr. 109.

⁴⁸ Zur positiven Publizität bei Ersteintragung einer eGbR siehe die Ausführungen unter II. 3.

Alten Postplatz in Biberach ist. Ein gutgläubiger Erwerb wäre ausgeschlossen.

Die Begriffe der Richtigstellung und Berichtigung passen allerdings schon im Ansatz nicht zu dem Transfer gemäß Art. 229 § 21 Abs. 1 bis 3 EGBGB-E. Denn richtigstellen oder berichtigen kann man nur, was falsch ist. Die Eintragung einer GbR unter Angabe ihrer Gesellschafter ist jedoch nicht per se falsch. Sie ist nach Inkrafttreten des MoPeG nur keine verfahrensrechtlich zulässige Grundlage künftiger Buchungen mehr. Man sollte statt von „Richtigstellung“ oder „Berichtigung“ besser neutral von „Voreintragung“ und im Hinblick auf Art. 229 § 21 Abs. 1 bis 3 EGBGB-E von einer „Voreintragungsobliegenheit“ oder einem „Voreintragungserfordernis“ sprechen. Auch die amtliche Begründung verwendet in diesem Zusammenhang überwiegend diese Begriffe.⁵³

Dass die Voreintragung einer eGbR in das Grundbuch gemäß Art. 229 § 21 Abs. 1 bis 3 EGBGB-E die Art und Weise betrifft, wie die berechnigte GbR bezeichnet wird, trifft nur in den Fällen zu, in denen die richtige eGbR in das Grundbuch voreingetragen wird. Ist die eGbR nicht mit der Grundbuch-GbR identisch, betrifft der Transfer neben der Frage, auf welche Art und Weise der Berechnigte bezeichnet wird, auch die grundsätzlichere Frage, wer überhaupt Berechnigter ist. Dazu passend unterstellen Art. 229 § 21 Abs. 3 und 2 Satz 2 EGBGB-E, § 82 GBO-E den Transfer nicht dem Regelungsregime der Richtigstellung, sondern dem der Berichtigung. Ausweislich der amtlichen Begründung soll das Zustimmungserfordernis in Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 EGBGB-E, § 22 Abs. 2 GBO eine nicht mit der Grundbuch-GbR identische eGbR davor schützen, ein Recht aufgedrängt zu bekommen.⁵⁴ Dieser Schutz wäre nicht erforderlich, wenn es sich um eine bloße Richtigstellung handeln würde. Denn dann würde die Rechtsinhaberschaft der eGbR nicht Grundbuchinhalt; es würde also der eGbR keine Rechtsposition aufgedrängt, sondern die Grundbuch-GbR würde sich lediglich eine falsche Bezeichnung anmaßen. Vor Namensanmaßung schützt aber nicht formelles Grundbuch- sondern materielles Namensrecht gemäß § 12 BGB.

Nicht nur Wortlaut und Systematik, sondern insbesondere auch der Zweck der Regelungen in Art. 229 § 21 Abs. 1 bis 3 EGBGB-E spricht dafür, dass materiell der gute Glaube an die Rechtsinhaberschaft der in das Grundbuch voreingetragenen eGbR geschützt werden soll. Diesen Zweck beschreibt die amtliche Begründung so:

„[Die Voreintragung] liegt im Interesse des Rechtsverkehrs an Publizität hinsichtlich Existenz, *Identität* und ordnungsgemäßer Vertretung der Gesellschaft. Insbesondere wird dadurch trotz Aufhebung des § 899a BGB ein *gutgläubiger Erwerb* ermöglicht.“ (Hervorhebung durch den Verfasser)

Die Voreintragungsobliegenheit soll also ausdrücklich einen gutgläubigen Erwerb auch im Hinblick auf die Identität des im Grundbuch verlautbarten Rechtssubjekts ermöglichen. Die in

der amtlichen Begründung genannte Zwecksetzung hat in Wortlaut und Systematik des Gesetzes Ausdruck erhalten. Eine Voreintragungsobliegenheit sieht das Gesetz bewusst⁵⁵ nur in den Fällen vor, in denen Verfügungen zu einem gutgläubigen Erwerb führen können, also bei Immobiliarsachenrechten (Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB-E) und GmbH-Geschäftsanteilen (§ 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG-E), nicht aber auch bei Anteilen an Personenhandelsgesellschaften (Art. 50 MoPeG).

Indem § 899a BGB aufgehoben und stattdessen ein Register zur Gewährleistung umfassender Subjektpublizität geschaffen wird, sollen Schutzlücken geschlossen werden, die § 899a BGB auf schuldrechtlicher Ebene offen lässt.⁵⁶ Statt eine Schutzlücke zu schließen, würde jedoch an anderer Stelle eine größere geöffnet, wenn die Identität von eGbR und berechtigter GbR in den Fällen des Art. 229 § 21 Abs. 1 bis 3 EGBGB-E nicht materieller Grundbuchinhalt würde. Während der Erwerber bei einem Vertretungsmangel unter Geltung des § 899a BGB Eigentum erwirbt, das allenfalls kondizierbar ist, würde sonst ein Identitätsmangel im Rahmen des Art. 229 § 21 Abs. 1 bis 3 EGBGB-E den Eigentumserwerb selbst verhindern. Der Erwerber wäre nicht nur der Kondiktion, sondern der stärkeren Vindikation ausgesetzt, der Verkehrsschutz schwächer als nach § 899a BGB.

Als Ergebnis ist damit festzuhalten, dass in den Fällen des Art. 229 § 21 Abs. 1 bis 3 EGBGB-E von §§ 891 ff. BGB vermutet wird, dass die in das Grundbuch voreingetragene eGbR Rechtsinhaberin ist.

4. Kosten und Grunderwerbsteuer

Die Notargebühren für die Anmeldung einer eGbR zur Eintragung in das Gesellschaftsregister entsprechen denen bei der OHG. Bei zwei Gesellschaftern fällt eine 0,5 Gebühr aus einem Wert von 45.000 € an (§ 105 Abs. 3 Nr. 2, KV 21201 GNotKG-E); für jeden weiteren Gesellschafter erhöht sich der Wert um 15.000 €.

Die Voreintragung der eGbR in das Grundbuch gemäß Art. 229 § 21 Abs. 1 bis 3 EGBGB-E ist grundbuchgebührenfrei.⁵⁷ Grundbuchgebühren fallen gemäß KV 14110 GNotKG-E nur für die Eintragung eines Eigentümers an. Im Normalfall führt die Voreintragung jedoch nicht dazu, dass ein neuer Berechnigter eingetragen wird, sondern nur dazu, dass die Bezeichnung des Berechnigten geändert wird.⁵⁸ Solche bloßen Veränderungen von Angaben zur Bezeichnung Berechnigter, die nicht am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teilhaben, waren schon bisher⁵⁹ und sind auch nach Inkrafttreten des MoPeG grundbuchgebührenfrei. Zwar führt die Voreintragung der eGbR zu einer echten Änderung des Grundbuchinhalts, wenn die eGbR nicht mit der Grundbuch-GbR identisch ist. Allerdings soll das Grundbuchamt durch Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 2 EGBGB-E von diesbezüglichen Ermittlungen entlastet

⁵³ S. 2, 121, 130, 134, 138, 151, 225, 242, 243, 244, 255, 257, 258.

⁵⁴ BT-Drucks. 19/27635, S. 257.

⁵⁵ BT-Drucks. 19/27635, S. 310.

⁵⁶ BT-Drucks. 19/27635, S. 113, 226 f.

⁵⁷ So i. E. auch *Wilsch*, ZfIR 2020, 521, 528.

⁵⁸ Siehe III. 3. sowie BT-Drucks. 19/27635, S. 256.

⁵⁹ Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 4401.

werden.⁶⁰ Dieser Zweck würde vereitelt, wenn man das Grundbuchamt im Rahmen der Kostenerhebung für verpflichtet halten würde zu ermitteln, ob eGbR und Grundbuch-GbR identisch sind. Vielmehr hat das Grundbuchamt vom normativen Regelfall, also von Gebührenfreiheit, auszugehen.

Aus ähnlichen Gründen bedarf die Voreintragung gemäß Art. 229 § 21 Abs. 1 bis 3 EGBGB-E auch keiner Grunderwerbsteuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 GrEStG. Selbst wenn eine nicht mit der Grundbuch-GbR identische eGbR in das Grundbuch eingetragen werden sollte, führt dies nicht zu einem Grunderwerbsteuerlich relevanten Rechtsträgerwechsel, sondern allenfalls zur Eintragung einer nichtberechtigten eGbR, die gegenüber einem gutgläubigen Dritten wirksam verfügen kann. Die Pflicht einer Unbedenklichkeitsbescheinigung für die Voreintragung ergibt sich auch nicht daraus, dass möglicherweise Gesellschafterwechsel stattgefunden haben und die eGbR mit einem anderen Gesellschafterbestand in das Register eingetragen wird, als die bisherige GbR im Grundbuch. Zwar konnten nach bisherigem Recht Gesellschafterwechsel bei der GbR nur nach Vorlage der Unbedenklichkeitsbescheinigung in das Grundbuch eingetragen werden,⁶¹ nach Inkrafttreten des MoPeG werden Gesellschafterwechsel jedoch ausschließlich vom Gesellschaftsregister und nicht mehr vom Grundbuch verlaublich. Zwangsläufige Folge dessen ist, dass Fiskalinteressen bei GbR-Gesellschafterwechseln nicht mehr durch § 22 GrEStG geschützt sind. Das gilt unabhängig davon, ob sich Gesellschafterwechsel im Rahmen einer Voreintragung gemäß Art. 229 § 21 Abs. 1 bis 3 EGBGB-E vollziehen oder nicht.

IV. Gesellschaftsregister und Notar

Gemäß § 47 Abs. 2 GBO, Art. 229 § 21 Abs. 1 und 2 EGBGB-E können Neueintragungen für und Veränderungen bei GbR im Grundbuch nur noch dann eingetragen werden, nachdem die GbR in das Gesellschaftsregister eingetragen ist. Nicht registrierte GbR werden damit „registerrechtlich immobilisiert“,⁶² jedoch nicht daran gehindert, sich am notariellen Beurkundungsverfahren zu beteiligen. Da die Registrierung Zeit kostet, werden Mandanten bei Immobilientransaktionen gelegentlich den Wunsch haben, die Anmeldung zum Register und die Immobilientransaktion nicht sukzessiv sondern in einem Termin zu beurkunden und sodann parallel zu vollziehen. Beurkundungsverfahrenrechtlich ist das zwar möglich, in der Regel wird sich damit der Zweck der Registrierungspflicht jedoch nicht verwirklichen lassen.

1. Veränderungen bei dem Recht einer GbR

a) Grundsatz: Erst registrieren, dann beurkunden

Veränderungen bei dem Recht einer GbR können gemäß Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB-E nur in das Grundbuch eingetragen werden, nachdem die GbR registriert und die registrierte eGbR in das Grundbuch voreingetragen wurde. Das bezweckt zweierlei:

⁶⁰ BT-Drucks. 19/27635, S. 256 f.

⁶¹ Boruttau/Loose, Grunderwerbsteuergesetz, 19. Aufl. 2019, § 22 Rdnr. 16.

⁶² BT-Drucks. 19/27635, S. 170.

Zum einen soll die Transaktion, die Auslöser der Voreintragung ist, dem MoPeG-Gutgläubensschutzregime durch Gesellschaftsregister und Grundbuch unterstellt werden. Diese Zwecksetzung ergibt sich ausdrücklich aus der amtlichen Begründung⁶³ sowie daraus, dass eine Voreintragungsobliegenheit nur dort vorgesehen ist, wo ein gutgläubiger Erwerb möglich ist, also bei Immobiliarsachenrechten (Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB-E) und GmbH-Geschäftsanteilen (§ 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG-E), nicht aber auch bei Anteilen an Personenhandels-gesellschaften (Art. 50 MoPeG).

Zum anderen verhindert die Voreintragungsobliegenheit bei Vorgängen, die nicht zum Ausscheiden der GbR aus dem Grundbuch führen, dass eine normativ unerwünschte Registerlage perpetuiert wird. Die Voreintragung der eGbR schafft in diesen Fällen auch für künftige Verfügungen die Grundbuch- und Registervoraussetzungen eines gutgläubigen Erwerbs. Dem erweiterten MoPeG-Gutgläubensschutz werden die Beteiligten grundsätzlich unabhängig davon unterworfen, ob sie ihn wünschen. Eine Option, bei Alteintragungen aus Kostengründen für den etwas schwächeren Transaktionsschutz des bisherigen § 899a BGB zu optieren, sieht das Gesetz nicht vor.

Der genannte Gesetzeszweck lässt sich grundsätzlich nicht verwirklichen, wenn bei der Beurkundung einer Immobilientransaktion eine noch nicht registrierte GbR die dinglichen Vollzugserklärungen abgibt und erst danach in das Gesellschaftsregister eingetragen wird. Der Gutgläubensschutz aus § 15 Abs. 3 HGB, § 707a Abs. 3 Satz 1 BGB-E wirkt erst ab dem Zeitpunkt, in dem die eGbR in das Gesellschaftsregister eingetragen wird.⁶⁴ Die Eintragung schützt nicht den guten Glauben daran, dass die handelnden Gesellschafter schon vor der Eintragung vertretungsbefugt waren. Auch dann nicht, wenn die noch nicht registrierte GbR bei der Beurkundung Dritten Vollmacht erteilt, die dinglichen Vollzugserklärungen abzugeben. Dann könnte zwar das Vertretergeschäft nach der Registrierung stattfinden, aber die Vollmachtserteilung unterläge nicht dem Registerschutz.

Das alles gilt jedenfalls im Rahmen des materiellen Konsensprinzips gemäß § 20 GBO, da hier die dinglichen Vollzugserklärungen beurkundet werden müssen, um die grundbuchverfahrensrechtlichen Nachweiserfordernisse zu erfüllen.⁶⁵ Möchten beispielsweise bei einem Verkauf die Gesellschafter einer verkaufswilligen, noch nicht registrierten GbR die Käufer möglichst früh binden, bleibt nichts anderes, als zunächst nur das Verpflichtungsgeschäft zu beurkunden und die Auflassung erst nach Registrierung zu erklären. (Will der Käufer keinen zweiten Notartermin wahrnehmen, kann er einen vom Verbot der Mehrfachvertretung befreiten Gesellschafter der Verkäufer-GbR bevollmächtigen, die Auflassung zu erklären.)

Etwas weniger eindeutig ist die Rechtslage bei Verfügungen im Rahmen des formellen Konsensprinzips gemäß § 19 GBO. Hier müssen die materiellen dinglichen Vollzugserklärungen

⁶³ BT-Drucks. 19/27635, S. 255.

⁶⁴ Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Gehrlein, Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. 2020, § 15 Rdnr. 36; MünchKomm-HGB/Krebs, § 15 Rdnr. 99.

⁶⁵ Bauer/Schaub/Kössinger, GBO, 4. Aufl. 2018, § 20 Rdnr. 206.

weder vom Grundbuchamt geprüft noch notariell beurkundet werden. Auch wenn verlangt werden würde, dass die verfahrensrechtliche Bewilligung erst nach Registrierung der eGbR erklärt wird, könnte das materiell keinen gutgläubigen Erwerb sicherstellen. Denn die materielle Einigung gemäß § 873 Abs. 1 BGB könnte auch vorher zu einem Zeitpunkt erklärt worden sein, zu dem noch kein Registerschutz bestand. Letztlich dürfte es dennoch richtiger sein, die Voreintragung auch schon für die Bewilligung im Rahmen des formellen Konsensprinzips zu fordern. Auch wenn sich so materieller Gutgläubensschutz nicht mit absoluter Gewissheit gewährleisten lässt, wird dennoch die Funktionsfähigkeit des Grundbuchverfahrens gesichert. Denn ohne Voreintragung der verfügenden GbR in das Gesellschaftsregister fehlt dem Grundbuch ein maßgebliches Erkenntnismittel. Die Vermutungen gemäß § 891 Abs. 1, § 899a Satz 1 BGB gelten auch gegenüber dem Grundbuchamt und haben für den reibungslosen Ablauf des Grundbuchverfahrens grundlegende Bedeutung. Das Grundbuchamt kann grundsätzlich ohne weitere Nachweise davon ausgehen, dass der eingetragene Berechtigte oder Gesellschafter einer GbR für diese bewilligungsbefugt ist.⁶⁶ Bewilligt eine nicht registrierte GbR nach Inkrafttreten des MoPeG eine Eintragung in das Grundbuch, fehlen dem Grundbuchamt Erkenntnismittel, wer die GbR vertreten kann. Die Vermutung gemäß § 899a Satz 1 BGB, dass die eingetragenen Gesellschafter vertretungsbefugt sind, verliert grundsätzlich⁶⁷ gemäß Art. 1 Nr. 1, § 135 MoPeG-E am 1.1.2023 ihre Wirkung. Das Grundbuchamt kann die Vertretungsbefugnis der Gesellschafter im Rahmen einer Bewilligung ab diesem Tag nicht mehr aus deren Eintragung in das Grundbuch ableiten. Aus diesem Grund erklärt Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 2 Hs. 1 EGBGB-E die im Grundbuch noch verlautbarten Gesellschafter ausnahmsweise ausdrücklich verfahrensrechtlich für befugt, die Voreintragung der eGbR in das Grundbuch für die Grundbuch-GbR zu bewilligen.⁶⁸ Da also § 899a Satz 1 BGB ab dem 1.1.2023 dem Grundbuchamt bei der Prüfung der Bewilligungsbefugnis keinen Vertretungsnachweis mehr liefert, muss an dessen Stelle der Vertretungsnachweis durch das Gesellschaftsregister treten. Dieser Nachweis kann nur erbracht werden, wenn die GbR in dem Zeitpunkt registriert ist, in dem für sie die Bewilligung erklärt wird. Auch hier schafft es keine Abhilfe, wenn beispielsweise dem Notar vorher von einer nicht registrierten GbR Vollmacht erteilt wird, die Bewilligung nach Registrierung durch Eigenurkunde zu erklären. Die Befugnis der handelnden Gesellschafter, für die GbR die Vollmacht zu erteilen, könnte hier nicht durch die erst später erfolgte Eintragung in das Gesellschaftsregister grundbuchtauglich nachgewiesen werden.

Danach ist festzuhalten, dass grundbuchvollzugsfähige Verfügungen und Bewilligungen oder Vollmachten für solche Rechtshandlungen von GbR grundsätzlich erst nach deren Registrierung beurkundet oder unterschrittsbeglaubigt werden können.

66 Bauer/Schaub/Kössinger, GBO, § 19 Rdnr. 136 und Bauer/Schaub-Bayer/Lieder, Allgemeiner Teil, Abschn. J. Rdnr. 25.

67 Ausnahme Art. 229 § 21 Abs. 4 EGBGB-E.

68 BT-Drucks. 19/27635, S. 257.

b) Ausnahmen

Gemäß Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB-E besteht eine Obliegenheit zur Voreintragung der eGbR bei allen „Eintragungen, (...) die ein Recht einer [GbR] betreffen.“ Die amtliche Begründung führt dazu aus, die Regelung betreffe die „Veräußerung und sonstige Übertragung eines Rechts“. ⁶⁹ Das greift zu kurz. Ihrem Wortlaut und ihrem Zweck nach, die Publizitätsvoraussetzungen eines gutgläubigen Erwerbs zu schaffen, gilt die Vorschrift nicht nur für Veräußerungen/Übertragungen, sondern auch für alle anderen Arten von Verfügungen im Sinne von § 892 Abs. 1 Satz 1, § 893 BGB, also auch für die Belastung, Inhaltsänderung und Aufhebung von Rechten.

Folgende teleologische Reduktion ist allerdings geboten: Wie dargestellt besteht der Zweck der Voreintragungsobliegenheit gemäß Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB-E darin, einen gutgläubigen Erwerb zu ermöglichen und zu verhindern, dass eine normativ unerwünschte Registerlage (Eintragung einer GbR unter Bezeichnung nur durch ihre Gesellschafter) perpetuiert wird. Diese Zwecke rechtfertigen dann keine Voreintragung, wenn in das Grundbuch eingetragen soll, dass die GbR aufgrund Gesetzes nicht mehr Inhaberin des gebuchten Rechts ist. Das ist der Fall, wenn das gebuchte Recht durch Anwachsung (§ 712a Abs. 1 Satz 2 BGB-E), Verschmelzung oder Spaltung (§ 3 Abs. 1 Nr. 1, §§ 39 ff., 124 Abs. 1 UmwG-E) auf einen anderen Rechtsträger übergegangen ist oder wenn die GbR formgewechselt wurde (§ 191 Abs. 1 Nr. 1, §§ 214 ff. UmwG-E). In diesen Fällen scheidet die GbR aus dem Grundbuch aus. Nichteintragung in das Gesellschaftsregister perpetuiert also keine normativ unerwünschte Grundbuchlage. Und ein gutgläubiger Erwerb ist ausgeschlossen, da entweder überhaupt kein Rechtsübergang stattgefunden hat (Formwechsel) oder er sich auf gesetzlicher Grundlage vollzogen hat, also ohne die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs.⁷⁰ Eine Voreintragung nützt in diesen Fällen nichts. Das sieht auch die amtliche Begründung so, wenn sie ausführt, warum bei Verfügungen über Anteile an Personengesellschaften keine Voreintragungsobliegenheit vorgesehen ist:

„Das [Interesse des Rechtsverkehrs, sich rechtssicher aus dem Gesellschaftsregister über Existenz, Identität und ordnungsmäße Vertretung zu informieren] allein rechtfertigt die Belastungen, die mit einer Eintragung im Gesellschaftsregister verbunden sein können, aber noch nicht. Der Unterschied zu der im Entwurf vorgesehenen Voreintragungsobliegenheit bei Veräußerung eines Geschäftsanteils einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung rechtfertigt sich aus dem Umstand, dass § 16 Abs. 3 GmbHG die Möglichkeit eines Gutgläubenserwerbs vorsieht. Damit fehlt es bei Verfügungen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts über ihren Personenhandelsgesellschaftsanteil an einem normativen Anknüpfungspunkt für ein Voreintragungserfordernis.“⁷¹

69 BT-Drucks. 19/27635, S. 254.

70 Gutgläubiger Erwerb ist nur bei rechtsgeschäftlichen Verfügungen, nicht aber auch bei gesetzlichen Rechtsveränderungen möglich; siehe MünchKomm-BGB/Kohler, § 892 Rdnr. 24, 31 f.

71 BT-Drucks. 19/27635, S. 310 f.

Man sollte aber noch weiter gehen und entsprechend § 40 Abs. 1 GBO Ausnahmen von der Voreintragungspflicht auch bei rechtsgeschäftlichen Verfügungen zulassen, durch die ein Recht der GbR übertragen oder aufgehoben wird und die GbR dadurch aus dem Grundbuch ausscheidet. § 40 Abs. 1 GBO bezweckt, die Transaktionsbeteiligten von dem Aufwand zu entlasten, der mit der Voreintragung einer Gesamtrechtsnachfolge verbunden ist, wenn und weil der Berechtigte mit der nachfolgenden Verfügung ohnehin aus dem Grundbuch ausscheidet.⁷² Das lässt sich auf die Voreintragung gemäß Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB-E entsprechend und erst recht übertragen. Die Voreintragung einer eGbR und eines Erben in das Grundbuch ähneln sich: Die Voreintragung des Erben erfolgt durch Grundbuchberichtigung und auch die Voreintragung einer eGbR wird durch Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 2 EGBGB-E verfahrensrechtlich wie eine Grundbuchberichtigung behandelt.⁷³ Scheidet eine GbR wegen der Übertragung oder Aufhebung eines Rechts aus dem Grundbuch aus, führt die unterlassene Voreintragung in das Gesellschaftsregister auch nicht dazu, dass eine normativ unerwünschte Grundbuchlage perpetuiert wird. Das ist nur der Fall bei Verfügungen, bei denen die GbR im Grundbuch eingetragen bleibt (Belastung und Inhaltsänderung). Zwar werden ohne Voreintragung gemäß Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB-E für die betroffene Verfügung nicht die Publizitätsvoraussetzungen eines gutgläubigen Erwerbs geschaffen. § 40 Abs. 1 GBO gewichtet das Interesse der Transaktionsbeteiligten an der Entlastung von Transaktionsaufwand jedoch höher als Verkehrsschutzinteressen. Die von § 40 Abs. 1 GBO für entbehrlich erklärte Voreintragung könnte die grundbuchlichen Voraussetzungen für den gutgläubigen Erwerb vom Scheinerben oder erbscheinmäßig nicht entsprechend legitimierten Erben schaffen.⁷⁴ Dennoch erklärt § 40 GBO die Voreintragung für entbehrlich, nimmt also Transaktionsrisiken in Kauf, um den Transaktionsaufwand zu reduzieren. Für die Voreintragung einer eGbR gilt dieser Gedanke erst recht, weil dort der ersparte Transaktionsaufwand in der Regel sogar höher ist. Die von § 40 GBO für entbehrlich erklärte Voreintragung des Erben müsste nur in ein Register eingetragen werden (Grundbuch) und ist gemäß KV 14110 Nr. 2 (1) GNotKG zwei Jahre nach dem Erbfall grundbuchgebührenfrei. Der Berichtigungsantrag kann formfrei und kostenlos gestellt werden. Dagegen erfordert die Voreintragung der eGbR zwei Registereintragungen (Gesellschaftsregister und Grundbuch). Anmeldung und Eintragung einer eGbR in das Gesellschaftsregister sowie Bewilligung der Voreintragung sind stets kostenpflichtig. Lässt man hier Ausnahmen von der Voreintragungspflicht zu, ist der ersparte Transaktionsaufwand also in der Regel größer als im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 40 Abs. 1 GBO.

Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten, dass die Voreintragung einer eGbR gemäß Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB-E in allen Fällen entbehrlich ist, in denen die GbR aus dem Grundbuch ausscheidet, weil sie aufgrund Gesetzes oder rechtsge-

schäftlicher Übertragung oder Aufhebung nicht mehr Inhaberin des gebuchten Rechts ist. Bei der Eintragung dieser Vorgänge kann das Grundbuchamt die Befugnis der Gesellschafter zur Vertretung der GbR bei den entsprechenden Verfügungen und Bewilligungen nach dem 1.1.2023 zwar nicht mehr aus der dann außer Kraft tretenden Vermutung in § 899a Satz 1 BGB ableiten,⁷⁵ die verfahrensmäßige Legitimation ergibt sich in diesen Fällen jedoch aus einer entsprechenden Anwendung von Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 2 Hs. 1 EGBGB-E. Die Vorschrift erklärt die im Grundbuch genannten Gesellschafter für befugt, die Eintragung der eGbR in das Grundbuch zu bewilligen, weil und obwohl die Grundbuch-Gesellschafter nicht mehr von § 899a Satz 1 BGB legitimiert sind. Könnten die Grundbuch-Gesellschafter aber gemäß Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 2 Hs. 1 EGBGB-E noch die Voreintragung der eGbR bewilligen, so ist es ein Gebot der Folgerichtigkeit, sie als vom Grundbuch auch im Hinblick auf solche Vorgänge als legitimiert anzusehen, die anstelle der entbehrlichen Voreintragung in das Grundbuch eingetragen werden.

2. Neueintragung einer GbR

Soll für eine noch nicht registrierte GbR im Rahmen des formellen Konsensprinzips gemäß § 19 GBO ein Recht eingetragen, also beispielsweise eine Grundschuld bestellt werden, kann diese Eintragung von dem Betroffenen bewilligt und der Notar bevollmächtigt werden, die eGbR nach Registrierung grundbuchtauglich durch Eigenurkunde⁷⁶ zu bezeichnen.

Im Rahmen des materiellen Konsensprinzips gemäß § 20 GBO wird es nach Inkrafttreten des MoPeG nicht mehr möglich sein, eine grundbuchvollzugsfähige Auflassung oder Erbbaurechtsbestellung zugunsten einer bereits bestehenden, noch nicht in das Gesellschaftsregister eingetragenen GbR zu beurkunden.

Nach bisherigem Recht ließ der BGH den Vollzug einer Auflassung an eine bestehende GbR alleine aufgrund der Erklärung der Gesellschafter zu, dass die GbR besteht und sie als ausschließliche Gesellschafter zu ihrer Vertretung befugt sind.⁷⁷ Diese Nachweiserleichterung war nötig, weil unter strenger Geltung der Nachweismittelbeschränkungen gemäß § 29 GBO bestehende GbR kein Grundstückseigentum oder Erbbaurecht mehr erwerben konnten, sie also anderenfalls vom Rechtsverkehr teilweise ausgeschlossen worden wären.

Das trifft nach Inkrafttreten des MoPeG nicht mehr zu. Bestehende GbR können Grundstückseigentum und Erbbaurechte im Rahmen des § 20 GBO erwerben, sobald sie in das Gesellschaftsregister eingetragen sind. Praeter-legaler Nachweiserleichterungen bedarf es dazu nicht mehr. Das Gesellschaftsregister soll Transaktionen auf eine verbindliche, formalisierte Publizitätsgrundlage stellen und die Transaktionsbeteiligten, zu denen auch das Grundbuchamt gehört, davon entlasten, sich über Existenz, Identität und ordnungsgemäße Vertretung aus anderer, unsicherer Quelle informieren zu müssen.

⁷² Zum Normzweck siehe Bauer/Schaub/Bauer, GBO, § 40 Rdnr. 1 ff.

⁷³ BT-Drucks. 19/27635, S. 256: Richtigstellung mit den Mitteln einer Berichtigung. Kritisch dazu oben III. 3.

⁷⁴ Dazu Weber, DNotZ 2018, 884, 887.

⁷⁵ Siehe dazu IV. 1. a).

⁷⁶ Dazu Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 164.

⁷⁷ BGH, Beschluss vom 28.4.2011, V ZB 194/10, NJW 2011, 1958.

Aus diesem Grund kann auch die Zustimmung zur Voreintragung einer eGbR als Eigentümerin oder Erbbauberechtigte gem. Art. 229 § 21 Abs. 3 EGBGB-E, § 22 Abs. 2 GBO erst nach Registrierung grundbuchvollzugsfähig erklärt werden. Ein zweiter Notartermin nach der Anmeldung zum Register ist dazu unumgänglich.

Dagegen wird es auch nach Inkrafttreten des MoPeG möglich sein, eine grundbuchvollzugsfähige Auflassung an eine GbR zu beurkunden, die in der Erwerbsurkunde gegründet und sodann in das Gesellschaftsregister eingetragen wird. Eine praktische Rolle wird das vor allem beim Kauf durch und der Einbringung in eine ad hoc gegründete GbR spielen. Die Lage ähnelt der bei einer Auflassung an eine „Personenhandelsgesellschaft in Gründung“, also an ein Rechtsgebilde, das GbR oder Personenhandelsgesellschaft ist und erst noch in das Handelsregister eingetragen werden muss. Eine solche Auflassung wird derzeit für grundbuchvollzugsfähig gehalten.⁷⁸ Bei der Auflassung an eine in der Erwerbsurkunde gegründete GbR wird die Transaktion zwar nicht durch formalisierte Registerpublizität legitimiert, normativ gleichwertige Transaktionssicherheit kann aber durch den Notar sichergestellt werden. Die GBO bestimmt notarielle Urkunden und öffentliche Register gemäß §§ 29, 32 GBO als gleichwertige Informationsquellen. Eine Urkunde, in der eine GbR gegründet und sodann Grundbesitz an sie aufgelassen wird, hat im Hinblick auf Existenz, Identität und ordnungsgemäße Vertretung der GbR rechtsbegründende Wirkung. Anders als Eintragungen in ein Register können die diesbezüglichen Informationen in der Gründungsurkunde nicht falsch sein. Eines zusätzlichen registerlich vermittelten Gutgläubensschutzes gemäß § 15 Abs. 3 HGB, § 707a Abs. 3 Satz 1 BGB-E bedarf es daher nicht.

Gemäß § 47 Abs. 2 GBO-E kann die Auflassung erst vollzogen werden, nachdem die GbR in das Gesellschaftsregister eingetragen ist. Dem Grundbuchamt muss dann nachgewiesen werden, dass Auflassungsempfängerin und eGbR identisch sind. Dieser Nachweis kann durch eine entsprechende Bestätigung des Notars gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO geführt werden.⁷⁹ Der Notar kann die Identität feststellen, wenn die Gründung der GbR beurkundet, die so gegründete GbR von den Gründungsgesellschaftern zur Eintragung in das Gesellschaftsregister angemeldet und diese Anmeldung sodann durch Eintragung vollzogen ist. Die Identität von gegründeter und angemeldeter GbR wird sich in der Regel aus den Gesamtumständen (Gründung und Anmeldung in unmittelbar aufeinander folgenden URNrn.) ergeben und noch zuverlässiger, wenn Gründung und Anmeldung in einer Urkunde enthalten sind⁸⁰ oder im Text der Anmeldung zur Kennzeichnung der GbR informatorisch auf den Erwerbsvorgang Bezug genommen wird.⁸¹ Dass eine entsprechende notarielle „Identitätsbestätigung“ einen grundbuchtauglichen Nachweis darstellt, resultiert aus folgender Überlegung: Die Voreintragung der

eGbR gemäß Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 2 EGBGB-E erfolgt aufgrund Bewilligung der „verlierenden“ Grundbuch-GbR und Zustimmung der „gewinnenden“ eGbR. Diese Erklärungen bestimmt das Gesetz als für das Grundbuchamt maßgebliche Nachweismittel, auf deren Basis es die Identität zwischen Grundbuch-GbR und eGbR feststellen kann.⁸² Von weitergehenden Ermittlungen wird das Grundbuchamt dadurch entbunden. Urkundssystematisch wird hier ausnahmsweise ein Nachweis durch private Zeugniserklärung (enthalten in einer öffentlichen Urkunde) zugelassen. Demgegenüber stellt eine notarielle „Identitätsbescheinigung“ eine öffentlich bezeugende Urkunde dar, normativ also einen verlässlicheren Nachweis als der von Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 2 EGBGB-E für ausreichend erklärte.

V. Bewertung und Zusammenfassung

- Das Gesellschaftsregister ist eine schlüssige Antwort auf die Rechtssubjektivität der GbR. Dass bisher das Grundbuch als Objektregister der GbR partielle Subjektivität gewährt, ist systemwidrig. Das MoPeG beseitigt diese Schiefelage, anstatt sie durch eine Erstreckung des § 899a BGB auf das Kausalverhältnis zu vertiefen. Von der Subjektivität des Gesellschaftsregisters können so auch Transaktionen außerhalb des Immobilienbereichs profitieren.
- Dass das Grundbuch der GbR bisher Objekt- und Subjektivität gewährt, subventioniert die GbR sachgrundlos gegenüber anderen Rechtsformen. Praktisch werden GbR häufig auf externen Rat anstelle der Bruchteilsgemeinschaft verwendet. Wie die Bruchteilsgemeinschaft löst die GbR bisher bei der Gründung keinen zusätzlichen Registeraufwand aus. Danach sind die Transaktionskosten bei der GbR geringer als bei der Bruchteilsgemeinschaft, weil Veränderungen der Beteiligungsverhältnisse nicht beurkundungsbedürftig sind und teilweise keine Grundbuchkosten auslösen. Der kostenmäßige Wettbewerbsvorteil der GbR gegenüber anderen Rechtsformen beruht darauf, dass das Grundbuch der GbR systemwidrig Subjektivität als kostenfreie Beigabe zur Objektpublizität gewährt. Bei anderen Gesellschaftsformen muss Subjektivität durch externen Registeraufwand erkaufte werden. Das MoPeG beseitigt diese sachlich nicht gerechtfertigte Bevorzugung der GbR. Voraussichtlich wird künftig wieder häufiger die Bruchteilsgemeinschaft anstelle der GbR genutzt. Denjenigen, die Wert auf kostenpflichtige Subjektivität legen, stand schon bisher die vermögensverwaltende OHG zur Verfügung. Praktische Bedeutung erlangte diese Rechtsform im Immobilienbereich aber nicht. Das ist auch für die eGbR zu erwarten. Immerhin wird sie bei der Abwicklung von Alteintragungen im Grundbuch notwendigerweise noch eine gewisse Zeit eine Rolle spielen.
- Das Gesellschaftsregister verwendet mit dem Namen der eGbR ein Kennzeichnungsmittel, das bisher bei Immobilientransaktionen nicht relevant war. Das kann

78 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 981c.

79 Zur Zuständigkeit des Notars für solche Bestätigungen siehe BeckOK-BNotO/Sander, Stand: 1.2.2021, § 24 Rdnr. 50 f.

80 Zum öffentlich einsehbaren Gesellschaftsregister wird man in diesem Fall nur eine auszugsweise elektronische Abschrift einreichen, die lediglich die Anmeldung wiedergibt.

81 Zur Auslegungsrelevanz solcher Angaben siehe II. 2.

82 BT-Drucks. 19/27635, S. 257.

zu Schwierigkeiten bei der Zuordnung von Register-
eintragungen zu bestehenden GbR führen, die keinen
oder keinen registertauglichen Namen haben. Solche
Probleme sind durch Auslegung der Registereintragung
zu lösen. Dazu können in der Anmeldung informatorisch
kennzeichnungstaugliche, aber nicht eintragungsfähige
Tatsachen mitgeteilt werden. Die Zuordnung einer
Registereintragung zu einer bestehenden GbR kann sich
auch aus Umständen ergeben, die nach der Eintragung
eintreten.

- Gesellschaftsregister und Grundbuch schützen den
guten Glauben an Existenz, Identität, ordnungsgemäße
Vertretung und Verfügungsbefugnis der GbR lückenlos.
- Sollen Veränderungen bei dem Recht einer GbR in das
Grundbuch eingetragen werden, können künftig die
entsprechenden Erklärungen grundsätzlich erst dann

grundbuchvollzugsfähig beurkundet werden, nachdem
die betroffene GbR in das Gesellschaftsregister einge-
tragen wurde. Registrierung und Voreintragung sind
ausnahmsweise entbehrlich, wenn die GbR aufgrund
Gesetzes, Übertragung oder Aufhebung eines Rechts
aus dem Grundbuch ausscheidet.

- Soll eine GbR im Rahmen des formellen Konsensprin-
zips neu als Berechtigte in das Grundbuch eingetragen
werden, können die dazu erforderlichen Erklärungen
schon vor Registrierung beurkundet, aber erst danach
vollzogen werden. Erwirbt eine noch nicht registrierte
GbR ein Recht im Rahmen des materiellen Konsensprin-
zips, ist Grundbuchvollzug möglich, wenn die GbR in
der Erwerbsurkunde gegründet und anschließend regis-
triert wird und der Notar bestätigt, dass erwerbende und
registrierte GbR identisch sind.

Praxisupdate WEG

Von Notar Dr. **Felix Wobst**, Gerolzhofen

Das WeMoG hat das Wohnungseigentumsrecht in vielerlei Hinsicht grundlegend umgestaltet. Einführungsaufsätze und -werke wurden inzwischen einige veröffentlicht.¹ Dieses Praxisupdate widmet sich deshalb insbesondere der mit Spannung erwarteten Neufassung der Verwaltungsvorschrift für die Erteilung von Abgeschlossenheitsbescheinigungen (AVA), die unter anderem Vorgaben für das neue Stellplatz- und Freiflächen-Sondereigentum bereithält (unten I.), und den Leitlinien, die der BGH kürzlich zur Inhaltskontrolle von Gemeinschaftsordnungen aufgestellt hat (unten II.). Beleuchtet werden daneben aktuelle Entwicklungen zum sog. werdenden Wohnungseigentümer und zur sog. werdenden Wohnungseigentümergeinschaft (unten III.), zur Verbrauchereigenschaft der Wohnungseigentümergeinschaft (unten IV.) und im Kostenrecht (unten V.). Im Übrigen ist natürlich auch das Wohnungseigentumsrecht von der Corona-Pandemie nicht verschont geblieben (unten VI.). Der Beitrag schließt mit einem Überblick über sonstige beachtenswerte Entscheidungen (unten VII.).

I. Die neue AVA

Die Allgemeinen Verwaltungsvorschrift für die Erteilung von Abgeschlossenheitsbescheinigungen (AVA) regelt das Verfahren und die Voraussetzungen für die Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigungen nach § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 bzw. § 32 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 WEG.² Ihre Neufassung ist notwendig geworden, weil seit dem Inkrafttreten des WEMoG auch an Freiflächen und Stellplätzen Sondereigentum begründet werden kann (unten 1.). Die Neufassung wurde daneben zum Anlass genommen, Vorschriften für die elektronische Antragstellung und Erteilung zu schaffen (unten 2.). Begrüßenswert ist, dass die Erteilungsvoraussetzungen endlich vom Bauordnungsrecht entkoppelt wurden (unten 3.). An die neuen Vorgaben für die Pläne wird sich die Praxis aber wohl noch gewöhnen müssen (unten 4.).

1. Darstellung von Freiflächen- und Stellplatz-Sondereigentum im Aufteilungsplan

Vorab sei in aller Kürze an die materiellrechtlichen Neuerungen durch das WEMoG erinnert:³ Stellplätze gelten als Räume (§ 3

1 Etwa Hügell/Elzer, DNotZ 2021, 3; v. Türckheim, notar 2021, 3; Wobst, MittBayNot 2021, 1; monographisch auch Dötsch/Schultzky/Zschieschack, WEG-Recht 2021, 2021. Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, 2020.; Skauradszun/Elzer/Hinz/Riecke, Die WEG-Reform 2020/2021, 2021.

2 Am 28.5.2021 hat der Bundesrat der Neufassung der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift für die Erteilung von Abgeschlossenheitsbescheinigungen (AVA) gemäß Art. 84 Abs. 2 GG zugestimmt. Sie tritt am Tag nach ihrer Verkündung in Kraft (vgl. § 9 S. 1), womit im Laufe des Juni zu rechnen ist.

3 Näher Wobst, MittBayNot 2021, 1 ff.

Abs. 1 Satz 2 WEG); an ihnen kann deshalb auch Sondereigentum begründet werden. Daneben kann das Sondereigentum an einer Wohnung auf Freiflächen (wie zum Beispiel Terrassen oder Gartenanteile) erstreckt werden (§ 3 Abs. 2 WEG). In beiden Fällen ist jedoch formale Voraussetzung für die Begründung von Sondereigentum, dass die Sondereigentumsflächen durch Maßangaben im Aufteilungsplan bestimmt sind (§ 3 Abs. 3 Alt. 2 WEG). Dieses Maßangabenangebot tritt funktional an die Stelle des Abgeschlossenheitserfordernisses, das unverändert für Räume gilt (vgl. § 3 Abs. 3 Alt. 1 WEG).

Durch die AVA wird nun geregelt, welche Maßangaben im Einzelnen erforderlich sind (unten a)) und wie Stellplätze in Mehrfachparkanlagen planerisch darzustellen sind (unten b)).

Um jedes Missverständnis auszuschließen: Die Neuerungen gelten (mit Ausnahme der allgemeinen Vorgaben für Pläne, dazu unten 4.) nur, wenn an Stellplätzen oder Freiflächen tatsächlich Sondereigentum begründet werden soll. Bleiben diese Flächen im Gemeinschaftseigentum, ändert sich nichts gegenüber der früheren Rechtslage; wie bislang gibt es auch für Sondernutzungsrechtspläne keine formalen Vorgaben.

a) Erforderliche Maßangaben

Die Maßangaben müssen ermöglichen, die Größe und Lage der zum Sondereigentum gehörenden Flächen eindeutig zu bestimmen (§ 6 AVA). Bezugspunkt kann dabei entweder die katastermäßig bestimmte Grundstücksgrenze oder eine Gebäudewand sein. Unabdingbar sind bezifferte Angaben. Nicht ausreichend sind dagegen bloß zeichnerische Darstellungen, aus denen die konkreten Maße erst mithilfe des Maßstabs errechnet werden müssen; die damit zusammenhängende Unsicherheit zu beseitigen, ist gerade Zweck der Maßangaben.⁴ Weil sich der Zweck der Maßangaben zugleich aber darin erschöpft, die Grenzen für den Streitfall eindeutig festzulegen, ist die Angabe des Flächeninhalts nicht erforderlich. Aus demselben Grund kann auch auf redundante Angaben verzichtet werden. Bei rechteckigen Flächen genügt etwa die Angabe der Länge zweier aneinander liegender Seiten; auch identische Angaben (zum Beispiel die Länge und Breite von Stellplätzen) müssen nicht bei jeder Fläche wiederholt werden, soweit die Identität offensichtlich ist.

Ersatzlos entfallen ist die Markierungspflicht und zwar auch für Tiefgaragenstellplätze (vgl. § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG a. F. und Nr. 6 AVA a. F.).

b) Darstellung von Mehrfachparkanlagen

Das neue WEG eröffnet erstmals die Möglichkeit, an einzelnen Stellplätzen einer Mehrfachparkanlage Sondereigentum zu begründen.⁵ Weil solche Stellplätze beweglich sind, lassen sie

4 BT-Drucks. 19/18791, S. 39.

5 BT-Drucks. 19/18791, S. 39.

sich nicht ohne Weiteres in herkömmlichen Grundrissplänen darstellen. Die neue AVA sieht deshalb vor, dass die Park Ebenen planerisch wie eigenständige Stockwerke dargestellt werden (§ 7 Abs. 2 Satz 3 AVA). Befindet sich etwa im Untergeschoss 1 eine Mehrfachparkanlage mit zwei übereinanderliegenden Ebenen, können dafür zwei Grundrisspläne eingereicht werden, ein Plan „Untergeschoss 1 oben“ mit den nummerierten oberen Stellplätzen und ein Plan „Untergeschoss 1 unten“ mit den nummerierten unteren Stellplätzen. Alternativ ist es auch zulässig, auf einem einzigen Grundrissplan die übereinander liegenden Stellplätze eindeutig textlich zu kennzeichnen (§ 7 Abs. 2 Satz 2 AVA; zum Beispiel „5 (oben)“ und „6 (unten)“).

Inwieweit Stellplätze in Mehrfachparkanlagen materiellrechtlich auch dann sondereigentumsfähig sind, wenn sie nicht nur vertikal, sondern auch horizontal beweglich sind, ist bislang nicht geklärt.⁶ Die damit zusammenhängenden Darstellungsprobleme adressiert die AVA jedenfalls nicht.

2. Elektronische Abgeschlossenheitsbescheinigung

Mit Blick auf den elektronischen Rechtsverkehr synchronisiert die neue AVA das Verfahren zur Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung mit dem Grundbuchverfahren: Sobald aufgrund einer Rechtsverordnung nach § 135 Abs. 1 Satz 2 GBO in einem Grundbuchbezirk Dokumente elektronisch einzureichen sind, kann auch die Abgeschlossenheitsbescheinigung elektronisch beantragt und erteilt werden (§ 3 Abs. 2 Satz 2, § 8 Abs. 3 AVA). So wird jeder Medienbruch vermieden und ein Einscannen entbehrlich.

3. Entkoppelung vom Bauordnungsrecht

Ausdrücklich klargestellt wird, dass die Abgeschlossenheitsbescheinigung ungeachtet bauordnungsrechtlicher Vorschriften zu erteilen ist. Sie kann deshalb auch für Bauten beantragt werden, die noch nicht genehmigt wurden oder den bauordnungsrechtlichen Vorgaben womöglich sogar widersprechen. Allenfalls dann, wenn der Bau offensichtlich und unter jedem rechtlichen Gesichtspunkt nicht genehmigungsfähig ist, kann die Erteilung mangels Sachbescheidungsinteresses verweigert werden, weil sie dann ersichtlich nutzlos ist.⁷ Solche Fälle dürften selten sein.

Folgerichtig ist auch die in Nr. 4 der alten AVA enthaltene Definition der Wohnung ersatzlos entfallen, die auf eine bestimmte Mindestausstattung abstellte (zum Beispiel Kochgelegenheit und WC). Eine solche Mindestausstattung sicherzustellen, ist nicht Zweck des Wohnungseigentumsrechts, sondern des Bauordnungsrechts; das hat der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes bereits vor fast 30 Jahren

festgestellt.⁸ Der Unterschied zwischen „Wohnungen“ und „nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen“ ergibt sich für das Wohnungseigentumsrecht nur aus der Zweckbestimmung der Räume.

4. Allgemeine Vorgaben für Pläne

Bislang waren Pläne zwingend im Maßstab 1:100 einzureichen (Nr. 2 AVA a. F.). Die neue AVA sieht keinen bestimmten Maßstab mehr vor, solange die Lesbarkeit gewährleistet ist.⁹ Vollzugshindernisse, die in der Vergangenheit bisweilen daraus resultierten, dass sich der Maßstab infolge mehrfachen Kopierens marginal verschob, kann es damit nicht mehr geben.

Neu ist, dass die einzelnen Planseiten das Format DIN A3 (29,7 x 42,0 cm) nicht übersteigen dürfen. Ausweislich der Begründung soll damit das spätere Scannen und Archivieren erleichtert werden.¹⁰ Tatsächlich dürfte es freilich nur selten dazu kommen, dass eine Abgeschlossenheitsbescheinigung eingescannt wird. Denn neue Abgeschlossenheitsbescheinigungen können, wenn der elektronische Verkehr mit dem Grundbuchamt eröffnet ist, bereits elektronisch beantragt und erteilt werden, sodass jeder Medienbruch entfällt (dazu oben 3.). Auch bereits in den Grundakten befindliche Abgeschlossenheitsbescheinigungen müssen bei Einführung der elektronischen Grundakte nicht zwingend eingescannt werden (vgl. § 96 Abs. 3 Satz 1 GBV). Vor diesem Hintergrund dürfte die neue Vorgabe eher Fluch als Segen sein. Die Praxis wird gleichwohl mit ihr leben müssen. Bei größeren Anlagen wird man wohl häufig dazu gezwungen sein, die Darstellung eines Geschosses auf mehrere Planseiten zu verteilen, um den Maßstab nicht allzu sehr verkleinern zu müssen. Der Übersichtlichkeit halber kann es sich dann anbieten, ähnlich wie in Straßenatlanten üblich, eine Art Übersichtsplan voranzustellen, der das gesamte Geschoss darstellt und auf die Einzelpläne verweist.

II. Inhaltskontrolle von Gemeinschaftsordnungen

Über viele Jahre hat der BGH die Frage offen gelassen, nun endlich hat er sie entschieden: Regelungen in Gemeinschaftsordnungen unterliegen grundsätzlich nicht der AGB-Kontrolle (unten 1.), jedoch findet eine Inhaltskontrolle nach allgemeinen Grundsätzen statt (unten 2.). Lediglich „Fremdkörper“ in Gemeinschaftsordnung sind an den AGB-Vorschriften zu messen (unten 3.).

1. Grundsatz: Keine AGB-Kontrolle

Grundsätzlich findet nach Ansicht des BGH keine AGB-Kontrolle von Gemeinschaftsordnungen statt.¹¹ Die direkte Anwendung der §§ 305 ff. BGB verneint er mit dem Argument, dass es sich bei der Gemeinschaftsordnung nicht um „Vertragsbedingungen“ (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB) handele, die

6 Befürwortend etwa *Dötsch/Schultzky/Zscheschack*, WEG-Recht 2021, Kap. 1 Rdnr. 30; *MünchKomm-BGB/Krafka*, 8. Aufl. 2021, § 3 WEG Rdnr. 48; *BeckOK-WEG/Leidner*, Stand: 2.4.2021, § 3 Rdnr. 15.

7 Vgl. zur Parallelproblematik bei der Beantragung von Baugenehmigungen etwa *BayVGH*, Urteil vom 25.11.2014, 9 B 13.1401, *BayVBl.* 2015, S. 382.

8 Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 30.6.1992, *GmS-OGB* 1/91, *MittBayNot* 1992, 387.

9 *BR-Drucks.* 312/21, S. 8.

10 *BR-Drucks.* 312/21, S. 8.

11 *BGH*, Urteil vom 20.11.2020, *V ZR* 196/19, *NZM* 2021, 278, 280 Rdnr. 21 ff.

von den Wohnungseigentümern vertraglich angenommen werden; vielmehr binde die Gemeinschaftsordnung die Wohnungseigentümer als Inhalt des Sondereigentums (§ 10 Abs. 3, § 5 Abs. 4 WEG).¹² Überzeugender dürfte es demgegenüber sein, die Bereichsausnahme für das Gesellschaftsrecht heranzuziehen (§ 310 Abs. 4 Satz 1 WEG).¹³ Denn dann scheidet eine AGB-Kontrolle zweifellos auch dann aus, wenn die Gemeinschaftsordnung ausnahmsweise doch vertraglich vereinbart wird, sei es im Rahmen der Begründung (§ 3 WEG) oder einstimmig durch nachträgliche Änderung.

Mit Recht lehnt der BGH auch die analoge Anwendung der §§ 305 ff. BGB ab.¹⁴ Die Interessenlage sei nicht vergleichbar, weil die Regelungen der Gemeinschaftsordnung typischerweise gar nicht das Verhältnis des Verwenders (aufteilender Eigentümer) zum Kunden (künftige Wohnungseigentümer) betrifft, sondern das Verhältnis der Kunden untereinander. Zudem fehle es an einer planwidrigen Regelungslücke, könne die Gemeinschaftsordnung durch die Wohnungseigentümer doch jederzeit abgeändert werden, worauf jeder Wohnungseigentümer sogar einen Anspruch hat, wenn die geltenden Regelungen unzumutbar sind (§ 10 Abs. 2 WEG).

2. Stattdessen: Inhaltskontrolle nach allgemeinen Vorschriften

Gemeinschaftsordnungen müssen damit nicht in das enge Korsett der §§ 308 f. BGB passen. Gleichwohl unterliegen sie nach Ansicht des BGH einer gerichtlichen Kontrolle und zwar gestuft, je nachdem aus welcher Sphäre sie herrühren:

- Regelungen, die die „personenrechtliche Gemeinschaftsstellung der Wohnungseigentümer aushöhlen“ oder „in unverzichtbare Mitgliedschaftsrechte eingreifen“, können nach §§ 134, 138 BGB unwirksam sein. Dabei spielt es keine Rolle, ob sie vom aufteilenden Eigentümer herrühren oder ob sie später vereinbart oder beschlossen wurden. Beispielhaft nennt der BGH dafür ein Stimmrechtsverbot bei Zahlungsverzug.¹⁵
- Strenger kontrollieren möchte der BGH Regelungen, die den aufteilenden Eigentümer einseitig begünstigen. Sie können nach § 242 BGB unwirksam sein, wenn sie sich als Missbrauch einseitiger Gestaltungsmacht darstellen. Als Beispiel nennt er unangemessene Kostenverteilungs- oder Stimmrechtsregeln.

3. Ausnahmsweise: AGB-Kontrolle von „Fremdkörpern“

Ausnahmsweise hält der BGH jedoch eine reguläre AGB-Kontrolle für angezeigt, nämlich wenn die Gemeinschaftsordnung vorschreibt, dass die Wohnungseigentümer bzw. die Wohnungseigentümergeinschaft bestimmte Verträge mit Dritten

abschließen müssen.¹⁶ Das gilt insbesondere für den Fall, dass sie Vorgaben für den zu schließenden Verwaltervertrag enthält. Nichts anderes dürfte etwa für Verträge im Rahmen von „Betreutes-Wohnen“-Gestaltungen gelten.¹⁷ Eine AGB-Kontrolle ist nach Ansicht des BGH in solchen Fällen schon aufgrund der unionsrechtlichen Vorgaben der Klauselrichtlinie geboten; das darf freilich bezweifelt werden, nachdem der EuGH festgestellt hat, dass eine Wohnungseigentümergeinschaft aus unionsrechtlicher Sicht nicht Verbraucherin ist (näher dazu unten IV.). Überzeugender ist das Hilfsargument des BGH, dass die Pflicht, einen Vertrag mit einem Dritten zu schließen, einen Fremdkörper in einer Gemeinschaftsordnung darstellt und deshalb auf dieselbe Art und Weise überprüft werden muss wie der zu schließende Vertrag auch.

III. Werdender Wohnungseigentümer und werdende Gemeinschaft

Einer der Schwerpunkte der WEG-Reform lag darin, gesetzliche Regelungen für die Entstehungsphase der Gemeinschaft zu schaffen (unten 2.), die sich bislang allein nach Richterrecht bestimmte (unten 1.). Die Diskussion fokussierte sich dabei vor allem auf die Aufteilung nach § 8 WEG. Zwischenzeitlich hat der BGH über eine Aufteilung nach § 3 WEG zu entscheiden (unten 3.).

1. Bisheriges Richterrecht

Bis zur WEG-Reform war die Entstehungsphase der Gemeinschaft insbesondere bei einer Aufteilung durch einen Bauträger nach § 8 WEG nicht gesetzlich geregelt. Die Rechtsprechung schuf deshalb die Figuren des sog. werdenden Wohnungseigentümers und der sog. werdenden Gemeinschaft: Jeder Erwerber, der einen vormerkungsgesicherten Übereignungsanspruch gegen den aufteilenden Eigentümer hat, erlangte mit der Besitzübergabe die Stellung als sog. werdender Wohnungseigentümer. Ab diesem Zeitpunkt wurde er wie ein Wohnungseigentümer behandelt und rückte hinsichtlich der erworbenen Wohnung an die Stelle des teilenden Eigentümers. Mit der ersten Übergabe entstand zugleich die rechtsfähige sog. werdende Gemeinschaft, die mit der späteren Gemeinschaft der Wohnungseigentümer rechtsidentisch war.

2. Rechtslage nach dem WEMoG

Mit dem WEMoG wurde die Entstehungsphase nun gesetzlich geregelt: Nach § 9a Abs. 1 Satz 2 WEG entsteht die rechtsfähige Gemeinschaft bereits mit Anlegung der Wohnungsgrundbücher. Daneben kodifiziert § 8 Abs. 3 WEG die richterrechtlich geschaffene Figur des sog. werdenden Wohnungseigentümers. Ihre Voraussetzungen sind wie bisher ein vormer-

¹² BGH, Urteil vom 20.11.2020, V ZR 196/19, NZM 2021, 278, 280 Rdnr. 22.

¹³ So auch Bärmann/*Armbrüster*, WEG, 14. Aufl. 2018, § 2 Rdnr. 54.

¹⁴ BGH, Urteil vom 20.11.2020, V ZR 196/19, NZM 2021, 278, 280 f. Rdnr. 24.

¹⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 10.12.2010, V ZR 60/10, MittBayNot 2011, 399 m. Anm. Kreuzer.

¹⁶ BGH, Urteil vom 20.11.2020, V ZR 196/19, NZM 2021, 278, 281 Rdnr. 32. Der BGH spricht zwar nur von der Verpflichtung der Wohnungseigentümer zum Vertragsabschluss, meint aber wohl auch eine entsprechende Verpflichtung der Wohnungseigentümergeinschaft, nennt er doch beispielhaft den Verwaltervertrag, der in aller Regel mit der Wohnungseigentümergeinschaft geschlossen wird.

¹⁷ Dazu etwa BGH, Urteil vom 10.1.2019, III ZR 37/18, MittBayNot 2020, 32 m. Anm. Bomhard.

kungsgesicherter Übereignungsanspruch und die Übergabe der Wohnung. Neu ist jedoch, dass eine Vormerkung am ungeteilten Grundstück nicht mehr ausreicht.¹⁸

3. Aufteilung nach § 3 WEG

Ob die Figur des sog. werdenden Wohnungseigentümers auch bei einer Aufteilung nach § 3 WEG zur Anwendung kommt, war bislang umstritten.¹⁹ Der BGH hatte nun über einen Fall zu entscheiden, bei dem ein Grundstück im Eigentum von zwei Schwestergesellschaften stand, von diesen nach § 3 WEG aufgeteilt und bebaut wurde. Anschließend veräußerte eine der Gesellschaften die ihr zustehenden Wohnungen, während die andere Gesellschaft die ihr zustehende Gewerbeinheit behielt. Diese Gestaltung dürfte vor allem grunderwerbsteuerrechtlich motiviert gewesen sein. Der BGH entschied, dass die Erwerber auch in dieser Konstellation die Stellung als sog. werdende Wohnungseigentümer erlangten. Denn aus Sicht der Erwerber mache es keinen Unterschied, ob die Aufteilung nach § 8 oder nach § 3 WEG erfolgt. Das soll nach Ansicht des BGH jedenfalls dann der Fall sein, wenn die Aufteilung zwischen einem Bauträger und einer ihm nahestehenden Person erfolgt.

Für die Praxis ist diese Entscheidung unbefriedigend, weil sie klare Abgrenzungen vermissen lässt. Sie bürdet dem Verwalter die schwierige Abwägungsentscheidung auf, ob die gewählte Aufteilung nach § 3 WEG wertungsmäßig einer typischen Aufteilung nach § 8 WEG entspricht. Von der Antwort auf diese Frage hängt ab, wen er zur Versammlung zu laden hat, wessen Stimme er zählen darf, von wem er das Hausgeld zu fordern hat usw. Diese Praxisprobleme relativieren sich jedoch weitgehend, wenn nach dem Übertragungsvertrag (typischerweise einem Bauträgervertrag) Nutzen und Lasten entsprechend § 446 Satz 2 BGB mit der Übergabe auf den Erwerber übergehen und diesem zugleich eine Stimmrechtsvollmacht erteilt wird,²⁰ sodass er zumindest schuldrechtlich berechtigt und verpflichtet ist.

Die Entscheidung erging noch zum alten Recht. Leider äußerte sich der BGH mit keinem Wort dazu, ob sie auch unter neuem Recht Bestand hätte. Methodisch spricht alles dagegen: Der neue § 8 Abs. 3 WEG, der die Figur des sog. werdenden Wohnungseigentümers kodifiziert, gilt nach seinem Wortlaut („teilenden Eigentümer“) und seiner systematischen Stellung ausschließlich für Aufteilungen nach § 8 WEG. Für eine analoge Anwendung im Fall des § 3 WEG fehlt es an einer Regelungslücke, denn der Gesetzgeber beschäftigte sich intensiv mit der Frage, ob und in welchem Umfang er an der Figur des sog. werdenden Wohnungseigentümers festhalten

wollte.²¹ In der Literatur wird eine Analogie deshalb auch überwiegend abgelehnt.²² Wie sich der BGH dazu positionieren wird, ist freilich offen.

IV. Neues zur Verbrauchereigenschaft der Gemeinschaft?

Der EuGH hat unlängst klargestellt, dass dem nationalen Recht die Entscheidung obliege, ob Wohnungseigentümergeinschaften als Verbraucher anzusehen sind oder nicht (unten 1.). Nach der Rechtsprechung des BGH ist das in Deutschland grundsätzlich der Fall (unten 2.); daran hat nach ganz überwiegender Ansicht auch die WEG-Reform nichts geändert (unten 3.).

1. (Keine) unionsrechtlichen Vorgaben

Im Frühjahr 2020 hatte sich der EuGH mit der Anwendbarkeit verbraucherschützender Vorschriften auf Wohnungseigentümergeinschaften zu befassen.²³ Ausgangspunkt war ein Fall aus Italien. Das vorlegende Gericht warf die Frage auf, ob es mit dem Unionsrecht im Einklang steht, wenn Wohnungseigentümergeinschaften in den Genuss der verbraucherschützenden Vorschriften des AGB-Rechts kommen, obwohl sie nach nationalem Recht eine eigene Rechtspersönlichkeit besitzen. Diese Frage stellt sich für das deutsche Recht gleichermaßen: Hier wie dort kann die Wohnungseigentümergeinschaft nach der jeweiligen höchstrichterlichen Rechtsprechung – und in Deutschland nunmehr auch ausdrücklich nach § 9b Abs. 1 Satz 1 WEG – selbst Trägerin von Rechten und Pflichten sein, ohne dass sie aber als juristische Person eingeordnet wird.²⁴

Der EuGH verneint zunächst die Verbrauchereigenschaft der Wohnungseigentümergeinschaft, wenn und weil diese über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt. Denn nach Art. 2 lit. b der Klauselrichtlinie²⁵ könne nur eine natürliche Person Verbraucher sein. Der unionsrechtliche Verbraucherbegriff sei eng auszulegen und schließe alle nicht-natürlichen Personen kategorisch aus. Gleichwohl sei es unionsrechtlich aber nicht zu beanstanden, wenn das nationale Recht einen erweiterten Verbraucherbegriff verwende und so den Anwendungsbereich insbesondere der Klauselrichtlinie ausdehne. Die Klauselrichtlinie, aber auch die Verbraucherrechtlichrichtlinie²⁶, seien hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs nur min-

18 BT-Drucks. 19/18791, S. 44.

19 Vgl. zum Streitstand nach altem Recht BeckOGK-WEG/*alkner*, Stand: 1.3.2020, § 10 Rdnr. 87 ff.

20 Weil das Stimmrecht als Gebrauchsvorteil zu den Nutzungen (§ 100 BGB) zählt, ist nach KG, Beschluss vom 20.7.1994, 24 W 3942/94, NJW 1995, 147, 147 eine ausdrückliche Vollmacht sogar entbehrlich.

21 Vgl. den Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Reform des Wohnungseigentumsgesetzes von August 2019, ZWE 2019, 429, 435 ff. Eingehend zum Zweck des § 8 Abs. 3 WEG *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 285 ff.

22 *Hügel/Elzer*, WEG, § 9a Rdnr. 33; *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 293; a. A. *Reif*, ZWE 2021, 33, 35 f.; *Palandt/Wicke*, 80. Aufl. 2021, § 8 WEG Rdnr. 8 a. E.

23 EuGH, Urteil vom 2.4.2020, C-329/19, ZWE 2021, 81 m. Anm. *Häublein*.

24 Zum italienischen Recht: EuGH, a. a. O., Rdnr. 18.

25 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. L 95, S. 29.

26 Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, ABl. L 304, S. 64.

destharmonisierend;²⁷ auch Art. 169 Abs. 4 AEUV erlaube eine Erhöhung des Schutzstandard. Es sei deshalb eine Frage des nationalen Rechts, ob und inwieweit Verbraucherschutzvorschriften Anwendung auf Wohnungseigentümergeinschaften finden.

2. Rechtslage in Deutschland

Für das deutsche Recht hat der BGH bereits im Jahr 2015 entschieden, dass eine

„Wohnungseigentümergeinschaft im Interesse des Verbraucherschutzes der in ihr zusammengeschlossenen, nicht gewerblich handelnden natürlichen Personen dann einem Verbraucher gemäß § 13 BGB gleichzustellen ist, wenn ihr wenigstens ein Verbraucher angehört und sie ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder einer gewerblichen noch einer selbständigen beruflichen Tätigkeit dient“.²⁸

Weil es Gemeinschaften ohne Verbraucherbeteiligung kaum gibt, waren die verbraucherschützenden Vorschriften bislang in der Praxis faktisch zwingend zu beachten.

3. Diskussion nach Inkrafttreten des WEMoG

Neu aufgeflammt ist die Diskussion durch das WEMoG und zwar für die Begründungsphase. Denn nunmehr entsteht die Gemeinschaft bereits mit Anlegung der Wohnungsgrundbücher, also zu einem Zeitpunkt, zu dem typischerweise nur der Bauträger Mitglied der Gemeinschaft ist. Würde man die Formel des BGH wörtlich nehmen, entstünde die Gemeinschaft zunächst als Unternehmerin und wandelte sich erst durch den Abverkauf zur Verbraucherin. Eine solche rein formale Sichtweise erschien schon dem Gesetzgeber nicht sachgerecht, sodass er sowohl in der Regierungsbegründung als auch im Bericht des Rechtsausschusses eine materielle Betrachtung anmahnte.²⁹ Die ganz überwiegende Ansicht in der Literatur folgt dem und geht davon aus, dass die Gemeinschaft auch bei einer Bauträgeraufteilung bereits als Verbraucherin entsteht.³⁰

V. Kostenrecht

Kleine, aber bedeutsame Entwicklungen gab es auch im Kostenrecht: Zum einen liegt erstmals eine veröffentlichte Entscheidung zur notarkostenrechtlichen Bewertung einer Baubeschreibung als Bezugsurkunde vor (unten 1.). Zum anderen hat der Gesetzgeber die Grundbuchkosten für die Eintragung von Änderungen des Inhalts des Sondereigentums in zweifacher Hinsicht gedeckelt (unten 2.).

²⁷ Vgl. Erwägungsgrund 12 der Klauselrichtlinie und Erwägungsgrund 13 der Verbraucherrechterichtlinie.

²⁸ BGH, Urteil vom 25.3.2015, VIII ZR 243/13, NJW 2015, 3228 Rdnr. 30.

²⁹ BT-Drucks. 19/18791, S. 45; BT-Drucks. 19/22634, S. 43.

³⁰ Häublein, ZWE 2021, 81, 85; Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, Rdnr. 268; Palandt/Wicke, § 9 WEG Rdnr. 2; a. A. Hügel/Elzer, WEG, § 9a Rdnr. 44; zweifelnd MünchKomm-BGB/Burmair, § 9a WEG Rdnr. 27.

1. Beurkundung einer Baubeschreibung als Bezugsurkunde

Die Baubeschreibung wird regelmäßig zum Gegenstand einer Bezugsurkunde gemacht, damit im Rahmen der Bauträgerverträge nach § 13a BeurkG auf sie verwiesen werden kann. Der Geschäftswert dieser Bezugsurkunde ist mit 10-20 % der Baukosten anzusetzen.³¹ Wird die Baubeschreibung jedoch als Anlage zur Teilungserklärung beurkundet, soll sie nach bislang überwiegender Ansicht mit dieser gegenstandsgleich sein.³² Worin das dafür notwendige Abhängigkeitsverhältnis im Sinne des § 109 GNotKG genau liegen soll, ist jedoch unklar. Denn die Teilungserklärung kann auch ohne Baubeschreibung vollzogen werden; die Baubeschreibung ist nur für die spätere Vermarktung von Bedeutung. Das LG Leipzig hat deshalb die Gegenstandsgleichheit verneint.³³ Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten. Für die kostensensible Praxis wird die Mitbeurkundung der Baubeschreibung aber schon wegen der Kostendegression vorzugswürdig bleiben.

2. Eintragung von Änderungen des Inhalts des Sondereigentums

Gleich zweimal in kurzem Abstand wurde GNotKG KV-Nr. 14160 Nr. 5 geändert, der die Eintragung von Änderungen des Inhalts des Sondereigentums betrifft. Dabei geht es vor allem um nachträgliche Änderungen der Gemeinschaftsordnung, die eingetragen werden müssen, um gegen Sondernachfolger zu wirken (vgl. § 10 Abs. 3 Satz 1 WEG). Seit der WEG-Reform gilt dies auch für Beschlüsse, die aufgrund einer Vereinbarung gefasst werden (vgl. § 10 Abs. 3 Satz 2 WEG).³⁴

Für solche Eintragungen galt und gilt nach GNotKG KV-Nr. 14160 Nr. 5 im Grundsatz eine Pauschalgebühr von 50 € je betroffenes Sondereigentum. Von der praktisch bedeutsamen nachträglichen Begründung eines Sondernutzungsrechts ist dabei stets jede Einheit betroffen, weil die Gebrauchsmöglichkeit des Gemeinschaftseigentums beschränkt wird.³⁵

³¹ Korintenberg/Bormann, GNotKG, § 36 Rdnr. 60; Streifzug durch das GNotKG, 13. Aufl. 2021, Rdnr. 462: 10 %; Leipziger Kostenspiegel Rdnr. 4.140: 20 %.

³² Korintenberg/Diehn, GNotKG, 21. Aufl. 2021, § 109 Rdnr. 236; Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 3622; Leipziger Kommentar GNotKG/Deecke, 3. Aufl. 2021, § 42 Rdnr. 5; a. A. Leipziger Kostenspiegel, 3. Aufl. 2020, Rdnr. 4.140; zweifelnd Diehn, Notarkostenberechnungen, 7. Aufl. 2021, Rdnr. 604.

³³ LG Leipzig, Beschluss vom 17.11.2020, 02 OH 22/20, BeckRS 2020, 42797.

³⁴ Zur Erforderlichkeit der Eintragung von Beschlüssen und zum Eintragungsverfahren näher Wobst, MittBayNot 2021, 1, 4 f.

³⁵ OLG München, Beschluss vom 23.4.2015, 34 Wx 122/15, FGPrax 2015, 184; Korintenberg/Wilsch, GNotKG, KV 14160 Rdnr. 37; a. A. OLG Hamburg, Beschluss vom 13.3.2018, 13 W 76/17, BeckRS 2018, 42525. Die nachträgliche Begründung eines Sondernutzungsrechts durch Änderung der Gemeinschaftsordnung darf nicht mit der bloßen Zuweisung eines bereits in der Gemeinschaftsordnung angelegten Sondernutzungsrechts verwechselt werden; hiervon ist nur die Einheit betroffen, der das Sondernutzungsrecht zugewiesen wird, vgl. Korintenberg/Wilsch, GNotKG, KV 14160 Rdnr. 38.

Durch das Kostenrechtsänderungsgesetz 2021³⁶ wurde nun eine Deckelung auf 500 € eingeführt. So wird verhindert, dass bei großen Anlagen unverhältnismäßig hohe Kosten anfallen.

Bereits im Rahmen der WEG-Reform war zudem speziell für den Fall der Aufhebung einer Veräußerungsbeschränkung nach § 12 Abs. 4 WEG eine Deckelung auf 100 € eingeführt worden. Damit sollen die Gemeinschaften, die einen solchen Aufhebungsbeschluss gefasst haben, zur Berichtigung des Grundbuchs motiviert werden.

VI. Auswirkungen der Corona-Pandemie auf das Wohnungseigentumsrecht

Anders als im übrigen Verbandsrecht hat der Gesetzgeber im Wohnungseigentumsrecht der Versuchung widerstanden, eine virtuelle Eigentümerversammlung kraft (Not-)Gesetzes einzuführen. Denn dies hätte nicht nur einen erheblichen Teil der rund fünf Millionen Wohnungseigentümer in Deutschland technisch überfordert. Vor allem hätte ein solcher Schritt verkannt, dass die Wohnungseigentümer als Entscheidungsträger in der Regel eine Zufallsgemeinschaft bilden. Der bisweilen hitzige und oftmals langwierige Austausch der Argumente in der Eigentümerversammlung wird zwar von vielen gescholten oder belächelt, ist letztlich aber systemimmanent; er ist für eine sachgerechte Beschlussfassung notwendig und lässt sich nur eingeschränkt digitalisieren.³⁷

Der zu begrüßende Alternativansatz des (Not-)Gesetzgebers bestand darin, die Handlungsfähigkeit der Gemeinschaften auch ohne Beschlussfassung sicherzustellen. Um dieses Ziel zu erreichen, gilt der zuletzt beschlossene Wirtschaftsplan fort (§ 6 Abs. 2 MaßnG-GesR³⁸) und bleibt der zuletzt berufene Verwalter bis auf weiteres im Amt (§ 6 Abs. 1 MaßnG-GesR). Letzteres hat Detailfragen aufgeworfen, die von den Gerichten unterschiedlich beantwortet wurden (unten 1.). Auch mit den Möglichkeiten und Grenzen, trotz der pandemiebedingten Einschränkungen zu einer Beschlussfassung zu gelangen, haben sich die Gerichte befasst (unten 2.).

1. Fortbestand des Verwaltersamts

Nach § 6 Abs. 1 MaßnG-GesR „bleibt (...) der zuletzt bestellte Verwalter (...) bis zu seiner Abberufung oder bis zur Bestellung eines neuen Verwalters im Amt“. In der Gesetzesbegründung wird ausdrücklich klargestellt, dass dies nicht nur für den Fall gilt, dass die Verwalterbestellung nach dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Vorschrift am 28.3.2020 abläuft, sondern auch dann, wenn sie bereits zuvor abgelaufen ist.³⁹ Gleichwohl meinte das KG, dass ein Verwalter, der bereits im Jahr

36 Gesetz zur Änderung des Justizkosten- und des Rechtsanwaltsvergütungsrechts und zur Änderung des Gesetzes zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht v. 21.12.2020, BGBl., S. 3229.

37 Auch im übrigen Verbandsrecht wird in der Präsenzversammlung in der Regel die „erste Wahl“ gesehen, vgl. etwa *Heck-schen/Strnad*, GmbHR 2020, 807, 810; *Forschner*, MittBayNot 2021, 546, 548.

38 Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht vom 27.3.2020, BGBl., S. 569.

39 BT-Drucks. 19/18110, S. 31.

2018 sein Amt verloren hatte, nicht von der Vorschrift erfasst werde.⁴⁰ *Forschner* weist zu Recht darauf hin, dass diese Auslegung dem Zweck des MaßnG-GesR widerspricht, die Handlungsfähigkeit der Gemeinschaft *während* der Pandemie sicherzustellen, nur weil die Wohnungseigentümer *vor* der Pandemie untätig waren.⁴¹ Erfreulicherweise teilt das OLG Bamberg die Ansicht des KG nicht.⁴²

2. Möglichkeiten der Beschlussfassung

Wenn Präsenzversammlungen zwingend notwendig sind, aufgrund der Größe der Gemeinschaft aber an pandemiebedingten Versammlungsverboten scheitern, versucht die Praxis derzeit häufig, den Kreis der Teilnehmer mithilfe von Vollmachten auf das gerade noch zulässige Maß zu drücken. Dieser durchaus pragmatische Ansatz darf freilich nicht dazu führen, dass aus der Einladung zur Eigentümersammlung, die auf die Möglichkeit der Vollmachtserteilung hinweist, in Wirklichkeit eine Ausladung wird.⁴³ Allzu streng war insoweit jedoch das AG Kassel. Es sah einen unzulässigen Druck auf die Wohnungseigentümer bereits in folgender Formulierung:

„Aufgrund der Größe der Sitzungsräume muss die Anzahl der anwesenden Eigentümer bei dieser Versammlung beschränkt werden (10 Personen inkl. Verwalter). Erteilen Sie deshalb möglichst dem Verwaltungsbeirat oder der Verwaltung die Vollmacht für die Teilnahme an der Versammlung.“⁴⁴

Dem ist das LG Frankfurt a. M. als Berufungsinstanz zu Recht entgegengetreten.⁴⁵

Nebenbei und womöglich für den Sommer von Interesse: Das AG Wedding hat keine Bedenken dagegen, die Eigentümerversammlung im Freien abzuhalten.⁴⁶

VII. Weitere bedeutsame Entscheidungen

Abschließend sei in aller Kürze auf folgende Entscheidungen hingewiesen:

1. Störungsabwehrklagen in Übergangsfällen

Mit dem WEMoG wurde ein Verwaltungsmonopol⁴⁷ der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer für das gemeinschaftliche Eigentum eingeführt (vgl. allgemein § 18 Abs. 1 WEG). Ausschließlich zuständig ist die Gemeinschaft insbesondere

40 KG, Beschluss vom 15.12.2020, 1 W 1450/20, 1 W 1451/20, MittBayNot 2021, 231 m. abl. Anm. *Forschner*.

41 *Forschner*, MittBayNot 2021, 231, 233.

42 OLG Bamberg, Beschluss vom 1.12.2020, 1 W 54/20, MittBayNot 2021, 346 (in diesem Heft).

43 Vgl. AG Lemgo, Urteil vom 24.8.2020, 16 C 10/20, ZWE 2020, 480 m. weiterführenden praktischen Hinweisen von *Greiner*. Dort hieß es in der Ladung wörtlich: „Bitte erscheinen Sie nicht persönlich zur Eigentümerversammlung“.

44 AG Kassel, Urteil vom 27.8.2020, 800 C 2563/20, ZWE 2021, 136.

45 LG Frankfurt a. M., Urteil vom 17.12.2020, 2-13 S 108/20, ZWE 2021, 134.

46 AG Wedding, Urteil vom 13.7.2020, 9 C 214/20, ZWE 2021, 139.

47 BeckOGK-WEG/*Skauradszun*, § 18 Rdnr. 16.

für die Geltendmachung der Rechte, die sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergeben (vgl. § 9a Abs. 2 WEG). Das wirkt sich auf die Aktivlegitimation in Störungsabwehrklagen aus: Während nach altem Recht grundsätzlich⁴⁸ jeder Wohnungseigentümer Störungen des gemeinschaftlichen Eigentums abwehren konnte, ist nach § 9a Abs. 2 WEG nunmehr allein die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer für die Ausübung der aus dem gemeinschaftlichen Eigentum resultierenden Ansprüche (zum Beispiel aus § 1004 und § 823 BGB) zuständig.⁴⁹ Kaum ist die Reform in Kraft, hatte der BGH über die Störungsabwehrklage eines Wohnungseigentümers zu befinden, dessen Aktivlegitimation bei Erhebung der Klage unter Geltung des alten Rechts zunächst bestand, nach dem WEMoG aber nicht mehr bestünde.⁵⁰ Entgegen der herrschenden Meinung⁵¹ entschied der BGH, dass die Aktivlegitimation des Klägers gleichwohl fortgelten soll, solange dem Gericht ein entgegenstehender Wille der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer nicht schriftlich zur Kenntnis gebracht wird. Das soll für alle Klagen gelten, die vor dem Inkrafttreten des WEMoG am 1.12.2021 bereits anhängig waren.

Die Entscheidung mag den Einzelfall gerettet haben, methodisch überzeugen kann sie nicht. Denn der BGH stützt sich auf eine Analogie zu § 48 Abs. 5 WEG, der ausdrücklich nur die Fortgeltung des Prozessrechts vorsieht. Der Annahme einer planwidrigen Regelungslücke stehen jedoch schon die fein ausdifferenzierten Übergangsvorschriften des § 48 WEG entgegen. Dass zunächst erfolgversprechende Klagen aufgrund geänderter Vorschriften scheitern, mag im Einzelfall bedauerlich sein, ist letztlich aber bei jedem Wandel unvermeidlich. Durch die Möglichkeit einer Erledigterklärung, federt das allgemeine Prozessrecht unnötige finanzielle Härten ab – das hätte gereicht.

48 Die Geltendmachung von Ansprüchen aus § 1004 BGB wegen Störung des Gemeinschaftseigentums nach früherem Recht wurde zu Recht als „streitig und diffizil“ beschrieben (vgl. BeckOGK-WEG/*Falkner*, Stand: 1.3.2020, § 10 Rdnr. 510).

49 BT-Drucks. 19/18791, S. 46 f.; näher *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 127 ff.

50 BGH, Urteil vom 7.5.2021, V ZR 299/19, BeckRS 2021, 10856.

51 LG Frankfurt a. M., Urteil vom 28.1.2021, 2-13 S 155/19, NJW 2021, 643; *Abramenko*, Das neue Wohnungseigentumsrecht, 2020, § 9 Rdnr. 24; *Dötsch/Schultzky/Zscheschack*, WEG-Recht 2021, Kapitel 14 Rdnr. 186; *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 2034; BeckOGK-WEG/*Skauradszun*, § 48 Rdnr. 23.

2. Umsatzsteuerpflicht von Leistungen der Gemeinschaft an die Wohnungseigentümer

Nach § 4 Nr. 13 UStG sind Leistungen der Wohnungseigentümergeinschaften an ihre Mitglieder zur Instandhaltung und Instandsetzung, zur sonstigen Verwaltung sowie Lieferungen von Wärme und ähnlichen Gegenständen steuerbefreit. Der EuGH hat nun entschieden, dass diese Steuerbefreiung gegen Unionsecht verstößt, weil Art. 135 Abs. 1 lit. f MwStSystRL⁵² lediglich die Steuerfreiheit der Vermietung und Verpachtung von Grundstücken vorsieht.⁵³

Gewerblich nutzenden Eigentümern eröffnet sich dadurch die Möglichkeit des Vorsteuerabzugs; für privat nutzende Eigentümer hat die Entscheidung dagegen keine unmittelbaren wirtschaftlichen Folgen. In jedem Fall erhöht sich aber der Aufwand für die Gemeinschaften, die künftig Umsatzsteuervoranmeldungen und -erklärungen abgeben müssen.⁵⁴

3. Dienstbarkeiten und Sondernutzungsrechte

Zumindest für die Praxis geklärt hat der BGH das Zusammenspiel von Dienstbarkeiten und Sondernutzungsrechten:⁵⁵ Ein Sondernutzungsrecht kann zwar selbstständig nicht mit einer Dienstbarkeit belastet werden. Der Ausübungsbereich einer Dienstbarkeit an einer Wohnungseigentumseinheit kann sich aber auf Sondernutzungsrechtsflächen erstrecken, die mit der Einheit verbunden sind. Das ist nach Ansicht des BGH sogar der Regelfall, wenn nichts anderes vereinbart wurde. Möglich ist es sogar, eine Wohnungseigentumseinheit mit einer Dienstbarkeit zu belasten und den Ausübungsbereich allein auf die dazugehörige Sondernutzungsrechtsfläche zu beschränken.

52 Richtlinie 2006/112/EG des Rates v. 28.11.2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABl. L 347, S. 1.

53 EuGH, Urteil vom 17.12.2020, C-449/19, DStR 2021, 104.

54 Einen ersten Überblick über die praktischen Folgen liefert *Drasdo*, ZWE 2021, 74.

55 BGH, Urteil vom 20.3.2020, V ZR 317/18, ZWE 2020, 328.

BUCHBESPREDHUNGEN

Christof Münch:

Handbuch Familiensteuerrecht

2. Aufl. C. H. Beck, 2020. 583 S., 119 €

Von Notarassessorin Dr. **Julia Bayer**, Trostberg

Im Ende 2020 in zweiter Auflage erschienenen Handbuch Familiensteuerrecht widmet sich Notar Dr. *Christoph Münch* aus Kitzingen dem Feld des Familienrechts, welches er bekanntermaßen bereits umfassend in seinen Standardwerken „Ehebedingte Rechtsgeschäfte“ und „Die Scheidungsmobiliare“ bearbeitet, aus einer anderen Perspektive. Geschrieben für steuerliche Berater stellt dieses Werk die steuerliche Auswirkung einer Gestaltung mit Bezug zum Familienrecht in den Fokus und gibt dem Leser flankierende Hinweise zu den zivilrechtlichen Aspekten.

Zur Erreichung etlicher Mandantenziele, etwa der Vermögensnachfolge der nächsten Generation, der asset protection, der Vermeidung einer Betriebsaufspaltung oder aber auch schlicht der Frage des gemeinsamen Immobilienerwerbs, gilt es stets, eine zivilrechtlich sichere, gleichzeitig aber möglichst steuer-günstige Gestaltung zu finden, weshalb Notar und Steuerberater oftmals eng zusammenarbeiten. Für beide lohnt sich die Lektüre des Werks, denn *Münch* verzahnt die steuerlichen, familienrechtlichen, aber auch erb- und pflichtteilsrechtlichen Gesichtspunkte, die allesamt für die Beratungspraxis unerlässlich sind, und schafft damit eine Kommunikationsbasis für Steuerberater einerseits und zivilrechtliche Berater andererseits.

Der Autor nimmt den Leser an die Hand und führt ihn gut nachvollziehbar durch zahlreiche Situationen der Beratungspraxis mit Bezug zu Partnerschaft und Familie im weitesten Sinne, wobei die Ausführungen übersichtlich gestaltet sowie klar und prägnant formuliert sind und nicht zuletzt durch zahlreiche Beispielfälle und Formulierungshilfen bestechen. Von der Rechtslage bei der nichtehelichen Lebensgemeinschaft über die Gestaltung präventiver Eheverträge und dabei insbesondere die Wahl des Güterstandes, bei der auch die Vorteile des „exotischen“ deutsch-französischen Wahlgüterstands nicht zu kurz kommen (S. 198 ff.), über eine umfassende Darstellung der Güterstandsschaukel (S. 37 ff.) bis hin zu Fragen des Abstammungs- und Adoptionsrechts (S. 401 ff.) findet der Leser Hilfestellung für seine konkrete Beratungssituation.

Im Kapitel Scheidungsvereinbarungen (S. 317 ff.) ist besonders die instruktive Erläuterung der steuerlichen Problemkreise des aus Kostengründen häufig gewünschten „fliegenden Zugewinnausgleichs“ einerseits (keine Anerkennung als entgeltliche Zugewinnerfüllung nach § 5 Abs. 2 ErbStG und damit Schenkung nach § 7 ErbStG) sowie der praxisrelevanten Erfüllung der Zugewinnausgleichsforderung mittels Übertragung

von Immobilienvermögen an Erfüllung statt andererseits (drohende Besteuerung als „Spekulationsgeschäft“ nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG) hervorzuheben.

Auch für sonstige Gegenstände der täglichen notariellen Praxis liefert das Werk Impulse, sich deren Konsequenzen in jedem Einzelfall zu vergegenwärtigen, etwa was die Auswirkung einer schlichten Vorsorgevollmacht bei Vermeidung einer Betriebsaufspaltung mittels des „Wiesbadener Modells“ (S. 504) betrifft.

Schließlich wird die Gestaltung durch Familienpoolgesellschaften kompakt dargestellt (S. 517 ff.). Angefangen von der im Einzelfall geeigneten Rechtsform, über die Frage Nießbrauch am Grundbesitz oder am Gesellschaftsanteil, bis hin zu Sonderproblemen beim Vorhandensein von betrieblich steuerverstricktem Vermögen oder der Beteiligung Minderjähriger werden zahlreiche Aspekte praxistauglich zusammengestellt, wobei ggf. ein kleiner Hinweis an den vorsichtigen Gestalter aufgenommen werden könnte, dass für den minderjährigen Kommanditisten mit voll eingezahlter Einlage § 723 Abs. 3 BGB zwar nach überwiegender Ansicht in der Literatur keine Anwendung findet,¹ dies jedoch höchststrichterlich noch nicht geklärt ist².

Neu in der zweiten Aufl. ist ein kurzer Überblick über die praxisrelevanten Einflüsse des internationalen Privatrechts, insbesondere über Veränderungen durch die EuGüVO. Die Reformen, die das Personengesellschaftsmodernisierungsgesetz mit sich bringen wird, finden bisher noch keine Erwähnung, werden aber sicher mit dessen Inkrafttreten eingearbeitet werden.

Nicht zuletzt aufgrund seines kompakten Formats und seines übersichtlichen Umfangs lädt das Buch dazu ein, es in einer

¹ Dazu nur *Grunewald*, ZIP 1999, 597, 599; MünchKomm-BGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 723 Rdnr. 41.

² In der Begründung zur entsprechenden Neuregelung in § 132 Abs. 4 HGB-E (i. V. m. § 161 Abs. 2 HGB-E) im Regierungsentwurf zum Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) wird nunmehr jedoch ausdrücklich auf die von der Literatur vorgenommene teleologische Reduktion bei voll eingezahlten Kommanditbeteiligungen Bezug genommen, S. 289; (abrufbar unter: https://www.bmjv.de/Shared-Docs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Personengesellschaftsrecht.pdf;jsessionid=8E07F5AAA91C949FF316970818764208.1_cid334?__blob=publicationFile&v=3; zuletzt abgerufen am 27.5. 2021).

ruhigen Minute zur Hand zu nehmen und durchzulesen – der Leser wird überrascht sein, dass er neben fachlichem Input auch inspiriert wird, sein Wissen in Bezug auf Grimm'sche Märchen zu erneuern (S. 429). Zusammengefasst lädt der Autor den Gestalter ein, familienrechtliche Gestaltungsfragen

aus sämtlichen Perspektiven zu betrachten und so eignet sich das Werk nicht nur dazu, sich einen Überblick zu verschaffen, sondern dient gleichzeitig auch als Gestaltungsscheckliste und kann deshalb jedem Praktiker uneingeschränkt empfohlen werden.

Norbert Rieger/Oliver Vossius/Siegfried Widmann (Hrsg.):

**Spuren der Freundschaft. Umwandlungen – Steuern – Fußball.
Festschrift für Dieter Mayer zum 65. Geburtstag am 19.9.2020**

Stollfuß, 2020. 537 S., 198 €

Von Notarassessor Dr. **Thomas Winkelmann**, München

„In gleicher Weise ehrt es Jubilar und Jurisprudenz, dass man verdienten Kollegen bei wichtigen Daten ihres Lebens Früchte des geistigen Ackerns als Festgabe darreicht. Es mutet oft wie ein wissenschaftliches Erntedankfest an. Hier leuchtet ein Stück schöner Menschlichkeit in den nüchternen Raum hinein.“¹

Warum wird gleichwohl nicht erst in jüngerer Zeit verbreitet beklagt, dass es zu viele Festschriften gebe?² Die Klage ist nicht unbegründet: Tatsächlich steht zu befürchten, dass Festschriften zu einem Ritual verkommen und zu „Friedhöfen“ für Texte und Gedanken werden, weil ihre Heterogenität die Rezeption der Beiträge erschwert.³ Die Kritik am „Festschriftenwesen“⁴ greift dagegen nicht durch, wo an die Konzeption des Sammelwerkes und an die einzelnen Beiträge hohe wissenschaftliche Qualitätsmaßstäbe angelegt werden. Neben der Ehrung eines wissenschaftlichen (Lebens-)Werkes rechtfertigen dann wissenschaftliche Funktionen, die die besondere Literaturgattung anlässlich der Ehrung erfüllen kann, die Auflage einer Festschrift: Sie kann zum einen für Beiträge offen sein, für die in Zeitschriften, die häufig an einer unmittelbaren praktischen Verwertbarkeit orientiert sind, kein Raum ist. Zum anderen kann sie Beiträge zu einem vom Jubilar gepflegten Thema vereinen, die ohne den Anlass des Jubiläums nicht geschrieben und zusammengeführt worden wären.⁵ (Nur) wenn eine Festschrift diesen besonderen Funktionen gerecht wird, kann sie dazu beitragen, der Literaturgattung einen Sinn zu geben und deren „wissenschaftliche und berufsethische

Glaubwürdigkeit“ zu stützen.⁶ Jede Festschrift muss sich also an funktionsbezogenen Qualitätskriterien⁷ messen lassen.

Die zu Ehren von *Dieter Mayer* anlässlich dessen 65. Geburtstags am 19.9.2020 von *Norbert Rieger*, *Oliver Vossius* und *Siegfried Widmann* herausgegebene Festschrift braucht die Anlegung eines hohen wissenschaftlichen Qualitätsmaßstabs nicht zu fürchten: Der Band entspricht den skizzierten Qualitätsanforderungen für gute Festschriften in besonderer Weise. Nicht nur das (bisher vollbrachte) Lebenswerk des Jubilars, sondern auch das Konzept und der Inhalt der Festschrift lassen ihr Erscheinen und die damit verbundene, für einen Angehörigen unseres Berufsstandes seltene Ehrung gerechtfertigt erscheinen.

Schon der Titel „Spuren der Freundschaft“ lädt zum Nachdenken ein: Gemeint ist offenkundig nicht etwa „Spur“ in der Bedeutung von „sehr kleine Menge von etwas“. Die Herausgeber erwägen im Vorwort (S. VII) vielmehr, ob nicht „in Wahrheit letztlich das Band der Freundschaft das [ist], was auch die Rechtswissenschaft im Innersten zusammenhält“, und hoffen, dass künftige Generationen sich einst auf die Suche begeben werden, welche Freundschaften den Jubilar und die Beitragenden verbanden und welche Spuren diese Verbundenheit in der Rechtsdogmatik hinterlassen hat. Dieser Wunsch spricht eine wesentliche Funktion von Festschriften an: Wenn Rechtshistoriker sich später einmal einen Überblick über den Stand der Rechtswissenschaft von heute verschaffen wollen, werden Sammelwerke wie das vorliegende von besonderem Nutzen

1 *Herschel*, JZ 1980, 222.

2 *Michaels*, ZEuP 2006, 958 m. N.

3 Vgl. *Schulze-Fielitz*, DVBl 2000, 1260, 1263.

4 Zur Kritik am „Festschriftenwesen und unwesen“ von *Münch*, NJW 2000, 3253 ff.; ferner *Schulze-Fielitz*, DVBl 2000, 1260, 1262–1264 jew. m. w. N.

5 Vgl. näher *Schulze-Fielitz*, DVBl 2000, 1260, 1264 f.

6 *Häberle* in FS Zacher, 1998, S. 215.

7 Wissenschaftsfunktionsbezogene Qualitätsmaßstäbe an personale Festschriften formuliert *Schulze-Fielitz*, DVBl 2000, 1260, 1265 f.

sein.⁸ Der Untertitel „Umwandlungen – Steuern – Fußball“ greift auf die an dieser Stelle häufig anzutreffende Trias⁹ zurück, bietet aber wegen des im „Wörterbuch für Festschriftenherausgeber“¹⁰ bislang wohl nicht verzeichneten Eintrags „Fußball“ ein augenfälliges Alleinstellungsmerkmal.

Die 31 Beiträge ausnahmslos namhafter Weggefährten sind den Kapiteln „Umwandlungs- und Gesellschaftsrecht“ (A.), „Umwandlungssteuerrecht“ (B.), „Notariat und Vermischtes“ (C.) und „Fußball“ (D.) zugeordnet. Die stimmige Auswahl (multum, non multa¹¹) und Gliederung lassen die thematischen Schwerpunkte des Wirkens von *Dieter Mayer* erkennen – als Notar, als

8 Vgl. von *Münch*, NJW 2000, 3253, 3256, der mit Recht darauf hinweist, dass sich die Funktion von Festschriften nicht in diesem künftigen Ertrag erschöpft, auch wenn Festschriftenbeiträge im Diskurs der Gegenwart weniger visibel sind als andere wissenschaftliche Texte.

9 Dazu krit. von *Münch*, NJW 2000, 3253.

10 von *Münch*, NJW 2000, 3253.

11 Dazu im Zusammenhang mit Festschriften *Schulze-Fielitz*, DVBl 2000, 1260, 1266.

Wissenschaftler, in den Institutionen unseres Berufsstandes und zu guter Letzt im Bereich des Fußballs. Hier ist nicht der Raum, die Beiträge im Einzelnen zu würdigen.¹² In der Gesamtschau geben sie ein zuverlässiges und lebendiges Bild der vielfältigen Aktivitäten des Jubilars, mal grundsüchrend, oft besonders aktuell und praxisnah, an vielen Stellen wissenschaftlich innovativ, mitunter beinahe kurios und immer wieder sehr persönlich. Den Beteiligten ist es gemeinsam geglückt, die Eigentümlichkeiten des Geehrten und sein Lebenswerk gebührend zu reflektieren und dieses Lebenswerk nicht nur auf dem Titelblatt treffend auf den Punkt zu bringen, sondern es auch inhaltlich auf hohem Niveau aufzunehmen und fortzuführen.¹³

Dass die gelungen komponierte Festschrift *Dieter Mayer* gefreut hat, ist ebenso zu hoffen und zu erwarten wie, dass sie in Wissenschaft und Praxis nachhaltig Spuren hinterlässt!

12 Auf die gesellschafts- und umwandlungssteuerrechtlichen Beiträge geht näher ein *Bayer*, notar 2021, 74 ff.

13 Zu diesen Anforderungen an Festschriften allgemein *Schulze-Fielitz*, DVBl 2000, 1260, 1265.

Daniel Sommer:

Zulässigkeit und Grenzen von Erbschaftsverträgen im Sinne des § 311b Abs. 4 und 5 BGB

Carl Heymanns Verlag, 2020. 191 S., 69 €

Von Notar Dr. **Benedikt Schreindorfer**, Straubing

Die in § 311b Abs. 4 und 5 BGB etwas versteckten Regelungen zu den sog. „Erbschaftsverträgen“ fristen sowohl in der rechtswissenschaftlichen Betrachtung als auch in der Kautelarpraxis eher ein Schattendasein. Dies dürfte nicht zuletzt an den rigiden Schranken liegen, welche die Norm für die Zulässigkeit solcher Verträge aufstellt. *Sommer* unternimmt in seiner in die Schriftenreihe der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung aufgenommenen Dissertation den – das sei vorweggenommen: durchaus gelungenen – Versuch, etwas Licht in diesen Schatten zu bringen.

Die Grundlage für seine späteren Schlussfolgerungen legt der Autor in zwei sehr ausführlichen Kapiteln (S. 5 ff. und S. 27 ff.) über die rechtshistorische und teleologische Entstehungsgeschichte der Norm sowie deren verfassungsrechtlichen Hintergrund. Bemerkenswert ist sein diesbezügliches Rechercheergebnis, wonach die heutige Vorschrift in ihren Grundzügen mehr oder weniger unverändert aus der Zeit des römischen Rechts durch die verschiedenen Kodifikationen hindurch bis in die heutige Zeit tradiert wurde, ohne deren Sinnhaftigkeit jemals ernsthaft zu hinterfragen (S. 26). Verfassungsrechtlich sieht er in § 311b Abs. 4 und 5 BGB einen erheblichen Eingriff

in die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Vertragsfreiheit, dem durch eine einschränkende verfassungskonforme Auslegung zu begegnen sei (S. 25 f.).

Den Anwendungsbereich der Norm sieht *Sommer* mit der herrschenden Meinung¹ auf das schuldrechtliche Rechtsgeschäft begrenzt (S. 69). Überzeugend äußert er sich zu einem der umstrittensten Auslegungsprobleme der Norm, nämlich der Frage, ob das Verbot des § 311b Abs. 4 Satz 1 BGB eingreift, wenn der Vertrag formal zwar lediglich über Einzelgegenstände betrifft, durch die aber bei wirtschaftlicher Betrachtung der Nachlass im Wesentlichen erschöpft wird (S. 84 ff.). Hier lehnt er mit der im Vordringen befindlichen Literatur² die über den Wortlaut hinausgehende Ausdehnung des Anwen-

1 Vgl. nur BeckOGK-BGB/*Schreindorfer*, Stand: 1.3.2021, § 311b Rdnr. 438 m. w. N.

2 *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlass eines noch lebenden Dritten, 1973, S. 46 ff.; *Blomeyer*, FamRZ 1974, 421, 424; *Kaufhold*, ZEV 1996, 454, 455 f.; *Limmer*, DNotZ 1998, 927, 934; *Damrau*, ZErB 2004, 206, 210; *Henssler*, RNotZ 2010, 221, 225 ff.; v. *Proff*, ZEV 2013, 183, 185; *Dutta*, ZfPW 2017, 34, 41 f.; BeckOGK-BGB/*Schreindorfer*, § 311b Rdnr. 446 ff.

dungsbereichs der Norm durch die sog. „Erschöpfungstheorie“ der Rechtsprechung³ zutreffend ab.

Kontrovers diskutiert wird in der Literatur die Frage, ob Vereinbarungen über Pflichtteilergänzungsansprüche an § 311b Abs. 4, 5 BGB zu messen sind.⁴ *Sommer* hält hier die herrschende Meinung, die eine Einbeziehung von Pflichtteilergänzungsansprüchen in den Anwendungsbereich der Norm bejaht, mangels eines die Einbeziehung rechtfertigenden Grundes wegen Verstoßes gegen Art. 2 Abs. 1 für verfassungsrechtlich nicht haltbar (S. 103 ff.). Dies erscheint nicht zwingend, zumal sich andernfalls ein Wertungswiderspruch zu § 2348 ergäbe,⁵ wonach (auch gegenständlich beschränkte) Pflichtteilsverzicht, also Vereinbarungen mit dem Erblasser selbst, der notariellen Beurkundung bedürfen, während Verträge hierüber mit Dritten formfrei möglich wären.

Großzügiger als die Rechtsprechung⁶ und die herrschende Literatur⁷ legt *Sommer* § 311b Abs. 4 BGB aus, wenn der Erblasser an dem Vertrag beteiligt ist. Ein solches Rechtsgeschäft tangiere aufgrund der Mitwirkung des Erblassers des Telos der Norm nicht und sei daher zulässig (S. 121 ff.). Auch an dieser Stelle sind die Bestrebungen des Autors, den Anwendungsbereich der Verbotsnorm des § 311b Abs. 4 BGB einzuschränken, erkennbar von dem verfassungsrechtlich radierten Motiv getragen, der nach seiner Ansicht durch den Wortlaut des § 311b Abs. 4 BGB zu stark beschränkten Vertragsfreiheit möglichst weitgehende Geltung zu verschaffen.

Die an den vorstehend skizzierten Beispielen ersichtlichen Bestrebungen des Autors, den Anwendungsbereich der Verbotsnorm des § 311b Abs. 4 BGB einzuschränken, um der nach seiner Ansicht durch den Wortlaut des § 311b Abs. 4 BGB zu stark beschränkten Vertragsfreiheit möglichst weitgehende Geltung zu verschaffen, setzen sich im Rahmen der Erörterungen des § 311b Abs. 5 BGB nahtlos fort. Dieser Absatz enthält eine Ausnahme zur Verbotsvorschrift des § 311b Abs. 4 BGB und lässt bestimmte Konstellationen der Erbschaftsverträge (unter Anordnung der Pflicht zur notariellen Beurkundung) zu. Seinem Ansatz folgend, den Anwendungsbereich des Verbots des § 311b Abs. 4 BGB möglichst klein zu halten, legt *Sommer* diese Ausnahmeregelung konsequenterweise tendenziell weit aus. So lässt er beispielsweise mit der herrschenden Meinung⁸ alle potenziellen gesetzlichen Erben als Vertragspartner eines solchen erlaubten Erbschaftsvertrages zu; auf die tatsächliche Berufung als gesetzlicher Erbe im Todeszeitpunkt des Erblassers kommt es danach nicht an (S. 133 ff.).

Noch weiter gehend als die herrschende Literatur legt *Sommer* die Ausnahmenvorschrift insbesondere bzgl. der Zulässigkeit von Erbschaftsverträgen zugunsten Dritter – hier kommt es dem Autor zufolge nicht darauf an, ob der Dritte auch dem Kreis der gesetzlichen Erben angehört⁹ (S. 143 ff.) – sowie der quantitativen Begrenzung des Vertragsgegenstandes auf den Erbteil (S. 157 ff.) aus. Bezüglich Letzterem setzt er sich sehr eingehend mit der Entstehungsgeschichte sowie dem Telos der Norm auseinander (S. 157 ff.) und kommt zu dem Schluss, bei dem Tatbestandsmerkmal „über den gesetzlichen Erbteil“ handele es sich nicht um eine quantitative Beschränkung, sondern um ein bloßes Regelbeispiel.¹⁰ Dem ist zuzugeben, dass sich zwar durchaus teleologische Argumente finden lassen, welche für eine quantitative Beschränkung auf den Erbteil streiten,¹¹ diese aber nicht so stark wiegen, dass de lege ferenda nicht der Rechtsicherheit zuliebe über eine Aufgabe dieser Einschränkung nachgedacht werden könnte. De lege lata erscheint die von *Sommer* vertretene Auslegung insbesondere indes aufgrund des klaren Wortlauts und des Vergleichs mit § 311b Abs. 4 BGB („Erbteil“ statt „Nachlass“) methodisch nur schwer vertretbar.¹²

Mit der herrschenden Meinung bejaht der Autor über den Wortlaut der Norm hinaus die Anwendbarkeit des § 311b Abs. 5 BGB auch auf Vermächtnisse – indes auch hier ohne Begrenzung auf die Höhe des gesetzlichen Erbteils,¹³ und zwar wiederum unter Berufung auf die vorstehend skizzierte „Regelbeispielsthese“ (S. 163 ff.). Als Argument gegen die höhenmäßige Begrenzung auf den Erbteil führt er ferner an (S. 165 f.), dass bei Vereinbarungen über den Pflichtteil auch nach herrschender Meinung keine Begrenzung auf die Höhe des gesetzlichen Erbteils erforderlich sei, was insbesondere bei Pflichtteilergänzungsansprüchen eine Rolle spielen kann. Hierbei übersieht *Sommer* aber, dass der Wortlaut des § 311b Abs. 5 BGB im Zusammenhang mit dem Pflichtteil – anders als beim gesetzlichen Erbteil – gerade keine entsprechende Einschränkung vorsieht.¹⁴

Äußerst lobenswert – und das nicht nur aufgrund seiner erfreulichen sprachlichen Kürze – ist der Vorschlag des Autors für eine gesetzliche Neuregelung der Erbschaftsverträge (S. 169 f.). Er plädiert hier dafür, unter Aufgabe aller materiellen Beschränkungen sämtliche Erbschaftsverträge für zulässig zu erklären, sofern diese notariell beurkundet werden. Angesichts der auch im besprochenen Werk aufgezeigten Vielzahl an immer noch nicht mit der wünschenswerten Rechtssicherheit

3 Zum Beispiel OGHZ 2, 114; BGH, Urteil vom 30.3.1960, V ZR 176/58, BeckRS 1960, 31183357; *Kulke*, ZEV 2000, 298, 302; BeckOK-BGB/*Gehrlein*, § 311b Rdnr. 48.

4 Zum Diskussionsstand nur BeckOGK-BGB/*Schreindorfer*, § 311b Rdnr. 451.

5 Hierzu zum Beispiel v. *Proff*, ZEV 2013, 183, 185.

6 Vgl. nur BGH, Urteil vom 23.11.1994, IV ZR 238/93, MittBayNot 1995, 142.

7 Zum Beispiel *Henssler*, RNotZ 2010, 221, 231; *Dutta*, ZfPW 2017, 34, 44 f.; MünchKomm-BGB/*Ruhwinkel*, 8. Aufl. 2019, § 311b Rdnr. 134; BeckOGK-BGB/*Schreindorfer*, § 311b Rdnr. 454.

8 Vgl. nur *Limmer*, DNotZ 1998, 927, 937; BeckOGK-BGB/*Schreindorfer*, § 311b Rdnr. 466 m. w. N.

9 So aber die ganz h. M., vgl. zum Beispiel *Kaufhold*, ZEV 1996, 454, 457; *Henssler*, RNotZ 2010, 221, 233; v. *Proff*, ZEV 2013, 183, 186; BeckOGK-BGB/*Schreindorfer*, § 311b Rdnr. 468.

10 So in der Tat auch *Daniels*, Verträge mit Bezug auf den Nachlass eines noch lebenden Dritten, 110 ff.; *Limmer*, DNotZ 1998, 927, 938.

11 Hierzu BeckOGK-BGB/*Schreindorfer*, § 311b Rdnr. 471.1.

12 So i. E. die h. M., vgl. nur *Henssler*, RNotZ 2010, 221, 234 f.; BeckOGK-BGB/*Schreindorfer*, § 311b Rdnr. 471.

13 So aber die h. M., vgl. etwa *Henssler*, RNotZ 2010, 221, 228 f.; MünchKomm-BGB/*Ruhwinkel*, § 311b Rdnr. 139; BeckOK-BGB/*Gehrlein*, § 311b Rdnr. 52; BeckOGK-BGB/*Schreindorfer*, § 311b Rdnr. 47.

14 Näher hierzu BeckOGK-BGB/*Schreindorfer*, § 311b Rdnr. 474.2.

entschiedenen Streitpunkten bei der Auslegung der Vorschrift ist die Abschaffung der vertragsgegenstandsbezogenen Schranken vollumfänglich zu begrüßen. Nicht ohne Weiteres unterstützt werden kann lediglich die Aufgabe jeglicher Einschränkungen bezüglich des Personenkreises der zugelassenen Vertragspartner. Dies würde es ermöglichen, über den Nachlass einer ggf. sogar fremden, noch lebenden Person „Wetten“ abzuschließen – hier dürfte der mit der Norm tradierten Wertevorstellung, dass solche Spekulationen von der Rechtsordnung nicht gewünscht sind, der Vorzug zu geben sein.

Zusammenfassend handelt es sich um eine bemerkenswerte Arbeit, die sich sehr eingehend mit faktisch allen im Rahmen der § 311b Abs. 4 und 5 BGB bisher aufgeworfenen Auslegungsfragen beschäftigt. Alleinstellungsmerkmal dürfte der Ansatz sein, bei jedem Punkt insbesondere auch die verfas-

sungsrechtlichen Verflechtungen eingehend zu berücksichtigen, wobei man über die Reichweite der Vorgaben insbesondere des Art. 2 Abs. 1 GG auf die Auslegung der Norm an der ein oder anderen Stelle durchaus auch anderer Meinung sein kann. Uneingeschränkt lobenswert ist, dass sich dieser Argumentationsansatz des Autors wie ein roter Faden durch das Werk zieht, sodass die Ausführungen in sich stringent und überzeugend anmuten. Lediglich an einzelnen Stellen kann sich der Leser dem Eindruck nicht erwehren, dass die Diskussion darüber, was de lege lata zulässig ist, mit dem vermengt wird, was de lege ferenda wünschenswert wäre. Die Anschaffung kann ohne Weiteres jedem empfohlen werden, der sich häufiger mit Erbschaftsverträgen beschäftigt oder schlicht an einer qualitativen Bereicherung des erbrechtlichen Teils seiner Bürobibliothek interessiert ist.

Dr. Stephan Viskorf (Hrsg):

Familienunternehmen in der Nachfolgeplanung

1. Aufl., C. H. Beck, 2020. 528 S., 139 €

Von Notar Dr. **Andreas Salzmann**, Hof

Das Werk stellt an sich selbst den Anspruch, „wissenschaftlich fundierte und zugleich praxisorientierte Hilfestellungen“ zu bieten. Dies ist den Autoren in bestmöglicher Weise gelungen, da hier wissenschaftlich fundiert nicht bedeutet, dass sich das Buch in theoretischen Diskussionen verliert. Gleichwohl bleibt es niemals oberflächlich, sondern bietet vertiefte Erörterungen genau an den Stellen, an denen es sich der rechtsberatende Leser erhofft.

Zu Beginn werden noch losgelöst von juristischen Details Einblicke in die Praxis der (Nachfolge-)Beratung von Familienunternehmen, den dabei zu beachtenden Interessen und hochkomplexen Fragestellungen gegeben, die dem Einsteiger Lust auf mehr machen und die übrigen Leser in ihrer Wahl zur Tätigkeit in diesem Bereich bestätigen werden. Der Hauptteil des Buches unterteilt sich in die Unternehmenssicherung zu Lebzeiten und die Unternehmensübertragung. Die dabei zwangsläufig auftretenden Überschneidungen – so ist jede Absicherung im ersten Gesellschaftsvertrag für den Todesfall der erste Schritt zur Unternehmensübergabe – führen erfreulicherweise nicht zu Doppelungen. Hier zeigt sich, dass es sich um ein neu aufgelegtes Werk handelt, dessen Aufbau gewiss nicht nur einmal zwischen den Autorinnen und Autoren diskutiert wurde und der sehr durchdacht wirkt. Von diesem Umstand profitiert jedoch auch jeder einzelne Teil: Es gelingt dem

Autorenteam durchgängig, den jeweiligen Themenbereich vollumfänglich und gleichzeitig in den für die Gestaltung relevanten Bereichen auch tiefgründig zu erörtern. Der Gefahr, dass eine detaillierte Darstellung den Bezug zur Beratungstätigkeit verliert, wird durch die vielfachen erfreulich klaren Praxisanweisungen entgegengewirkt.

Beispielhaft sei der Abschnitt zu Poolverträgen herausgegriffen. Nach einer zur Begriffsbestimmung zwingend erforderlichen knappen Einführung schildert *Wachter* in einer klaren und strukturierten Form, die jeden Leser begeistern dürfte, die gesellschaftsrechtlichen und erbschaftsteuerrechtlichen Implikationen. Hiermit hat es jedoch nicht sein Bewenden. Vielmehr zeigt der Autor dankenswerterweise auch noch zahlreiche Gesichtspunkte aus angrenzenden Rechtsgebieten wie dem Kapitalmarkt-, dem Ertragssteuer- oder dem Sozialversicherungsrecht auf, die in der Praxis nicht außer Acht gelassen werden dürfen. Die umfassende Erörterung dieser Thematik auf gerade einmal 35 Seiten dürfte ihresgleichen suchen.

Nicht weniger gut in der Darstellungsweise sind sämtliche Ausführungen zum doch nicht immer leicht verständlichen Erbschaftsteuerrecht gelungen. Besonders hervorzuheben ist hierbei, dass die komplizierte Rechtslage nicht nur dargestellt, sondern durch kurze politische und historische – nicht selten kritische – Einwürfe nachvollziehbar erarbeitet wird. So hat der

Leser selbst bei der Begünstigung von Betriebsvermögen zumindest kurzzeitig das erfreuliche Gefühl, die neue Rechtslage durchdrungen zu haben.

Für die Beratungspraxis äußerst hilfreich dürften sich die Abschnitte zu den flankierenden Maßnahmen einer umfassenden gesellschaftsrechtlichen und steuerrechtlichen Konstruktion erweisen. Neben den zwingenden erbrechtlichen Vorkehrungen werden auch ausführlich ehevertragliche Möglichkeiten aufgezeigt sowie die Abrundung eines Gesamtkonzeptes durch ergänzende Vorsorgevollmachten dargestellt.

Das Werk kann daher jeder Notarin und jedem Notar als wertvolles Nachschlagewerk bei der Beratung von Familienunternehmen, aber auch darüber hinaus im Rahmen der Vermögensnachfolgeplanung empfohlen werden. Ebenso gut eignet sich „Familienunternehmen in der Nachfolgeplanung“ aufgrund seiner Darstellungsweise als Einstieg in die Materie für Notarassessorinnen und Notarassessoren. In diesem Bereich erfahrenen Kolleginnen und Kollegen kann es als Auffrischung der eigenen Kenntnisse und zum Abgleich der eigenen Beratungspraxis mit derjenigen der Autorinnen und Autoren dienen.

Lennart Merlin Werbeck:

Offenbare Unrichtigkeiten im Unternehmensrecht

Duncker & Humblot, 2020. 429 S., 119,90 €

Von Notar a. D. Dr. **Julius Forscher**, LL.M. (Cambridge), Würzburg

Den Notarinnen und Notaren dürfte die Beseitigung offenbarer Unrichtigkeiten vor allem im Rahmen des § 44a Abs. 2 BeurkG bekannt sein. Der Autor der vorliegenden Arbeit geht einen Schritt weiter und untersucht die Beseitigung offensichtlicher Unrichtigkeiten im gesamten Unternehmensrecht. Er betrachtet hierfür insbesondere offenbare Unrichtigkeiten im Hauptversammlungsprotokoll, im Aktienregister und in der Gesellschafterliste. Vorangestellt ist ein allgemeiner Teil, in dem Grundsätze der Beseitigung von offenbaren Unrichtigkeiten im Prozessrecht und im Beurkundungsrecht dargestellt werden. Der Autor strebt eine „Systembildung“ an (S. 35), um so eine Stärkung der Rechtssicherheit zu erreichen. Es gelingt dem Autor dem – auf den ersten Blick etwas spröde wirkenden – Thema auf mehr als 400 Seiten interessante Aspekte abzugewinnen, die auch für die Praxis hilfreich sein werden.

Unabhängig von der angekündigten Systembildung untersucht der Autor zahlreiche Einzelfragen zu einzelnen Themen, deren Wiedergabe den Umfang einer jeden Rezension sprengen würden. Einige seien beispielhaft herausgegriffen. Meines Erachtens völlig zutreffend und gut begründet geht der Autor davon aus, dass die – bislang ausschließlich – vom OLG München vertretene Auffassung, dass § 44a Abs. 2 BeurkG voraussetze, dass ein „außenstehender Dritter“ die Unrichtigkeit erkennen können müsse, als unzutreffend abzulehnen ist (S. 112).

Sehr viel Raum gibt der Autor zu Recht der Entscheidung des BGH zur Berichtigung einer Notarliste durch den Geschäftsführer (S. 260 ff.). Der Autor stimmt dem BGH an dieser Stelle zu und begrüßt die parallele Korrekturbefugnis des Geschäftsführers für die vom Notar eingereichte (fehlerhafte) Liste (S. 283). De lege ferenda spricht er sich jedoch mit guten

Argumenten dafür aus, dass der Gesetzgeber eine Alleinkorrekturbefugnis des Notars vorsehen solle, da dieser als „amtszuverlässiger Dritter“ (S. 334) eine höhere Neutralität gewährleisten könne als der Geschäftsführer, der ggf. durch die Gesellschafter unter Druck gesetzt werden könne.

Es folgt der Versuch einer Systembildung, der mit dem Gemeinplatz beginnt, dass sich „vermehrt Gemeinsamkeiten“, aber auch „deutliche Unterschiede feststellen lassen (S. 374). Sodann bringt der Autor jedoch sämtliche Korrekturatbestände auf einen gemeinsamen Nenner: Er entwickelt einen „Dreiklang der Fehlerbeseitigung“ (S. 381) bestehend aus Beseitigungstatbestand, Verfahren und Zuständigkeit sowie Rechtsfolge. Bei der anschließenden Kriterienbildung unterscheidet der Autor zwischen statischen und variablen Beseitigungskriterien. Statische Kriterien sind für den Autor die offenbare Unrichtigkeit und die Rückwirkung der Beseitigung. Diese Kriterien finden sich in sämtlichen Berichtigungstatbeständen, während die variablen Beseitigungskriterien nur teilweise oder gar nicht rechtsgebietsübergreifend fruchtbar gemacht werden können. Dies betrifft die Durchbrechung der innerprozessualen Bindung bei der Berichtigung von Urteilen sowie die in verschiedenen Teilrechtsgebieten unterschiedlich bedeutsamen Kriterien der Beweisfunktion und der Schaffung von Rechtsfrieden.

Dem Autor ist ohne Zweifel eine beeindruckende, rechtsgebietsübergreifende Systematisierung der verschiedenen Berichtigungstatbestände gelungen. Dass diese wissenschaftliche Leistung neu und eine „erstmalige Darstellung“ ist (S. 383), bedürfte keiner Hervorhebung durch den Autor, sondern erschließt sich dem kundigen Leser ohne Weiteres von selbst. Die Systematisierung trägt nicht nur zum Verständnis

des geltenden Rechts bei, sondern wird auch dem Gesetzgeber Hilfsmittel bei der künftigen Ausgestaltung des Rechts sein. Einzig zu kritisieren ist die gelegentliche Verwendung von Plattitüden („Ziel ist stets die Erkenntnis“, „wo Menschen agieren, geschehen Fehler“ etc.) und das Verwenden von verstärkenden Vokabeln. Ob etwas in einer Dissertation „auf den ersten Blick tollkühn“ erscheinen muss, ist sicherlich Geschmacksache.

Diese kleineren Kritikpunkte vermögen aber die verdienstvolle Leistung der vorliegenden Arbeit nicht zu schmälern. Sie wird ohne Zweifel Eingang in die Rechtsprechung finden und – so ist zu hoffen – auch vom Gesetzgeber zu Kenntnis genommen werden.

Aufsätze

Buchbesprechungen

Rechtsprechung

Sonstiges

Standesnachrichten

RECHTSPRECHUNG

BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

1. Wirksamkeit einer Veräußerungszustimmung durch einen Verwalter, dessen Amtszeit vor dem Inkrafttreten des COVID-Auswirkungen-Bekämpfungsg endete

OLG Bamberg, Beschluss vom 1.12.2020, 1 W 54/20, mitgeteilt von Notar **Sebastian Schmitt**, Werneck

COVID-Auswirkungen-Bekämpfungsg § 6 Abs. 1 WEG § 12

LEITSATZ:

§ 6 Abs. 1 COVID-Auswirkungen-Bekämpfungsg gilt auch für den Fall, dass die Bestellungszeit des Verwalters bereits vor dem Inkrafttreten der vorgenannten Norm abgelaufen war. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

I. Die Beteiligten haben mit notarieller Urkunde vom 17.12.2019 des Notars X in Y – URNr. (...) – den Vollzug der Auflassung des Teileigentums (39,10/1.000 Miteigentumsanteil) der Ehegatten H und I A auf B A im Wohnungseigentumsgrundbuch des AG Würzburg, Würzburg Sekt. II Bl. (...) beantragt. Beigefügt war die Verwalterzustimmung der M Hausverwaltung vom 15.4.2020, vertreten durch S M, worin u. a. versichert wird, dass die Verwaltereigenschaft weder durch Fristablauf noch aus anderen Gründen erloschen ist.

Das AG Würzburg – Grundbuchamt – hat mit Zwischenverfügung vom 19.5.2020 darauf hingewiesen, dass der Nachweis der Verwaltereigenschaft fehle. In der Grundakte befinde sich lediglich ein Nachweis der Verwalterbestellung bis 30.4.2019. Zum Zeitpunkt der Zustimmungserklärung des Verwalters sei die Verwaltereigenschaft nicht mehr ausreichend nachgewiesen. § 6 Abs. 1 des Gesetzes über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie (im Folgenden: COVID-Auswirkungen-Bekämpfungsg) vom 27.3.2020 führe nicht dazu, dass im vorliegenden Fall der Verwalternachweis entbehrlich sei. Zur Behebung des Hindernisses wurde eine Frist bis 18.6.2020 gesetzt.

Mit Schriftsatz vom 9.6.2020 haben die Beteiligten Beschwerde eingelegt. In der Eigentümerversammlung 2019 sei weder eine Neubestellung noch eine Abberufung des Verwalters erfolgt. Die am 15.4.2020 erfolgte Zustimmung des Verwalters sei jedoch nach § 6 COVID-Auswirkungen-Bekämpfungsg als wirksam anzusehen.

Das AG Würzburg hat der Beschwerde mit Beschluss vom 12.6.2020 nicht abgeholfen.

Mit Schriftsatz vom 29.9.2020 hat der Beschwerdeführer das Beschlussprotokoll der Eigentümerversammlung vom 21.9.2020 übersandt. Daraus geht hervor, dass die Hausverwaltung M „erneut bis zum 31.8.2025 zum Verwalter bestellt“ wurde. Die Unterschrift vom S M wurde notariell beglaubigt.

(...)

II. Die Beschwerde der Beteiligten ist gemäß § 11 Abs. 1 RPfG, § 71 f. GBO zulässig und hat in der Sache Erfolg. Das AG hat das Verfahren nach Maßgabe der nachfolgenden Ausführungen des Senats fortzuführen.

Das Grundbuchamt hat die von den Beteiligten beantragte Eintragung des Beteiligten zu 3 als neuen Wohnungseigentümer zu Unrecht davon abhängig gemacht, dass die Beteiligten die Zustimmung des Verwalters des Wohnungseigentums zu der Veräußerung (§ 12 Abs. 1 WEG) nachweisen.

Dieser Nachweis ist entgegen der Rechtsauffassung des Grundbuchamtes bereits erbracht.

Der Nachweis setzt nicht nur die Vorlage einer notariell beurkundeten Zustimmungserklärung einer als Verwalter der Wohnungseigentümergeinschaft auftretenden Person voraus, sondern auch den Nachweis, dass die die Zustimmungserklärung abgebende Person im Zeitpunkt dieser Erklärung auch tatsächlich Verwalter des Wohnungseigentums war (§ 26 Abs. 3, § 24 Abs. 6 WEG, vgl. auch MünchKomm-BGB/Com-michau, § 12 WEG Rdnr. 45).

Zwar geht aus den vorgelegten Unterlagen allein nicht in der nach § 29 GBO gebotenen Form hervor, dass die M Hausverwaltung am 15.4.2020, dem Zeitpunkt der notariell beurkundeten Zustimmungserklärung, Verwalterin der betroffenen Wohnungseigentümergeinschaft war. Nach Ablauf der letzten Verwalterbestellung bis zum 30.4.2019 wurde kein Beschluss zur Verlängerung der Verwalterbestellung gefasst. Diese Bestellung endete danach mit Ablauf des 30.4.2019.

Dass die M Hausverwaltung im Zeitpunkt der Zustimmungserklärung am 15.4.2020 zur Verwalterin bestellt war, folgt jedoch aus § 6 Abs. 1 des am 28.3.2020 in Kraft getretenen COVID-Auswirkungen-Bekämpfungsg. Darin ist geregelt, dass der zuletzt bestellte Verwalter im Sinne des Wohnungseigentumsgesetzes bis zu seiner Abberufung oder bis zur Bestellung eines neuen Verwalters im Amt bleibt. Dies soll nach der Intention des Gesetzgebers die Verwaltung der Gemeinschaft auch in Zeiten ermöglichen, in denen eine Eigentümerversammlung nicht zusammentreten kann (BT-Drucks. 19/18110, S. 31).

Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich zudem, dass dies nicht nur für den Fall gilt, dass die Bestellungszeit nach Inkrafttreten von § 6 Abs. 1 COVID-Auswirkungen-Bekämpfungsg am 28.3.2020 abläuft, sondern – wie vorliegend – auch dann, wenn sie zuvor abgelaufen war. Die Vorschrift führt in diesem Fall dazu, dass der vormalige Verwalter mit Beginn des 28.3.2020 kraft Gesetzes wieder ins Amt gehoben worden ist und die verwalterlose Zeit am 28.3.2020 endet (OLG Hamm, Beschluss vom 5.8.2020, 15 W 266/20: Staudinger/Jacoby, Neub. 2018, § 26 WEG Rdnr. 114.2: MünchKomm-BGB/Engelhardt, § 26 WEG. Rdnr. 23 b: DNotI, DNotI-Report 2020, 84 f., Zscheschack, ZWE 2020, 165, 166).

Daran kann der Umstand, dass die Verwalterbestellung bereits vor dem Eintritt der Corona-Pandemie endete, nichts ändern. Auch wenn eine erneute Verwalterbestellung bereits vor Beginn der Corona-Pandemie hätte erfolgen können, würde die Ansicht des Grundbuchamtes dem Sinn und Zweck des COVID-Auswirkungen-BekämpfungsgG zuwider laufen. Dann wäre die Eigentümerversammlung gezwungen, trotz der anhaltenden Beschränkungen aufgrund der Pandemie einen entsprechenden Beschluss zu fassen.

Hintergrund dieses Gesetzes ist gerade die Problematik, dass Wohnungseigentümerversammlungen während des „Shutdown“ in der Hochphase der Corona-Krise praktisch nicht als Präsenzveranstaltung abgehalten werden. Auch unter „gelockerten“ Rahmenbedingungen erscheint ein Einhalten der öffentlichrechtlichen Infektionsschutzanforderungen, auf deren Einhaltung der Versammlungsvorsitzende – regelmäßig also der Verwalter selbst – zu achten hätte, kaum zu gewährleisten zu sein. Und selbst wenn: Die Beschlussfähigkeit wird in vielen Fällen nicht in der ersten Versammlung erreicht werden, weil viele Wohnungseigentümer – namentlich aus dem Kreis der Risikogruppen – es vorziehen werden, zuhause zu bleiben, sich aber auch schwer tun, dem Verwalter Vollmacht zu erteilen. Eventualeinberufungen für diesen Fall sind, wie sonst auch, unstatthaft. Dieser Befund ist für eine jede Wohnungs- und/oder Teileigentümergeinschaft und ihre Mitglieder besonders erschwerend, wenn die Verwalterbestellung ausläuft oder in absehbarer Zeit, während der die infektionsschutzbedingten Einschränkungen als fortbestehend voraussehen sind, ihr Ende zu finden droht. Die Bestellung eines Verwalters erfolgt nach § 26 Abs. 1 WEG durch Beschluss. Diesen fassen die Sondereigentümer im Regelfall auf einer Präsenz-Eigentümerversammlung. Alternativ könnte ein Beschluss zwar im schriftlichen Verfahren nach § 23 Abs. 3 WEG gefasst werden. Voraussetzung und zugleich praktisches Problem eines solchen Vorgehens ist, dass sämtliche Wohnungseigentümer sowohl dem schriftlichen Verfahren als auch dem Beschlussvorschlag schriftlich zustimmen müssen, wobei in der dem Vorschlag zustimmenden Äußerung, wie naheliegend, das erstere Erfordernis als erfüllt angesehen werden kann. Ob eine Übermittlung per Telefax oder E-Mail genügt, ist noch nicht abschließend geklärt. Der Gesetzgeber hat erkannt, dass die Praxis an derlei Hürden meist scheitern wird, auch weil nicht durchgängig gesichert ist, dass alle Wohnungseigentümer erreicht werden oder eine generelle Verweigerungshaltung einiger weniger überwunden werden kann. In Großwohnanlagen wäre der Verwaltungsaufwand ohnehin immens. Deshalb ist in § 6 Abs. 1 COVID-Auswirkungen-BekämpfungsgG geregelt worden, dass der zuletzt bestellte Verwalter bis zu seiner Abberufung oder bis zur Bestellung eines neuen Verwalters im Amt bleibt. Damit hat der Gesetzgeber sicherstellen wollen, dass es infolge der COVID-19-Pandemie nicht zu verwalterlosen Zuständen kommt. Eine gewisse Handlungsunfähigkeit sollte vermieden werden (*Butenberg/Drasdo/Först/Hannemann/Heilmann*, NZM 2020, 493, 494 ff.).

Für den vorliegenden Fall folgt daraus, dass die nach Inkrafttreten des COVID-Auswirkungen-BekämpfungsgG erklärte Verwalterzustimmung für das Grundbuchamt zur Eintragung des Beteiligten zu 3 als neuen Wohnungseigentümer als hinreichend anzusehen ist.

III. Eine Kostenentscheidung ist wegen des Erfolgs der Beschwerde nicht veranlasst. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 78 GBO sind nicht gegeben.

•

2. Unwirksamkeit einer von der Ausübung des Mietervorkaufsrechts abhängigen Preiserhöhung

KG, Urteil vom 2.10.2020, 17 U 18/18

BGB §§ 138, 464 Abs. 2, §§ 465, 467 Satz 1, § 573 Abs. 1 Nr. 3, § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1

LEITSATZ:

Eine differenzierte Preisabrede, die eine Preiserhöhung von der Ausübung des Vorkaufsrechts bzw. abstrakt vom Erlöschen mietvertraglicher Bindungen abhängig macht, ist im Verhältnis zum vorkaufsberechtigten Mieter unwirksam.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Klägerin begehrt von der Beklagten nach Ausübung eines Mietervorkaufsrechts die Rückzahlung eines Teils des an diese unter Vorbehalt gezahlten Kaufpreises.

2 Die Beklagte war Eigentümerin des mit einem Mehrfamilienhaus bebauten Grundstücks in der (...) Straße (...) in B. Die Klägerin war seit dem 1.1.2011 Mieterin der Wohnung Nummer 23 des Wohnhauses, eine 46,60 m² große unsanierte Wohnung. Die Beklagte teilte das Mehrfamilienhaus im Jahr 2015 in Wohnungseigentumseinheiten auf. Die Klägerin erklärte gegenüber dem von der Beklagten mit dem Verkauf der Eigentumswohnungen beauftragten Makler im Vorfeld mehrfach ihr Interesse am Erwerb der Wohnung. Mit Kaufvertrag vom 6.12.2016 zu Urkundenrollennummer (...) /2016 des Notars S (...) verkaufte die Beklagte die von der Klägerin bewohnte Wohnung (eingetragen im Grundbuch ...) an Frau G. Unter 2.1 des Kaufvertrages haben die Parteien folgendes vereinbart:

„Der Kaufpreis für den vorbezeichneten Grundbesitz beträgt 163.266,67 € (...). Die Parteien gehen davon aus, dass Bemessungsgrundlage des Wohnungskaufpreises i. H. v. 163.266,67 € die Lieferung des Wohnungseigentums ohne Mietverhältnis mit einem Dritten ist. Der Kaufgegenstand ist derzeit vermietet. Es gilt „ohne Mietverhältnis mit einem Dritten“ zu liefern, soweit der Mieter sein Vorkaufsrecht ausübt oder der Verkäufer dem Käufer binnen eines Monats nach Beurkundung nachweist, dass das Mietverhältnis aufgelöst oder gekündigt ist. Wird das Wohnungseigentum gegen vorstehender Beschreibung mit dem laufenden oder einem anderen Mietverhältnis geliefert, mindert sich der Kaufpreis um 10 % auf 146.940 € für das Wohnungseigentum.“

3 Alle Kaufverträge, mit denen die Beklagte vermietete Wohnungen, die einem Vorkaufsrecht unterlagen, im Objekt (...)

verkaufte, enthalten eine solche Klausel. Sie fehlt hingegen in den Kaufverträgen, mit denen die Beklagte vermietete Wohnungen in diesem Objekt verkaufte, für die kein Vorkaufsrecht gilt, wie die Klägerin in der mündlichen Berufungsverhandlung unstreitig vorgetragen hat.

4 Mit Schreiben vom 14.2.2017 (...) an die Beklagte übte die Klägerin das Vorkaufsrecht für ihre Wohnung aus. Hierbei wies sie bereits vorsorglich darauf hin, dass sie in der Regelung zum Kaufpreis einen Verstoß gegen § 577 Abs. 5 BGB sehe. Mit Schreiben vom 15.2.2017 (...) bestätigte Notar S die rechtzeitige Ausübung des Vorkaufsrechts. Die Klägerin zahlte 163.266,67 € an die Beklagte unter dem Vorbehalt der teilweisen Rückforderung.

5 Die Klägerin hat beim LG Berlin beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an sie die Differenz i. H. v. 16.326,67 € zwischen dem für eine unvermietete Wohnung gezahlten und dem für eine vermietete Wohnung zu entrichtenden Kaufpreis nebst Zinsen zu zahlen, da die differenzierte Preisabrede eine Umgehung des Mietervorkaufsrecht gemäß § 577 Abs. 5 BGB darstelle.

6 Mit am 22.8.2018 verkündetem Urteil, auf dessen tatsächliche Feststellungen Bezug genommen wird, hat das LG Berlin die Beklagte verurteilt, an die Klägerin 16.326,67 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 31.10.2017 zu zahlen, da die zwischen der Beklagten und dem Käufer vereinbarte differenzierte Preisabrede gegen den Schutzzweck von § 577 Abs. 5 BGB verstoße und deshalb unwirksam sei, soweit diese einen um 16.326,67 € höheren Kaufpreis bestimme für den Fall, dass der Mieter sein Vorkaufsrecht ausübt und die Wohnung deshalb als unvermietet verkauft gilt. Das LG Berlin hat weiter ausgeführt, dass auch der unterschiedliche Wertzuwachs im Fall einer unvermieteten und einer vermieteten Wohnung eine solche Abrede nicht rechtfertige. Der Käufer gehe im Fall des Bestehens eines Mietervorkaufsrechts grundsätzlich von einer vermieteten Wohnung aus. Auch die Möglichkeit des Mieters, die Wohnung nach Erwerb zu einem höheren Preis weiterzuveräußern und somit einen Gewinn zu erzielen, spreche nicht dagegen, denn die gewinnbringende Weiterveräußerung stelle einen Vorteil dar, der dem Mieter durch § 577 BGB zufällig zufalle. Wegen des weitergehenden Zinsantrages hat das LG Berlin die Klage im Übrigen abgewiesen.

7 Gegen das ihr am 28.8.2018 zugestellte Urteil hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 11.9.2018, der beim KG am 14.9.2018 eingegangen ist, Berufung eingelegt und diese nach Verlängerung der Begründungsfrist bis zum 5.11.2018 mit Schriftsatz vom 1.11.2018, der am gleichen Tag beim KG eingegangen ist, begründet.

8 Die Beklagte rügt:

9 Die vom LG Berlin für unwirksam gehaltene differenzierte Preisabrede sei wirksam. Die Klausel stelle keine einseitige Benachteiligung der Mieterin dar, da auch die Erstkäuferin den ungeminderten Kaufpreis hätte zahlen müssen, wenn eine Auflösung oder Kündigung des Mietverhältnisses innerhalb von einem Monat nach Beurkundung nachgewiesen worden wäre. Dies sei wegen des regelmäßig höheren Wertes einer unvermieteten Wohnung auch sachgerecht; denn der Mieter

erhalte auch ansonsten den wirtschaftlichen Vorteil einer unvermieteten Wohnung. Der verlangte Preis für eine unvermietete Wohnung entspreche den Marktgegebenheiten.

10 Die Beklagte beantragt,

unter Abänderung des Urteils des LG Berlin vom 22.8.2018, 84 O 214/17 – die Klage abzuweisen.

11 Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

12 Die Klägerin verteidigt das erstinstanzliche Urteil; sie ist der Ansicht, die differenzierte Preisabrede sei unwirksam. Im Übrigen sei die Regelung, wonach sich der Verkäufer zur Übertagung einer unvermieteten Wohnung verpflichtet und der Kaufpreis in diesem Fall 163.266,67 € betragen soll, mangels Rechtsbindungswillen der Parteien des Kaufvertrages als Scheinvereinbarung gemäß § 117 Abs. 1 BGB nichtig.

13 II. Die gemäß §§ 511, 517, 519, 520 ZPO zulässige Berufung hat keinen Erfolg. Das LG Berlin hat zu Recht einen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Rückzahlung von 16.326,67 € gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB bejaht. Die Beklagte hat die Zahlung in dieser Höhe durch eine Leistung der Klägerin ohne Rechtsgrund erlangt, denn die unter 2.1 vereinbarte differenzierte Preisabrede ist gemäß § 464 Abs. 2, § 577 Abs. 5, § 138 BGB gegenüber der Klägerin als Mieterin unwirksam, soweit diese einen um 16.326,67 € höheren Kaufpreis bestimmt für den Fall, dass der Mieter sein Vorkaufsrecht ausübt und die Wohnung deshalb als unvermietet verkauft gilt. Insoweit wird zunächst auf die rechtlichen Darlegungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen. Die Berufungsbegründung gibt Anlass zu folgenden ergänzenden Ausführungen.

14 Differenzierte Preisabreden in Kaufverträgen über eine mit einem Mietervorkaufsrecht belastete Wohnung können unterschiedlich ausgestaltet sein. Sie lassen sich grob in drei Gruppen unterteilen. Es gibt Klauseln, die eine Preiserhöhung nur für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts vorsehen und vom Erstkäufer – unabhängig vom weiteren Bestand des Mietvertrages nach Kaufvertragsschluss – einen geringeren Kaufpreis verlangen. In einer weiteren Variante wird die Preiserhöhung nicht lediglich von der Ausübung des Vorkaufsrechts, sondern allgemein von dem Erlöschen des Mietverhältnisses (durch Konfusion, Auflösung oder Kündigung) abhängig gemacht. Schließlich ist eine Variante vorstellbar, nach der ein höherer Kaufpreis dann gezahlt werden soll, wenn die Wohnung vor Eigentumsübergabe frei geworden, der Mieter also tatsächlich ausgezogen ist. Die hiesige Klausel ist vom Regelungsgehalt der zweiten Variante zuzuordnen. Sie macht einen höheren Kaufpreis zwar nicht abstrakt von dem Erlöschen mietvertraglicher Bindungen abhängig. Dass sie die einzelnen Beendigungsmöglichkeiten konkret auflistet (Ausübung des Vorkaufsrechts und Auflösung bzw. Kündigung des Mietvertrages), ist für die Einteilung jedoch unerheblich.

15 Zur Zulässigkeit von differenzierten Preisabreden im Falle eines Mietervorkaufsrechts gibt es mehrere Auffassungen. Teilweise wird bereits eine differenzierte Preisabrede, die allein für den Mieter bei Ausübung des Vorkaufsrechts einen höheren Kaufpreis vorsieht, unter Hinweis auf § 464 Abs. 2 BGB

(OLG München, Beschluss vom 21.2.2005, 10 W 672/05, MittBayNot 2005, 306) bzw. wegen des in § 573 Abs. 1 Nr. 3 BGB (gemeint ist wohl § 573 Abs. 2 Nr. 3 BGB) enthaltenen Rechtsgedankens der wirtschaftlichen Verwertung (Bub/Treier/*Drasdo*, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiere, 2019, Kapitel VII. Das vermietete Wohnungseigentum Rdnr. 279, beck-online) für wirksam gehalten.

16 Nach einer anderen Ansicht werden jedenfalls differenzierte Preisabreden, die die Kaufpreiserhöhung von mietvertraglichen Bindungen abhängig machen, unter Hinweis auf die unterschiedlichen Marktpreise für vermietete und unvermietete Wohnungen für zulässig gehalten (*Derleder*, NJW 1996, 2817, 2819). Teilweise wird zusätzlich gefordert, dass die Preisdifferenz den Marktgegebenheiten entspricht (Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, 14. Aufl. 2019, § 577 BGB Rdnr. 79; jurisPK-BGB/*Tiedemann*, Stand: 1.2.2020, § 577 Rdnr. 122). Es wird argumentiert, dass der Mieter die Wohnung zu günstigeren Bedingungen als der Erstkäufer erwerben könne, da der Mietvertrag mit dem Eigentumserwerb des Mieters erlösche. Dies zeige sich insbesondere dann, wenn der Mieter die Wohnung nach dem Eigentumserwerb freistehend – zu einem höheren Preis – weiterveräußert. Die damit verbundenen Vermögensvorteile seien vom Schutzzweck des § 577 BGB nicht gedeckt (Schmidt-Futterer/*Blank*, Mietrecht, § 577 BGB Rdnr. 79).

17 Schließlich wird vertreten, dass differenzierte Preisabreden, die die Kaufpreiserhöhung nur für den vorkaufsberechtigten Mieter vorsehen oder aber abstrakt von mietvertraglichen Bindungen abhängig machen, unzulässig sind. Schon der Ausgangspunkt der ersten Ansicht, wonach vermietete Wohnungen stets nur mit einem Preisabschlag verkauft werden, wird in dieser Allgemeinheit nicht für zutreffend angesehen, da ein Preisabschlag nur bei einem unterhalb des Marktniveaus vermietetem Objekt bzw. dann im Raum stehe, wenn es zur Eigennutzung erworben werden soll (*Herrler*, ZfPW 2018, 328, 344). Eine differenzierte Gestaltung des Preises verstößt nach dieser Auffassung gegen den Rechtsgedanken des § 465 BGB, weil eine Abrede, die von der Nichtausübung des Vorkaufsrechts abhängt, dem Mieter nicht zum Nachteil gereichen könne. Entscheidend ist nach dieser Ansicht, dass sich eine derartige differenzierte Preisabrede ausschließlich zulasten des Mieters auswirke und daher ein Preisunterschied zwischen vermieteten und unvermieteten Wohnungen lediglich als Deckmantel dafür diene, dem Mieter die Ausübung des Mietervorkaufsrechts zu verleiden bzw. den nach § 467 Satz 1 BGB ihm zugeordneten Paketabschlag nicht gewähren zu müssen. Ungeachtet der abstrakten Formulierung dieser Preisabrede führe diese unweigerlich dazu, dass der Mieter bei Ausübung seines Vorkaufsrechts stets den höheren Preis zu zahlen hat, wohingegen den Erstkäufer im Regelfall (also bei Fortbestehen des bisherigen Mietverhältnisses) lediglich eine niedrigere Zahlungsverpflichtung trifft. Im Ergebnis handele es sich um zwei verschiedene Kaufverträge über dieselbe Sache, aber mit unterschiedlichen Preisen. Der Vertrag mit dem niedrigeren Preis sei auflösend, der mit dem höheren Preis aufschiebend bedingt durch die Ausübung des Vorkaufsrechts. Darin wird eine Benachteiligung des Mieters gesehen, weil ihm entgegen § 464 Abs. 2 BGB, § 465 BGB ein Kaufvertrag mit der primär vereinbarten Bestimmung eines niedrigeren Preises verwehrt werde (*Sonnenschein*, NJW

1997, 1270, 1283 für die gleichlautenden § 505 Abs. 2, § 3 506 BGB a. F.; *Herrler*, a. a. O., S. 345; *Staudinger/Rolls*, Neub. 2018, § 577 Rdnr. 83; *Spielbauer/Schneider/Krenek*, Mietrecht, 2. Aufl. 2018, § 577 BGB Vorkaufsrecht des Mieters Rdnr. 65; *Walburg*, WuM 2020, 135, 137). Auch wenn es sich hierbei nicht um eine lediglich zum Schein aufgenommene „Abschreckungsvereinbarung“ handelt, bestehen nach dieser Ansicht wegen der deutlich hervortretenden Eignung zur Verletzung des Vorkaufsrechts erhebliche Bedenken, denn nach dem Rechtsgedanken des § 465 BGB könne sich der Verkäufer nicht auf Abreden berufen, die vom Nichteintritt des Mieters abhängig sind, was hinsichtlich des niedrigeren Kaufpreises der Fall wäre (MünchKomm-BGB/*Häublein*, 8. Aufl. 2020, § 577 Rdnr. 30; BeckOGK-BGB/*Klühs*, Stand: 1.7.2020, § 577 Rdnr. 122).

18 Der Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an. Eine differenzierte Preisabrede, die eine Preiserhöhung von der Ausübung des Vorkaufsrechts bzw. abstrakt vom Erlöschen mietvertraglicher Bindungen abhängig macht, widerspricht im Verhältnis zum Mieter dem Gesetzeswortlaut, wonach eine zum Nachteil des Mieters von den gesetzlichen Vorschriften abweichende Vereinbarung unwirksam ist (§ 577 Abs. 5 BGB). In den nach § 577 Abs. 1 Satz 3 BGB auf das Mietervorkaufsrecht anzuwendenden Vorschriften über den Vorkauf ist bestimmt, dass mit der Ausübung des Vorkaufsrechts der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den Bestimmungen zustande kommt, welche der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat (§ 464 Abs. 2 BGB). Kaufobjekt ist dabei immer eine vermietete Wohnung, denn Kauf bricht nicht Miete (§ 566 BGB). Ein Mietverhältnis kann auch nur unter ganz engen Voraussetzungen gekündigt werden. Die gesetzliche Regelung in § 577 Abs. 5, § 464 Abs. 2 BGB kann deshalb nicht allein mit dem Hinweis auf höhere Marktpreise für unvermietete Wohnungen ausgehebelt werden. Wie bereits das LG unter Berufung auf ein zur Schadensersatzpflicht bei Verletzung eines Mietervorkaufsrechts ergangenes Urteil des BGH vom 21.1.2015, VIII ZR 51/14 (juris Rdnr. 37) festgestellt hat, war dem Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesmaterialien u. a. daran gelegen, dem Mieter die Möglichkeit zu eröffnen, die Wohnung zu einem Kaufpreis zu erwerben, den auch ein Dritter für die Wohnung zu zahlen bereit ist (BT-Drucks. 12/3013, S. 18; 12/3254, S. 40). Dabei kann es sich entgegen der Ansicht der Beklagten nur um den Preis für die vermietete Wohnung handeln, denn das Verkaufsobjekt, das einem Mietervorkaufsrecht unterliegt, ist notwendigerweise eine vermietete Wohnung, wie das LG bereits zutreffend dargelegt hat. Die dem Mieter mit § 577 BGB und aufgrund der Beendigung des Mietverhältnisses infolge Konfusion eingeräumte Rechtsposition beinhaltet – im Falle eines geringeren Marktpreises für eine vermietete Wohnung – gleichzeitig mittelbar die Zuweisung eines Vermögensvorteils an ihn, wie auch *Herrler* (a. a. O., S. 345) anhand des Beispiels einer Abfindungszahlung darlegt. Eine solche Zuweisung des Vermögensvorteils benachteiligt den Vermieter auch nicht, denn er ist von Anfang an lediglich Eigentümer einer vermieteten Wohnung, die am Markt ggf. (siehe oben) nur mit einem Preisabschlag verkauft werden kann. Dem Verkäufer muss daher im Falle einer dem Mieter zu seinem Schutz durch ein Vorkaufsrecht eingeräumten Rechtsposition kein – zusätz-

licher – Vermögensvorteil zugeordnet werden. Im Verhältnis zum Mieter besteht auch für eine Klausel, die abstrakt den Fall eines Erlöschens des Mietverhältnisses regelt, gar kein Grund, denn bei Ausübung des Vorkaufsrechts erlischt das Mietverhältnis immer durch Konfusion. In Bezug auf ihn als Vertragspartner handelt es sich bei der Differenzierung zwischen einer vermieteten und einer unvermieteten Wohnung um eine reine Fiktion. Ein Bedürfnis des Verkäufers für eine solche Regelung zur Preiserhöhung bei Erlöschen des Mietverhältnisses kann allenfalls im Verhältnis zum Erstkäufer bestehen und deshalb auch nur dort Wirksamkeit entfalten. Anzumerken ist insoweit allerdings, dass bei Abschluss eines Kaufvertrages über eine Wohnung regelmäßig klar ist, ob eine Beendigung des Mietverhältnisses im Raum steht. Außerdem dürfte für die Kaufpreisbildung tatsächlich relevanter sein, ob eine mögliche Auflösung bzw. Beendigung des Mietverhältnisses durch eine Räumung der Wohnung umgesetzt worden ist oder ob die eventuell ungewisse Durchsetzung im weiteren Verlauf noch dem Käufer obliegt. In entsprechenden Abfindungsvereinbarungen mit dem vorkaufsberechtigten Mieter wird deshalb sicherlich regelmäßig eine kurze – spätestens vor Eigentumsübergang – liegende Frist zu Räumung aufgenommen.

19 Soweit die Beklagte Bezug nimmt auf Ausführungen einiger Vertreter der letztgenannten Ansicht, wonach eine Abrede jedenfalls zulässig sein soll, die für den Fall des Freiwerdens der Wohnung vor Eigentumsübergang eine Kaufpreiserhöhung vorsieht, weil diese Regelung auch den Dritten binde, während die andere ausschließlich zulasten des Mieters wirke (*Herrler*, a. a. O., S. 345 zu Räumung durch den Mieter; *MünchKomm-BGB/Häublein*, § 577 Rdnr. 30 zu Freiwerden der Wohnung; *BeckOGK-BGB/Klühs*, § 577 Rdnr. 123 zu Mieterauszug), ist anzumerken, dass die streitgegenständliche Preisabrede gerade keine solche Freiwerdensklausel enthält und die vorkaufsberechtigte Mieterin die Wohnung auch nicht geräumt hat. In dem hiesigen Vertrag sind lediglich zwei Varianten geregelt, wann das Kaufobjekt als „ohne Mietverhältnis mit einem Dritten“ geliefert wird. Zum einen, wenn der Mieter sein Vorkaufsrecht ausübt und zum anderen, wenn der Verkäufer binnen eines Monats nach Beurkundung dem Käufer nachweist, dass das Mietverhältnis aufgelöst oder gekündigt ist. Die Klausel regelt damit gerade keine Preiserhöhung für den Fall des tatsächlichen Mieterauszugs; Grundlage soll vielmehr lediglich der Bestand der mietvertraglichen Bindungen sein. Eine solche Klausel ist nach Auffassung des Senats jedenfalls im Verhältnis zum vorkaufsberechtigten Mieter unwirksam (siehe oben). Dabei ist es entgegen der Auffassung der Beklagten unerheblich, ob die differenzierte Preisabrede semantisch so ausgestaltet ist, dass eine Erhöhung des für eine vermietete Wohnung geltenden Kaufpreises oder dass eine Verringerung des für eine unvermietete Wohnung zu zahlenden Kaufpreises erfolgen soll.

(...)

3. Grundbucheklärungen durch Vorsorgebevollmächtigten

OLG Nürnberg, Beschluss vom 30.7.2020, 15 W 2126/20, mitgeteilt von **Andreas Leuzinger**, Richter am OLG Nürnberg

BGB §§ 177, 1821, 1908i

GBO § 29 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Eine den Anforderungen des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO genügende Vollmachtsbestätigung kann nicht durch einen (weiteren) Vertreter desjenigen erklärt werden, der die ursprüngliche Vollmacht erteilt hat.
2. Die Genehmigung der von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht gemäß § 177 Abs. 1 BGB vorgenommenen Belastung des Grundstücks eines Betreuten mit einer Grundschuld durch den Betreuer unterliegt ihrerseits dem Genehmigungsvorbehalt nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1, § 1908i Abs. 1 BGB.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beschwerdeführerin ist im Grundbuch des AG Schwandorf von Burglengenfeld als Eigentümerin des auf Blatt (...) geführten Grundstücks eingetragen.

2 Mit notarieller Urkunde vom 18.12.2019 bestellte der Beteiligte zu 1 handelnd für die Beschwerdeführerin eine Buchgrundschuld zur Absicherung eines Darlehens, mit dem ungedeckte Heimkosten beglichen werden sollten. Er legte dabei eine von der Beschwerdeführerin ausgestellte privatschriftliche „Vorsorgevollmacht“ vom 20.10.2011 vor.

3 In der Folge bestellte das AG – Betreuungsgericht – Schwandorf den Beteiligten zu 2 zum Betreuer der Beschwerdeführerin, wobei sein Aufgabenkreis unter anderem die Belastung des genannten Grundstücks umfasste.

4 Unter Vorlage des ihm erteilten Betreuerausweises vom 13.3.2020 genehmigte der Betreuer der Beschwerdeführerin mit notarieller Erklärung vom 6.4.2020 die Urkunde vom 18.12.2019 „ihrem ganzen Inhalt nach“ und bestätigte „(d)ie in der Urkunde genannte Vorsorgevollmacht vom 20.10.2011“.

5 Mit am 16.4.2020 eingegangenem Schreiben beantragte der Urkundsnotar den Vollzug der Grundschuldbestellungsurkunde vom 18.12.2019. Er vertritt die Auffassung, dass der Betreuer der Beschwerdeführerin die privatschriftliche Vollmacht – wie in öffentlich-beglaubigter Form nachgewiesen sei – wirksam bestätigt habe und dies keiner Genehmigung durch das Betreuungsgericht bedürfe. Würde man annehmen, die Bestätigung der Vollmacht sei nur durch den Vollmachtgeber höchstpersönlich möglich, würde das Grundbuchverfahrensrecht verhindern, dass ein materiellrechtlich wirksam abgeschlossenes Rechtsgeschäft vollzogen werde. Der Zweck der betreuungsgerichtlichen Genehmigungsverfahren, nämlich die Interessen der Beschwerdeführerin zu wahren, liefe angesichts der privatschriftlich erteilten Vollmacht mangels Ermessensspielraums leer. Die Beschwerdeführerin habe die Verantwortung dafür, dass für sie geschlossene Rechtsgeschäfte ihren Interessen entsprechen, in die Hände von ihrem Bevoll-

mächtigen gelegt. Dies würde negiert werden, wenn man eine betreuungsgerichtliche Genehmigung der Vollmachtsbestätigung verlangen würde.

6 Mit Zwischenverfügung vom 22.5.2020 wies das AG – Grundbuchamt – Schwandorf darauf hin, dass der beantragten Eintragung die betreuungsgerichtliche Genehmigung der Grundschuldbestellung entgegenstehe. Der Betreuer könne – so das Grundbuchamt – die Grundschuldbestellung wirksam genehmigen, nicht aber durch die Bestätigung der Vollmacht aus einer privatschriftlichen Vollmacht eine für das Grundbuchverfahren notwendige öffentlich beglaubigte Urkunde machen.

7 Dagegen wandte sich der Urkundsnotar „namens der Grundstückseigentümerin“ mit Beschwerde vom 9.6.2020 unter Aufrechterhaltung und Vertiefung seiner bisherigen Argumentation.

8 Am 23.6.2020 entschied das Grundbuchamt, der Beschwerde nicht abzuwehren.

9 II. Das gegen die Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 GBO gerichtete Rechtsmittel ist als unbeschränkte Beschwerde (§ 11 Abs. 1 RPfG, § 71 Abs. 1 GBO) statthaft und auch im Übrigen zulässig (§ 73 GBO, § 15 Abs. 2 GBO, § 10 Abs. 2 Nr. 3 FamFG). Die Beschwerde hat in der Sache aber keinen Erfolg.

10 1. Die Rechtsauffassung des Grundbuchamts, dass der Betreuer der Beschwerdeführerin mit seiner notariell beglaubigten Erklärung vom 6.4.2020 die Grundschuldbestellung lediglich wirksam genehmigen, nicht aber die privatschriftliche Vollmacht in der gemäß § 29 GBO erforderlichen Form bestätigen konnte, trifft zu.

11 a) Die Form für den grundbuchmäßigen Nachweis einer zur Eintragung erforderlichen Erklärung verlangt das Gesetz auch dort, wo diese Erklärung ihr materiellrechtlich nicht unterworfen ist. Diese Einschränkung der Möglichkeit formloser Verfügungen muss im Hinblick auf den Zweck des Grundbuchs, über Rechtsverhältnisse an Grundstücken und Grundstücksrechten zuverlässig Auskunft zu geben, hingenommen werden. Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Möglichkeit, eine formgerechte Erklärung abzugeben, im Einzelfall erschwert oder unzumutbar ist oder sogar unmöglich sein sollte (BayObLG, Beschluss vom 17.5.1984, BReg. 2 Z 31/84, MittBayNot 1985, 24, 25). Die Vorschrift des § 29 GBO dient gerade auch dem Schutz des (Buch-)Berechtigten.

12 b) Die sog. „Vollmachtsbestätigung“, die auch „Vollmachtsanerkennnis“ oder „Vollmachtsgeständnis“ genannt wird, ist letztlich ein Ausfluss der unterschiedlichen materiellrechtlichen und formellen Formerfordernisse. Die Rechtsprechung lässt es ausreichen, wenn der Vollmachtgeber in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO erklärt, er habe dem Vertreter bereits Vollmacht erteilt (RG, Urteil vom 23.5.1922, VII 492/21, RGZ 104, 358, 361; BGH, Beschluss vom 6.3.1959, V ZB 3/59, NJW 1959, 883; BayObLG, Beschluss vom 28.6.1984, BReg. 2 Z 43/84, MittBayNot 1984, 186, 187). Eine solche bestätigende Erklärung ist Mittel zum Nachweis einer in der Vergangenheit erteilten Vollmacht (OLG Brandenburg, Urteil vom 7.6.2017, 4 U 90/16, juris Rdnr. 25). Eine in der Form des § 29 GBO

abgegebene Vollmachtsbestätigung beweist zwar nur, dass die Erklärung abgegeben wurde. Das Grundbuchamt darf dennoch auch von der inhaltlichen Richtigkeit der Erklärung ausgehen, wenn und soweit der Erklärende den erstrebten Erfolg auch durch eine Genehmigung des von dem Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfts erreichen könnte (BGH, a. a. O.).

13 c) Gemessen daran kann eine den Anforderungen des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO genügende Vollmachtsbestätigung nicht durch einen (weiteren) Vertreter desjenigen erklärt werden, der die ursprüngliche Vollmacht erteilt hat. Denn trotz Vertretungsmacht kann er – wie für eine Vollmachtsbestätigung aber wesentlich ist (Meikel/Hertel, GBO, 11. Aufl., § 29; auch: Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 3536) – gerade nicht erklären, dass er dem (ursprünglichen) Bevollmächtigten zeitlich bereits vor Abgabe der rechtsgeschäftlichen Erklärung Vollmacht erteilt hat. Dies scheidet schon daran, dass ein Vertreter immer eine eigene Willenserklärung abgibt (Palandt/Ellenberger, 79. Aufl., Vor § 164 Rdnr. 11); er selbst ist der rechtsgeschäftlich Handelnde. Es ist dem (weiteren) Vertreter demgemäß rechtlich auch nicht möglich, die ursprüngliche Vollmachtserteilung des Vertretenen zu wiederholen. Und genehmigt er ein vollmachtloses Handeln, mag dies für und wider dem Vertretenen wirken, beruht aber dennoch auf seiner eigenen Willenserklärung.

14 Ist ein Vertretener zur Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung nicht mehr in der Lage, mag es sein, dass sein gesetzlicher Vertreter, insbesondere sein Betreuer, die Erklärung trotz ihres höchstpersönlichen Charakters abgeben kann. Dies jedoch ebenfalls nur als eigene Erklärung und nicht für den Vertretenen (OLG Celle, Beschluss vom 20.6.2018, 6 W 78/18, juris Rdnr. 7).

15 Bei einer Vollmachtsbestätigung ist es die Personenidentität, die es rechtfertigt, von der inhaltlichen Richtigkeit einer (öffentlich beglaubigten) Vollmachtsbestätigung auszugehen. So ist der Vollmachtgeber selbst derjenige, der es am besten wissen muss, wann er wen bevollmächtigt hat. Und ihn treffen auch die Folgen der Vollmacht. Ein (weiterer) Vertreter ist als Dritter hingegen bestenfalls Zeuge. Seine Bestätigung ist – wenn überhaupt – der Bericht über eine tatsächliche Wahrnehmung in der Vergangenheit. Eine Beweisaufnahme findet im Grundbuchverfahren grundsätzlich aber nicht statt (BayObLG, Beschluss vom 5.4.1989, BReg. 2 Z 33/89, juris Rdnr. 11).

16 2. Dass die Bestellung der Buchgrundschuld möglicherweise materiellrechtlich wirksam ist, steht einer Genehmigung nach § 177 Abs. 1 BGB nicht entgegen.

17 Die zur Eintragung erforderlichen Erklärungen und sonstigen Eintragungsvoraussetzungen sind dem Grundbuchamt vom Antragsteller nachzuweisen (BeckOK-GBO/Otto, 39. Ed., § 29 Rdnr. 4; Meikel/Hertel, GBO, § 29 Rdnr. 17; Demharter, GBO, § 13 Rdnr. 5; Keller/Munzig/Volmer, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 29 Rdnr. 11). Dabei gilt die Beweismittelbeschränkung des § 29 GBO. Gelingt dem Antragsteller die Beschaffung ausreichender Nachweise hinsichtlich der Eintragungsvoraussetzungen nicht, unterbleibt die Eintragung. Daraus folgt: Solange die Vertretungsmacht eines handelnden Vertreters nicht nachgewiesen ist, hängt die Wirksamkeit der Erklä-

rung für und gegen den Vertretenen aus Sicht des Grundbuchamts von dessen Genehmigung ab, § 177 Abs. 1 BGB.

18 3. Gemäß § 1821 Abs. 1 Nr. 1, § 1908i Abs. 1 BGB ist die Belastung des Grundstücks eines Betreuten mit einer Grundschuld grundsätzlich genehmigungspflichtig. Nichts anderes gilt für die Genehmigung eines entsprechenden Handelns eines Vertreters ohne Vertretungsmacht durch einen Betreuer gemäß § 177 Abs. 1 BGB.

19 Jedenfalls die Genehmigung des Berechtigten einer Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand getroffen hat (§ 185 BGB), ist als Verfügung anzusehen (RG, Urteil vom 7.7.1917, V 66/17, RGZ 90, 395, 399 f.; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl., Vor § 1821 Rdnr. 7). Daraus folgt das Erfordernis der betreuungsrechtlichen Genehmigung für den Fall, dass ein Betreuer seine Zustimmung zu einer Verfügung erteilt, die ein anderer über ein dem Vermögen des Betreuten zuzurechnendes Grundstück oder Recht an einem Grundstück getroffen hat, obwohl er hierzu nicht berechtigt war (Staudinger/Veit, Neub. 2020, § 1821 Rdnr. 32 zur familienrechtlichen Genehmigung; ebenso bereits: BayObLG, Urteil vom 6.5.1912, Reg. I 7/1912, BayObLGZ 13, 287).

20 Zwar mag es sein, dass – abweichend davon – die Genehmigung eines ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Rechtsgeschäfts betreffend ein Grundstück oder Grundstücksrecht keine Verfügung ist. Einer (betreuungsgerichtlichen) Genehmigung bedarf aber dennoch zumindest das vom vollmachtslosen Vertreter vorgenommene Geschäft an sich. Insofern gilt nichts anderes, wie in Bezug auf die Vollmachtserteilung durch einen Betreuer (oder Vormund) anerkannt ist (dazu: Staudinger/Veit, § 1821 Rdnr. 35; BeckOK-BGB/Bettin, 54. Ed., § 1821 Rdnr. 5; BeckOGK-BGB/Fuchs, Stand: 7/2020, § 1821 Rdnr. 37; MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl., § 1821 Rdnr. 15; Erman/Schulte-Bunert, BGB, 15. Aufl., § 1821 Rdnr. 4a; Jürgens/von Crailsheim, Betreuungsrecht, 6. Aufl., § 1821 BGB Rdnr. 5). Denn der Betreuer (oder Vormund) kann den bei Abschluss des Vertretergeschäfts bestehenden Mangel der Vertretungsmacht nur im Rahmen der ihm übertragenen Rechtsmacht heilen. Diese ist aber durch den Vorbehalt der (betreuungsgerichtlichen) Genehmigung gerade eingeschränkt (MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, § 1821 Rdnr. 1; Palandt/Götz, § 1821 Rdnr. 4; BeckOGK-BGB/Fuchs, § 1821 Rdnr. 4).

21 Durch den Umstand, dass ggf. eine rechtlich erzwingbare Verpflichtung zur Vornahme eines genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfts besteht, wird das Erfordernis der Genehmigung des Betreuungsgerichts nicht hinfällig (BayObLG, Beschluss vom 17.5.1976, BReg. 1 Z 37/76, juris Rdnr. 43; ebenso: Staudinger/Veit, Vor §§ 1821, 1822 Rdnr. 31).

22 III. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst, weil sich die Kostenfolge angesichts der Beschwerdezurückweisung aus dem Gesetz ergibt (§ 22 Abs. 1, § 25 Abs. 1, § 3 GNotKG, KV Nr. 14510 GNotKG – vgl. auch: OLG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 19.9.2018, 12 Wx 40/17, juris Rdnr. 6).

23 Der Geschäftswert richtet sich nach § 53 GNotKG.

24 Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 78 Abs. 2 GBO) liegen nicht vor.

ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Alexander Wagner**,
Würzburg

Die zu besprechende Entscheidung des OLG Nürnberg bewegt sich im komplexen Gefüge von materiellem Recht und Verfahrensrecht, namentlich dem Recht der Vertretung einschließlich grundbuchtauglichem Nachweis (dazu sogleich 1.) und dem Recht der betreuungsgerichtlichen Genehmigung (dazu unten 2.). Die einzelnen Bereiche werden vom Gericht nicht immer sauber getrennt. Im Einzelnen:

1. Vertretung des Eigentümers bei der Grundschuldbestellung durch den Vorsorgebevollmächtigten

a) Materielles Recht

Nach § 167 Abs. 2 BGB bedarf eine Vollmacht zu ihrer Wirksamkeit nicht der Form des Vertretergeschäfts. Daher muss selbst eine Vollmacht zur Abgabe einer Erklärung zur Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) grundsätzlich nicht notariell beurkundet sein – ebenso wenig wie eine Vollmacht zum Abschluss eines Grundstückskaufvertrages oder eines Überlassungsvertrages (§ 311b Abs. 1 BGB).¹ Die übrigen Erklärungen, die für gewöhnlich in einer Grundschuldbestellungsurkunde enthalten sind – insbesondere die dingliche Einigung gemäß § 873 Abs. 1 BGB –, sind ihrerseits bereits materiellrechtlich nicht an eine besondere Form gebunden.

b) Verfahrensrecht: Form des § 29 Abs. 1 GBO, Höchstpersönlichkeit der Vollmachtsbestätigung und Ausnahme von der Beweismittelbeschränkung?

Ein Formerfordernis hinsichtlich der verwendeten Vollmacht ergibt sich allerdings aus verfahrensrechtlichen Gründen, da das Grundbuchverfahrensrecht in § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO für die Vollmacht zur Abgabe einer Eintragungsbewilligung, § 19 GBO, bzw. im – hier nicht einschlägigen – Fall des § 20 GBO die öffentliche Beglaubigung verlangt.² Ist die Vollmacht mündlich oder wie im vorliegenden Fall des OLG Nürnberg lediglich privatschriftlich erteilt, ist sie daher für das Grundbuchverfahren nicht brauchbar, obwohl sie materiellrechtlich wirksam ist. Zur Verwendung der Vollmacht im Grundbuchverfahren bedarf es in diesen Fällen eines Nachweises in (mindestens) öffentlich beglaubigter Form, dass die Vollmacht bei Vornahme des Vertretergeschäfts bestanden hat.³ Insofern ist es im Grundsatz allgemein anerkannt – und wird vom OLG Nürnberg auch nicht in Frage gestellt –, dass dieser Nachweis nachträglich durch eine sog. Vollmachtsbestätigung erbracht werden kann.⁴

¹ Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 3535.

² Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3536.

³ Meikel/Hertel, GBO, 11. Aufl. 2015, § 29 Rdnr. 76.

⁴ BGH, Beschluss vom 6.3.1959, V ZB 3/59, DNotZ 1959, 312; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3536; Meikel/Hertel, GBO, § 29 Rdnr. 76.

Vorliegend bestand jedoch die Besonderheit, dass der Vollmachtgeber selbst die Vollmachtsbestätigung nicht mehr abgeben konnte, da er (mutmaßlich) inzwischen geschäftsunfähig geworden war.⁵ Es stellte sich daher die Frage, ob eine entsprechende Vollmachtsbestätigung auch durch einen Betreuer des Vollmachtgebers, der nach den §§ 1896 ff. BGB unter anderem mit dem Aufgabenkreis „Belastung des genannten Grundstücks“ bestellt worden war, möglich ist. Das OLG Nürnberg hat diese Frage – wenn auch für die Beteiligten mutmaßlich unbefriedigend und für den Notar mühsam – im Ergebnis wohl zu Recht verneint.

Denn bei der Vollmachtsbestätigung handelt es sich um keine *Willenserklärung*, sondern um eine *Wissens-*⁶ bzw. *Geständniserklärung*⁷ mit nur deklaratorischer Bedeutung. Daraus folgt zum einen, dass sie weder des Zugangs noch der Kenntnisnahme durch den Bevollmächtigten oder den anderen Vertragsteil bedarf.⁸ Zum anderen bedeutet dies aber auch, dass eine Vertretung bei der Abgabe von Wissenserklärungen regelmäßig ausscheiden muss. Denn der Wissensvertreter kann – anders als der Vollmachtgeber selbst – in aller Regel gerade nicht sicher bezeugen, ob die Vollmacht tatsächlich vom Vollmachtgeber selbst stammt und wann die Vollmacht erteilt worden ist.⁹ Demgemäß wird auch in der Literatur darauf hingewiesen, das Geständnis müsse von demjenigen stammen, der die erforderliche Erklärung vorher selbst abgegeben habe; die Bezeugung der Abgabe durch einen Dritten genüge nicht, da es sich hierbei um einen durch § 29 GBO gerade ausgeschlossenen Zeugenbeweis handele.¹⁰ Daran ändert es nichts, dass der Betreuer gesetzlicher Vertreter der Vollmachtgeberin ist, da er auch als solcher naturgemäß nur Aussagen über sein persönliches Wissen preisgeben kann.¹¹

Der von den Beteiligten angestrebte Rechtserfolg wird hierdurch in aller Regel ebenfalls nicht durch das Verfahrensrecht unmöglich gemacht. Denn im Falle des Bestehens einer privatschriftlichen Vorsorgevollmacht bleibt es den Beteiligten unbenommen, zum Zwecke der Belastung eines Grundstücks oder zu dessen Veräußerung (und nicht bloß zum Zweck der Vollmachtsbestätigung) beim Betreuungs-

gericht die Bestellung eines Betreuers zu erwirken.¹² Allenfalls dort, wo dieser Weg scheitert muss, etwa weil der Betreuer – anders als der rechtsgeschäftliche Vertreter – bestimmten Beschränkungen wie dem Schenkungsverbot (§ 1908i Abs. 2 in Verbindung mit § 1804 BGB) unterliegt oder das Rechtsgeschäft aus anderen Gründen betreuungsgerichtlich nicht genehmigungsfähig ist, scheint es angesichts der Beweisnot der Beteiligten überlegenswert und im Ergebnis angemessen, die Beweismittelbeschränkung des § 29 Abs. 1 GBO aufzuheben und zum Nachweis der Vollmacht auf die allgemeinen Beweismittel der freiwilligen Gerichtsbarkeit, also insbesondere Zeugenvernehmung und/oder eidesstattliche Versicherung, ggf. auch Sachverständigenbeweis, zurückzugreifen¹³ und so dem materiellen Recht ggf. zur Durchsetzung zu verhelfen.¹⁴

- c) Alternative: Genehmigung durch den Betreuer, § 177 Abs. 1, § 184 Abs. 1 BGB?

Die (möglicherweise) materiellrechtliche Wirksamkeit der Grundschuldbestellung bei unterstelltem Bestehen der Vollmacht soll nach Ansicht des OLG Nürnberg einer Genehmigung durch den Betreuer nach § 177 Abs. 1, § 184 Abs. 1 BGB nicht entgegenstehen. Wenn und weil die Vertretungsmacht des handelnden Vertreters dem Grundbuchamt andernfalls in der Form des § 29 GBO nicht nachgewiesen werden könne, hänge die Wirksamkeit der Erklärung für und gegen den Vertretenen aus der Sicht des Grundbuchamts von dessen Genehmigung ab, § 177 Abs. 1 BGB.¹⁵

Mit dieser Argumentation wird zwar grundsätzlich unzulässigerweise formelles mit materiellem Recht vermischt, denn materiellrechtliche Tatbestandsvoraussetzung des § 177 Abs. 1 BGB bleibt unabhängig von der verfahrensrechtlichen Beweisnot der Beteiligten die schwebende Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts mangels objektiver Vertretungsmacht¹⁶.

Dennoch kommt das Gericht letztlich zu einem materiellrechtlich wie grundbuchverfahrensrechtlich zutreffenden Ergebnis: Für den Fall, dass das zu genehmigende Rechtsgeschäft tatsächlich im Sinne von § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam ist, entfaltet die Genehmigungserklärung des Betreuers (zur betreuungsgerichtlichen Genehmigungsbedürftigkeit sogleich 2.) materiellrechtliche Wirkung und

5 Vgl. hierzu bereits *Müller*, DNotZ 2011, 748, 751.

6 OLG Brandenburg, Urteil vom 7.6.2017, 4 4 U 90/16, BeckRS 2017, 115530 Rdnr. 25.

7 *Bauer/v. Oefele/Bayer/Meier-Wehrsfors*, GBO, 4. Aufl. 2018, § 29 Rdnr. 32.

8 *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3536; *Meikel/Hertel*, GBO, § 29 Rdnr. 79.

9 Im Falle des Vorliegens einer zumindest öffentlich beglaubigten Vollmacht wäre dies aus dem Beglaubigungsvermerk ersichtlich (§§ 39, 40 BurKG).

10 *Bauer/v. Oefele/Bayer/Meier-Wehrsfors*, GBO, § 29 Rdnr. 32; i. E. auch *Demharter*, GBO, 31. Aufl. 2018, § 29 Rdnr. 9. Allgemein zum sog. Grundsatz der Beweismittelbeschränkung im Grundbuchverfahren *Meikel/Böttcher*, GBO, Einl C Rdnr. 109 f.

11 So auch die h. M. zur Abgabe von eidesstattlichen Versicherung durch den Betreuer im Erbscheinsverfahren, vgl. *Litzemburger*, ZEV 2004, 450, 451. Anderes mag gelten für die Vollmachtsbestätigung durch das vertretungsberechtigte Organ einer juristischen Person.

12 Hierzu BGH, Beschluss vom 3.2.2016, XII ZB 454/15, XII ZB 307/15, NJW 2016, 1516.

13 Zur Heranziehung dieser Beweismittel im Ausnahmefall *Meikel/Böttcher*, GBO, Einl C Rdnr. 110.

14 Noch strenger wohl BayObLG, Beschluss vom 17.5.1984, BReg. 2 Z 31/84, RPfl 1984, 463, 464, wo ebenfalls im Zusammenhang mit dem formgerechten Nachweis einer privatschriftlichen Vollmacht ausgeführt wird, dass die Beweismittelbeschränkung des § 29 Abs. 1 GBO sogar dann hingenommen werden müsse, wenn die Möglichkeit, eine formgerechte Erklärung abzugeben, unmöglich sein sollte und darauf verwiesen wird, notfalls durch (Zivil-)Urteil eine (Berichtigungs-)Bewilligung des Betroffenen zu erwirken.

15 OLG Nürnberg, Beschluss vom 30.7.2020, 15 W 2126/20, BeckRS 2020, 19071 Rdnr. 16 f.

16 BeckOGK-BGB/*Ulrici*, Stand: 1.9.2020, § 177 Rdnr. 86.

beendet die bis dahin bestehende Schwebelage ex tunc.¹⁷ Wird die Genehmigungserklärung zumindest öffentlich beglaubigt, ist dies für das Grundbuchamt auch in gehöriger Form (§ 29 Abs. 1 GBO) nachgewiesen. War das zu genehmigende Rechtsgeschäft wegen des tatsächlichen Bestehens der Vollmacht dagegen bereits von Anfang an wirksam, so geht die Genehmigungserklärung gemäß § 177 Abs. 1 BGB materiellrechtlich lediglich – folgenlos – ins Leere. Grundbuchverfahrensrechtlich ist dies ebenfalls unschädlich, da nach erfolgter Genehmigung das Grundbuchamt in jedem Fall von der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts (bzw. genauer: der aufgrund der Vollmacht abgegebenen Eintragungsbewilligung gemäß § 19 GBO) auszugehen hat: entweder infolge der Genehmigung oder aufgrund von Anfang an wirksamer Vollmacht. Dass letztere nicht in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen ist, ist irrelevant, da insoweit *denklogisch immer* ein wirksames Rechtsgeschäft vorliegt.¹⁸

2. Betreuungsgerichtliche Genehmigungsbedürftigkeit, § 1821 Nr. 1, §§ 1829, 1831, 1908i BGB

Da das OLG Nürnberg wie soeben unter 1. c) dargestellt von der Genehmigungsbedürftigkeit der Grundschuldbestellung im Sinne von § 177 Abs. 1 in Verbindung mit § 184 BGB ausgeht, prüft es insofern in einem zweiten Schritt die (betreuungsgerichtliche) Genehmigungspflichtigkeit des Betreuerhandelns nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1, § 1908 i BGB.¹⁹

17 BeckOGK-BGB/Ulrici, § 177 Rdnr. 170.

18 Nach § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO bedürfen etwa auch offenkundige Tatsachen keines besonderen Nachweises.

19 Bei genauerer Betrachtung kann eine betreuungsgerichtliche Genehmigung an sich nur dann erforderlich sein, wenn der Betreuer eine rechtserhebliche Handlung für den Betreuten vornimmt. Daran könnte man im Falle der materiellrechtlichen Wirksamkeit der privatschriftlichen Vorsorgevollmacht zweifeln. Denn dann sind die in der Grundschuldbestellungsurkunde enthaltenen Erklärungen bereits vom Bevollmächtigten wirksam abgegeben worden: Es gibt in diesem Fall nichts, was gerichtlich zu genehmigen wäre. Der vom Betreuer abgegebenen Genehmigungserklärung i. S. v. § 177 Abs. 1, § 184 Abs. 1 BGB käme dann – mit Blick auf § 29 Abs. 1 GBO – allenfalls grundbuchverfahrensrechtliche Bedeutung zu (vgl. oben 1. c)). Freilich zwingt das Grundbuchverfahrensrecht faktisch zur Einschaltung des Betreuungsgerichts, da das Grundbuchamt mangels förmlichen und dem § 29 Abs. 1 GBO genügenden Nachweises der Vollmacht davon ausgehen muss, dass die Genehmigung des Betreuers gemäß § 177 Abs. 1 BGB auch tatsächlich erforderlich ist. Anders als das Grundbuchamt hat das Betreuungsgericht jedoch stets alle relevanten Tatsachen von Amts wegen zu ermitteln, § 26 FamFG (MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl. 2020, § 1828 Rdnr. 36) und ist in den Beweismitteln nicht durch § 29 Abs. 1 GBO beschränkt; vielmehr gelten für das Beweisverfahren die §§ 29, 30 FamFG. Es könnte daher nach entsprechender Sachverhaltsermittlung zum Ergebnis kommen, dass das in Rede stehende Vertreterrechtsgeschäft aufgrund der privatschriftlichen Vorsorgevollmacht bereits wirksam und mithin nicht genehmigungsbedürftig ist. Teilt es dieses Ergebnis den Beteiligten in einer dem § 29 Abs. 1 GBO genügenden Form mit, dürfte vieles dafür sprechen, dies als Nachweis der Vollmacht im Grundbuchverfahren ausreichen zu lassen, schon um eine Pattsituation beim Vollzug des Vertrages zu vermeiden.

In Fällen, in denen der Betreute bei der Verfügung über ein Grundstück (unzweifelhaft) durch einen Dritten vollmachtlos vertreten wird und der Betreuer das Verteterhandeln lediglich genehmigt, ist bislang ungeklärt und – soweit ersichtlich – auch nicht Gegenstand einer breiteren Diskussion in Rechtsprechung und Literatur geworden, welches Rechtsgeschäft in solchen Konstellationen den Bezugspunkt der betreuungsgerichtlichen Genehmigung bildet.²⁰ Hinsichtlich der vom Betreuer unmittelbar abgegebenen Genehmigungserklärung im Sinne von §§ 177, 184 BGB scheint es einerseits an einer Verfügung über ein Grundstück des Betreuten zu fehlen.²¹ Andererseits ist der Betreuer an dem vom vollmachtlosen Vertreter vorgenommenen Grundstücksgeschäft (= sog. „Vertretergeschäft“) nicht unmittelbar beteiligt und gibt hier keine eigene Willenserklärungen ab, sodass es an einem Vertragsschluss des Betreuers im Sinne von § 1829 Abs. 1, § 1908 i Abs. 1 BGB zu fehlen scheint.

a) Betreuungsgerichtliche Genehmigung des Vertretergeschäfts

Das OLG Nürnberg führt im vorliegenden Beschluss aus, dass „zumindest das vom vollmachtlosen Vertreter vorgenommene Geschäft an sich“, also das Vertretergeschäft, der betreuungsgerichtlichen Genehmigung bedürfe.²²

Diese Sichtweise ist überzeugend; für sie spricht bereits, dass eine isolierte betreuungsgerichtliche Genehmigung der vom Betreuer abgegebenen Genehmigungserklärung im Sinne des §§ 177, 184 BGB wenig Sinn ergibt, weil diese – allein für sich betrachtet – keinen weiteren unmittelbaren Erklärungsinhalt hat, als dass die vom vollmachtlosen Vertreter abgegebenen Erklärungen für und gegen den Betreuten gelten mögen. Die Genehmigungserklärung des Betreuers erschöpft sich damit letztlich darin, die aus § 177 Abs. 1 BGB und damit die aus dem Mangel der Vertretungsmacht resultierende schwebende Unwirksamkeit des Vertretergeschäfts zu überwinden. Hiervon gedanklich zu trennen ist die Ebene der betreuungsgerichtlichen Genehmigungsbedürftigkeit und -fähigkeit, die sich naturgemäß, weil nur dort eine Verfügung über ein Grundstück des Betreuten im Sinne von § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB stattfindet, immer am Inhalt des Vertretergeschäfts orientieren muss²³ und auf die sich

20 Überblick bei BeckOGK-BGB/Ulrici, § 177 Rdnr. 165 mit Fn. 951.

21 So wohl auch OLG Nürnberg, Beschluss vom 30.7.2020, 15 W 2126/20, BeckRS 2020, 19071 Rdnr. 20.

22 OLG Nürnberg, Beschluss vom 30.7.2020, 15 W 2126/20, BeckRS 2020, 19071 Rdnr. 20 (anders aber wohl der zweite amtliche Leitsatz sowie Rdnr. 18 der Gründe); für Genehmigungsbedürftigkeit des Vertretergeschäfts auch BeckOGK-BGB/Kilian, Stand: 1.8.2020, § 1831 Rdnr. 2. Ähnlich MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, § 1831 Rdnr. 4 und Palandt/Götz, 79. Aufl. 2020, § 1831 Rdnr. 1, allerdings zu der Konstellation, dass das Vertretergeschäft vom Mündel (bzw. über § 1908i Abs. 1 BGB dem Betreuten) selbst – aber (wohl) gleichfalls gemäß 108 Abs. 1 BGB vertretungsrechtlich schwebend unwirksam – und nicht von einem vollmachtlosen Vertreter abgeschlossen worden ist.

23 BeckOK-BGB/Schäfer, Stand: 1.8.2020 § 177 Rdnr. 28; BeckOGK-BGB/Ulrici, § 177 Rdnr. 165 f.

die gerichtliche Genehmigung damit sinnvollerweise – ausschließlich – beziehen sollte. Weil das Vertretergeschäft als Vertrag auch erst durch eine Willenserklärung des Betreuers namens des Betreuten Wirksamkeit erlangt, scheint insoweit auch die Anwendung des § 1829 Abs. 1 BGB in erweiternder Auslegung gerechtfertigt, selbst wenn der Betreuer den grundstücksverfügenden Vertrag nicht unmittelbar selbst „schließt“.

Nur der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle erwähnt, dass man freilich im Wege der Auslegung einem betreuungsgerichtlichen Genehmigungsbeschluss, der sich dem Wortlaut nach (nur) auf die Genehmigungserklärung des Betreuers bezieht, regelmäßig auch eine Genehmigung des Vertretergeschäfts selbst wird entnehmen können, da letzteres ja ohnehin – insoweit wohl unstrittig – den entscheidenden Prüfungsmaßstab bildete.

b) Betreuunggerichtliche Genehmigung (auch) der Genehmigungserklärung (§ 177 Abs. 1, § 184 Abs. 1 BGB) des Betreuers?

Für die notarielle Praxis sei allerdings eindringlich darauf hingewiesen, dass Teile der Literatur ohne tiefergehende Auseinandersetzung mit der Problematik der Ansicht sind, dass schon die Genehmigungserklärung des Betreuers im Sinne von §§ 177, 184 BGB nur wirksam wird, wenn diesbezüglich eine betreuungsgerichtliche Genehmigung vorliegt.²⁴ Auch das OLG Nürnberg hat dies mit allerdings unklarer Argumentation zumindest erwohnen.²⁵

Diese Annahme hätte weitreichende Folgen: Nach § 1831 Satz 1, § 1908 i Abs. 1 BGB ist nämlich ein (genehmigungsbedürftiges) einseitiges Rechtsgeschäft – wie nach dieser Ansicht die Genehmigung des Betreuers gemäß §§ 177, 184 BGB²⁶ – ohne die Genehmigung des Betreuungsggerichts unwirksam. Rechtsfolge ist daher grundsätzlich die (unheilbare) Nichtigkeit und nicht lediglich eine schwebende Unwirksamkeit der Erklärung, die durch eine spätere Erteilung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung nachträglich beseitigt würde.²⁷ Erforderlich ist somit im Grundsatz eine Neuvernahme des einseitigen Rechtsgeschäfts.²⁸

24 Insbesondere BeckOGK-BGB/*Ulrici*, § 177 Rdnr. 165 f.; MünchKommBGB/*Schubert*, 8. Aufl. 2018, § 177 Rdnr. 33 a. E. und Rdnr. 41; wohl auch Staudinger/*Schilken*, Neub. 2019, § 177 Rdnr. 16; a. A. wohl BeckOGK-BGB/*Kilian*, § 1831 Rdnr. 2. Ähnlich auch MünchKomm-BGB/*Kroll-Ludwigs*, § 1831 Rdnr. 4 und Palandt/*Götz*, § 1831 Rdnr. 1.

25 OLG Nürnberg, Beschluss vom 30.7.2020, 15 W 2126/20, BeckRS 2020, 19071 Rdnr. 18 f.; noch deutlicher in diese Richtung geht der zweite amtliche Leitsatz. So wohl auch die Deutung bei BeckOK-BGB/*Bettin*, Stand: 1.11.2020, § 1821 Rdnr. 4.

26 Staudinger/*Schilken*, § 177 BGB Rdnr. 16; MünchKomm-BGB/*Schubert*, § 177 Rdnr. 41.

27 Palandt/*Götz*, § 1831 Rdnr. 2; BeckOK-BGB/*Bettin*, Stand: 1.8.2020, § 1831 Rdnr. 4. Erforderlich wäre vielmehr, die betreuungsgerichtliche Genehmigung zu einem Zeitpunkt einzuholen, bevor die (empfangsbedürftige) Genehmigungserklärung des Betreuers i. S. v. §§ 177, 184 BGB wirksam wird, also bevor sie ihrem Erklärungsempfänger zugeht, vgl. Palandt/*Götz*, § 1831 Rdnr. 2.

28 BeckOK-BGB/*Bettin*, § 1831 Rdnr. 4.

Allerdings spricht nach Ansicht des Verfassers – hält man die Genehmigungserklärung entgegen der unter soeben 2. a) vertretenen Ansicht überhaupt für genehmigungsbedürftig – viel dafür, die absolute Unwirksamkeitsbestimmung des § 1831 Satz 1 BGB aufgrund einer teleologischen Reduktion der Vorschrift bzw. einer analogen Anwendung der Rechtsfolgen des § 180 Satz 2 BGB nicht anzuwenden, wenn es sich nicht um ein isoliertes einseitiges Rechtsgeschäft des Betreuers handelt, sondern um die Genehmigung zu einem bis dahin schwebend unwirksamen Vertrag. Die Genehmigungserklärung des Betreuers wäre dann bis zu ihrer betreuungsgerichtlichen Genehmigung, die später erfolgen könnte, lediglich schwebend unwirksam.

aa) Hierfür lässt sich schon die Argumentation der herrschenden Lehre zur Einordnung von Vertragsangebot und Vertragsannahme anführen.²⁹ Für diese soll § 1831 BGB anerkanntermaßen nicht gelten, da beide Erklärungen nur Teile des Zustandekommens eines Vertrags, also – ebenso wie die Genehmigung des schwebend unwirksamen Vertrages nach §§ 177, 184 BGB – Elemente der Vertragswerdung sind.

bb) Zudem ist auch der Schutzzweck des § 1831 BGB in diesen Fällen gleich mehrfach nicht einschlägig: Der Vorschrift liegt nämlich zunächst einmal der Gedanke zugrunde, dass sich bei einem einseitigen Rechtsgeschäft – anders als bei einem Vertrag – der betroffene Dritte der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht entziehen kann. Die mit einem Schwebezustand verbundene Ungewissheit soll ihm daher nicht zugemutet werden.³⁰ Hier geht es im Ausgangspunkt dagegen um einen auch vonseiten des Geschäftsgegners freiwilligen – und ersichtlich gemäß § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksamen – Vertragsschluss, bei dem das genannte Unzumutbarkeitsargument daher nicht greift. Dass Rechtsgeschäfte mit Betreuten nur verzögert – nämlich nach Erteilung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung – wirksam werden können, lässt sich schließlich sogar dann nicht vermeiden, wenn der Vertrag unmittelbar mit dem Betreuer als gesetzlichem Vertreter des Betreuten geschlossen worden wäre, § 1821 Abs. 1 Nr. 1, § 1829 Abs. 1 BGB.

Es ist zum anderen auch nicht der Gesetzeszweck einschlägig, dass der Geschäftsgegner in den vorliegenden Konstellationen bei Ausschluss der absoluten Unwirksamkeit der Erklärung nach § 1831 Satz 1 BGB in einer unzumutbaren Schwebelage verbliebe, da ihm ein Vorgehen nach § 1829 Abs. 2, § 1830 BGB verwehrt ist.³¹ Hält man nämlich nicht nur die Genehmigungserklärung, sondern – mit dem OLG Nürnberg – zumindest auch den Vertrag des Vertretergeschäfts für genehmigungsbedürftig, so dürften § 1829 Abs. 2, § 1830 BGB bereits insoweit unmittelbar anwendbar sein. Sieht man dies anders, so kommt man gleichwohl

29 MünchKomm-BGB/*Kroll-Ludwigs*, § 1831 Rdnr. 3; BeckOGK-BGB/*Kilian*, § 1831 Rdnr. 2; BeckOK-BGB/*Bettin*, § 1831 Rdnr. 2.

30 RG, Beschluss vom 29.9.1927, IV B 52/27, RGZ 118, 145, 147; Staudinger/*Veit*, Neub. 2014, § 1831 Rdnr. 1 m. w. N.

31 So zur ratio legis des § 1831 BGB BeckOGK-BGB/*Kilian*, § 1831 Rdnr. 1.

auch im Falle der analog § 180 Satz 2 BGB (lediglich) schwebend unwirksamen Genehmigungserklärung des Betreuers zu angemessenen Ergebnissen, weil diese bis zur Erteilung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung eben keine Wirksamkeit entfaltet und dem Vertragspartner des Vertretergeschäfts damit diesbezüglich unmittelbar ein Vorgehen über § 177 Abs. 2 BGB eröffnet ist.

cc) Die Stoßrichtung des § 1831 BGB – der Schutz des Geschäftsgegners – würde bei wortlautgetreuer Anwendung vielmehr in ihr Gegenteil verkehrt, weil der Vertragspartner des Betreuten trotz später tatsächlich erfolgender betreuungsgerichtlicher Genehmigung einen unwirksamen Vertrag geschlossen hätte.

Für die Praxis ist allerdings festzuhalten, dass die Rechtslage im Ergebnis als ungeklärt bezeichnet werden muss.

3. Fazit

Im Ergebnis ist der Beschluss des OLG Nürnberg ein weiteres Argument für die notarielle (Vorsorge-)Vollmacht.

Er ist zugleich ein Aufruf an den Notar, Grundstücksgeschäfte bei feststehender Geschäftsunfähigkeit eines Vollmachtgebers regelmäßig nicht auf der Grundlage einer lediglich privatschriftlich erteilten (Vorsorge-)Vollmacht zu beurkunden. Zwar wird hierdurch bereits eine materiellrechtliche Bindung der Beteiligten hergestellt. Dass – auf Basis der vorstehenden Entscheidung – eine Vollmachtsbestätigung des später bestellten Betreuers als Nachweis gemäß § 29 Abs. 1 GBO in diesen Fällen allerdings regelmäßig ausscheidet, führt zu einem komplexen und fehleranfälligen Urkundsvollzug, sodass in aller Regel die gerichtliche Bestellung eines Betreuers abgewartet und Beurkundung unmittelbar mit diesem als gesetzlichem Vertreter des Betreuten vorgenommen werden sollte.

Schließlich muss die Rechtslage zum Bezugspunkt der betreuungsgerichtlichen Genehmigung in den Fällen, in denen ein gerichtlich bestellter Betreuer bei der Beurkundung vollmachtlos vertreten wird, auch nach der Entscheidung des OLG Nürnberg als ungeklärt bezeichnet werden.

BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

4. Kein Anspruch auf Aufhebung der Gesamtberechtigung an einem Nießbrauch entsprechend § 749 Abs. 1 BGB

BGH, Urteil vom 6.3.2020, V ZR 329/18 (Vorinstanz: OLG Bamberg, Endurteil vom 16.8.2018, 1 U 133/17)

BGB §§ 242, 428, 744, 745, 748, 749 Abs. 1, §§ 752, 753 Abs. 1, § 1059 Satz 1

LEITSATZ:

Ist für mehrere Personen als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB ein Nießbrauch an einem Grundstück bestellt, kann die Aufhebung der Gesamtberechtigung entsprechend § 749 Abs. 1 BGB nicht verlangt werden.

SACHVERHALT:

1 Die Parteien sind geschiedene Eheleute. Sie waren je hälftig Miteigentümer eines Grundstücks, das mit vermieteten Gebäuden bebaut ist. Dieses Grundstück übertrugen sie während ihrer Ehe im Jahre 1995 auf ihre Kinder, wobei sie sich einen unentgeltlichen lebenszeitigen Nießbrauch vorbehielten. Nach der notariellen Vereinbarung steht der Nießbrauch den Parteien gemeinschaftlich „als Gesamtberechtigten gemäß § 428 BGB“ zu, im Falle des Todes eines von ihnen dem Überlebenden in unverändertem Umfang alleine, und erlischt mit dem Tode des letztversterbenden Berechtigten.

2 Der Kläger verlangt von der Beklagten, zum Zwecke der Auflösung der Gemeinschaft an dem zugunsten der Parteien im Grundbuch eingetragenen Nießbrauch die „Zwangsvorversteigerung unter den Beteiligten“ zu dulden. Das LG hat der Klage stattgegeben. Die dagegen gerichtete Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem OLG zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, will die Beklagte die Abweisung der Klage erreichen.

AUS DEN GRÜNDEN:

3 I. Das Berufungsgericht meint, der Kläger könne entsprechend § 749 BGB die Aufhebung der aus der Gesamtberechtigung folgenden Nießbrauchsgemeinschaft verlangen. Bei dem nach § 428 BGB ausgestalteten Nießbrauch handele es sich um ein teilbares Recht. Das gesetzlich nicht geregelte Innenverhältnis mehrerer Nießbraucher bestimme sich nach den Vorschriften der Gemeinschaft. Die Aufhebung der Gemeinschaft sei nicht durch die Rechtsnatur des Nießbrauchs ausgeschlossen. Veränderungen im personalen Bestand der Berechtigten seien möglich, so rücke etwa im Falle des Todes oder Verzichts eines Berechtigten der andere in die Alleinberechtigung ein. Es wäre nicht nachzuvollziehen, dass die Bruchteilsgemeinschaft der Parteien als Miteigentümer des Grundstücks aufhebbar, die nach Aufgabe des Eigentums und Begründung des (schwächeren) Nießbrauchs an diesem bestehende Gemeinschaft aber – von dem Verzicht oder Tod eines Berechtigten abgesehen – unauflösbar wäre. Die Aufhebung des gemeinschaftlichen Nießbrauchs erfolge auf der Grundlage eines Duldungstitels durch gemäß § 857 Abs. 5 ZPO von dem Vollstreckungsgericht anzuordnende Zwangsversteigerung, allerdings entsprechend § 753 Abs. 1 Satz 2

BGB nur unter den Teilhabern, weil der Nießbrauch ein unveräußerliches Recht sei.

4 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Der Kläger hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Duldung der Zwangsversteigerung des Nießbrauchs zum Zwecke der Aufhebung der hieran bestehenden Gesamtberechtigung der Parteien.

5 1. Im Ausgangspunkt zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass die als Grundlage für einen Anspruch des Klägers auf Aufhebung der Gesamtberechtigung an dem Nießbrauch durch Versteigerung unter den Berechtigten allein in Betracht kommenden Vorschriften der § 749 Abs. 1, § 753 Abs. 1 Sätze 1 und 2 BGB keine direkte Anwendung finden.

6 a) Nach § 749 Abs. 1 BGB kann jeder Teilhaber einer Gemeinschaft nach Bruchteilen (§ 741 BGB) jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen. Die Aufhebung erfolgt durch Teilung, und zwar entweder nach § 752 BGB in Natur oder – wie hier von dem Kläger beansprucht – nach § 753 BGB bei Grundstücken durch Zwangsversteigerung und durch Teilung des Erlöses.

7 b) Ein Nießbrauch kann mehreren Berechtigten zwar in Bruchteilsgemeinschaft zustehen (vgl. MünchKomm-BGB/*Pohlmann*, 8. Aufl., § 1030 Rdnr. 66 m. w. N. sowie *Amann*, DNotZ 2008, 324, 337 Fn. 61). Wird – wie hier – ein Nießbrauch in der Form der Gesamtberechtigung gemäß § 428 BGB eingetragen, handelt es sich aber nicht um eine Gemeinschaft nach Bruchteilen. Vielmehr steht jedem Gesamtberechtigten ein eigener Anspruch auf die ganze Leistung zu (vgl. Senat, Urteil vom 4.3.1959, V ZR 181/57, BGHZ 29, 363, 364 f.; Beschluss vom 21.12.1966, V ZB 24/66, BGHZ 46, 253, 255; Beschluss vom 13.10.2016, V ZB 98/15, NJW 2017, 1811 Rdnr. 20); sie besteht bei einem Nießbrauch darin, dass der Eigentümer die Ziehung der Nutzungen der Sache durch den Berechtigten duldet (vgl. zum Wohnungsrecht Senat, Beschluss vom 21.12.1966, V ZB 24/66, BGHZ 46, 253, 257).

8 2. Zutreffend ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, dass die Vorschriften der §§ 741 ff. BGB auf das Innenverhältnis mehrerer an einem Nießbrauch nach § 428 BGB Gesamtberechtigter entsprechend zur Anwendung kommen können.

9 a) Grundsätzlich kann bei Nutzungsgemeinschaften auf die für die Bruchteilsgemeinschaft geltenden Vorschriften zurückgegriffen werden, soweit das Gesetz für das Verhältnis der Berechtigten untereinander keine Regelung bereit hält. Dies hat der Senat etwa angenommen für die Verteilung der Kosten der Unterhaltung und Instandsetzung von durch den Eigentümer und den Dienstbarkeitsberechtigten gemeinschaftlich genutzten Anlagen (vgl. Senat, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, BGHZ 161, 115, 122 f.), für die Ausübungsregelung der gleichberechtigten Grundstücksnutzung durch den Dienstbarkeitsberechtigten und den Eigentümer (vgl. Senat, Urteil vom 19.9.2008, V ZR 164/07, NJW 2008, 3703 Rdnr. 26) sowie für die Erfüllung der Unterhaltungsverpflichtungen durch mehrere gleichrangige Nutzungsberechtigte bei einer Mitbenutzung der Anlagen durch den Eigentümer des dienenden Grundstücks (vgl. Senat, Urteil vom 8.3.2019, V ZR 343/17, NJW 2019, 2615 Rdnr. 15).

10 b) Ein Rückgriff auf die Bestimmungen der Bruchteilsgemeinschaft kommt grundsätzlich auch in Betracht für das Innenverhältnis mehrerer Personen, zu deren Gunsten ein Nießbrauch in der Form der Gesamtberechtigung gemäß § 428 BGB besteht. Denn das Innenverhältnis der auf diese Weise Berechtigten ist in den §§ 1030 ff. BGB nicht geregelt. Lediglich in § 1060 BGB wird, nur für das Zusammentreffen eines Nießbrauchs mit einem anderen gleichrangigen Nießbrauch oder sonstigen Nutzungsrecht, die nicht oder nicht vollständig nebeneinander ausgeübt werden können, auf § 1024 BGB verwiesen, der allerdings auch nur eine punktuelle Regelung enthält (vgl. Senat, Urteil vom 8.3.2019, V ZR 343/17, NJW 2019, 2615 Rdnr. 12). Auch die Vorschrift des § 428 BGB regelt nicht das Verhältnis der Gläubiger untereinander, sondern nur das Außenverhältnis zum Schuldner (vgl. BayObLGZ 1975, 191, 194).

11 Daher finden etwa für die Regelung der Benutzung und Verwaltung des Grundstücks, an dem ein Nießbrauch in der Form des § 428 BGB besteht, im Innenverhältnis der Berechtigten die §§ 744, 745 BGB analoge Anwendung (vgl. BGH, Urteil vom 29.9.1993, XII ZR 43/92, NJW 1993, 3326, 3327). Ebenso findet bei einem Quotennießbrauch, bei dem der Berechtigte lediglich eine Quote der Nutzungen des Grundstücks erhält, im Verhältnis zwischen diesem und dem Grundstückseigentümer hinsichtlich der Lasten und Kosten der gemeinschaftlichen Nutzungsziehung § 748 BGB Anwendung (vgl. Senat, Urteil vom 6.6.2003, V ZR 392/02, NJW-RR 2003, 1290, 1291).

12 3. Rechtsfehlerhaft ist aber die Annahme des Berufungsgerichts, dass der Kläger in entsprechender Anwendung der §§ 749 ff. BGB die Aufhebung der gemeinschaftlichen Berechtigung verlangen kann. Ist für mehrere Personen als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB ein Nießbrauch an einem Grundstück bestellt, kann die Aufhebung der Gesamtberechtigung entsprechend § 749 Abs. 1 BGB nicht verlangt werden.

13 a) Dabei kann offenbleiben, ob dies schon daraus folgt, dass die Vorschriften über die Aufhebung der Gemeinschaft (§§ 749-758 BGB) bei einer Mehrheit von Nießbrauchsberechtigten wegen Unvereinbarkeit mit den grundlegenden Vorschriften des Nießbrauchsrechts nicht anwendbar sind (so im Ergebnis MünchKomm-BGB/*Pohlmann*, § 1030 Rdnr. 66; *Staudinger/Heinze*, Neub. 2017, § 1066 Rdnr. 18; *Soergel/Stürmer*, BGB, 13. Aufl., § 1066 Rdnr. 1b; *Erman/Beyer*, BGB, 15. Aufl., § 1066 Rdnr. 5; *Palandt/Herrler*, 79. Aufl., § 1030 Rdnr. 3). Hiervon wäre auszugehen, wenn die Unübertragbarkeit des Nießbrauchs (§ 1059 Satz 1 BGB) auch im Verhältnis von Nießbrauchsberechtigten untereinander gälte und damit nicht nur der Veräußerung des Nießbrauchs an einen Dritten, sondern auch dessen Versteigerung unter den Teilhabern (§ 753 Abs. 1 Satz 2 BGB) entgegenstünde.

14 b) Aber auch wenn die Vorschrift des § 1059 Satz 1 BGB einer Übertragung unter mehreren Berechtigten und damit der Aufhebung einer von mehreren Nießbrauchern gebildeten Bruchteilsgemeinschaft gemäß § 753 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht entgegenstünde (so *Staudinger/Eickelberg*, Neub. 2015, § 753 Rdnr. 39; im Ergebnis offenbar auch *Erman/Aderhold*, BGB, § 753 Rdnr. 5; *BeckOK-BGB/Gehrlein*, Stand: 1.11.2019, § 753 Rdnr. 5; *RGRK/v. Gamm*, BGB, 12. Aufl.,

§ 753 Rdnr. 3), könnte der Kläger die Versteigerung des Nießbrauchs unter den Teilhabern nicht verlangen. Die Regelungen der §§ 749 ff. BGB über die Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft finden auf die Gesamtberechtigung nach § 428 BGB an einem Nießbrauch keine entsprechende Anwendung. Die entsprechende Anwendung dieser Regelungen widerspräche der bei der Einräumung eines Nießbrauchs für mehrere Gesamtberechtigte nach § 428 BGB typischerweise gegebenen, auf die Schaffung eines unentziehbaren Rechts gerichteten Interessenlage.

15 aa) Der Nießbrauch an einem Grundstück wird ganz überwiegend – wie hier – bei der Übertragung des Grundeigentums auf die Nachkommen im Wege der vorweggenommenen Erbfolge vorbehalten (vgl. MünchKomm-BGB/*Pohlmann*, § 1030 Rdnr. 15). Derjenige, der durch die Zuwendung das Eigentum an dem Grundstück verliert, wird durch den unentgeltlichen Nießbrauch wirtschaftlich abgesichert. Er erhält mit dem Nießbrauch eine umfassende Nutzungsbefugnis (§ 1030 BGB), kann also die Nutzungen für seinen Lebensunterhalt verwenden oder, wenn das Grundstück mit Wohngebäuden bebaut ist, ggf. unentgeltlich wohnen. Die vorzeitige Beendigung des Nießbrauchs, etwa durch eine Kündigung aus wichtigem Grund, ist gesetzlich nicht vorgesehen und kommt daher, wenn sie nicht ausdrücklich als Inhalt des Rechts vereinbart ist, nicht in Betracht (vgl. für das dingliche Wohnrecht Senat, Urteil vom 11.3.2016, V ZR 208/15, NJW-RR 2017, 140 Rdnr. 7).

16 In der Bestellung des Nießbrauchs, die nur entweder auf Zeit oder – wie hier – auf Lebzeiten erfolgen kann, kommt regelmäßig der Wille der an der Übertragung des Eigentums Beteiligten zum Ausdruck, den Verfügenden den Unterhalt dauerhaft zu sichern. Dies gilt nicht nur dann, wenn sich die Verfügenden jeweils einen selbstständigen Nießbrauch vorbehalten, zu ihren Gunsten also zwei gleichrangige Nießbrauchsrechte nebeneinander bestellt werden (vgl. § 1060 BGB), sondern auch dann, wenn sie sich – wie hier – den Nießbrauch gemeinschaftlich als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB vorbehalten. Die Gesamtberechtigten bilden in diesem Fall zwar eine Befriedigungsgemeinschaft in Ansehung der Nutzungen des mit dem Nießbrauch belasteten Grundstücks (vgl. KG, JFG, 10, 312, 314 ff. sowie § 430 BGB). Ihnen steht aber jeweils ein eigener Anspruch auf die ganze Leistung zu (vgl. Senat, Urteil vom 4.3.1959, V ZR 181/57, BGHZ 29, 363, 364 f.; Beschluss vom 21.12.1966, V ZB 24/66, BGHZ 46, 253, 257; Beschluss vom 3.5.2012, V ZB 112/11, FamRZ 2012, 1213 Rdnr. 13; Beschluss vom 13.10.2016, V ZB 98/15, NJW 2017, 1811 Rdnr. 20). Damit ist nicht nur gewährleistet, dass einem Ehegatten für den Fall des Versterbens des anderen im Verhältnis zu dem Eigentümer das ganze Recht weiterhin (nunmehr alleine, vgl. § 1061 BGB) zusteht (vgl. Senat, Beschluss vom 21.12.1966, V ZB 24/66, BGHZ 46, 253, 259 f. für das Wohnungsrecht; sowie zum Nießbrauch KG, JFG 10, 312, 317). In der Bestellung des Rechts mit zwei auf den ganzen Nießbrauch bezogenen Berechtigungen kommt zugleich zum Ausdruck, dass diese dauerhaft, d. h. bis zum Erlöschen des Nießbrauchs durch Zeitablauf (im Fall einer Befristung) oder den Tod des Berechtigten (§ 1061 BGB), nebeneinander bestehen sollen. Eine entsprechende Anwendung von § 749 Abs. 1 BGB wäre damit nicht vereinbar.

17 bb) Es kommt daher nicht mehr darauf an, dass bei einer Versteigerung (nur) unter den Berechtigten zudem das Risiko bestünde, dass der Nießbraucher seine mit dem Nießbrauchsvorbehalt bezweckte Versorgung ohne eine adäquate Gegenleistung verliert. Insbesondere in dem Fall, dass einer der Nießbraucher nicht über die Mittel verfügt, um ein dem Wert des Nießbrauchs entsprechendes Gebot abzugeben, wäre der weitere Berechtigte in der Position, den Zuschlag zu einem weit darunter liegenden Meistgebot zu erhalten. Damit ginge die wirtschaftliche Absicherung verloren, die dem vorbehaltenen Nießbrauch zukommt und die im Hinblick auf den mit der vorweggenommenen Erbfolge einhergehenden Verlust des Eigentums an dem Grundstück aus Sicht des Zuwendenden auch erforderlich ist.

18 c) Soweit das Berufungsgericht einen Wertungswiderspruch darin erblickt, dass die Bruchteilsgemeinschaft der Grundstückseigentümer jederzeit nach § 749 BGB aufhebbar ist, die nach der Eigentumsübertragung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge zwischen den Zuwendenden an dem – im Verhältnis zum Eigentum „schwächeren“ – vorbehaltenen Nießbrauch bestehende Gesamtberechtigung jedoch nicht, führt dies nicht zu einer anderen rechtlichen Beurteilung. Denn zum einen kann der Nießbrauch am ganzen Grundstück, wie er bei einer Berechtigung nach § 428 BGB besteht, im Verhältnis zu einem Miteigentumsanteil an einem Grundstück nicht ohne Weiteres als das geringere oder schwächere Recht angesehen werden. Zum anderen ist die Befugnis, jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, zwar der wichtigste Inhalt des Rechts des Teilhabers einer Bruchteilsgemeinschaft (vgl. für Miteigentümer Senat, Beschluss vom 7.3.2002, V ZB 24/01, BGHZ 150, 109, 115). Der Aufhebungsanspruch kann aber durch Vereinbarung der Bruchteilseigentümer in den Grenzen des § 749 Abs. 2 BGB (auch stillschweigend, vgl. BGH, Beschluss vom 12.11.2007, II ZR 293/06, NJW-RR 2008, 612 Rdnr. 2) ausgeschlossen werden. Auch die Miteigentümer eines Grundstücks können ihre Gemeinschaft folglich in gewissem Rahmen als dauerhaft ausgestalten.

19 4. Die Aufhebung der Gesamtberechtigung nach § 428 BGB an einem Nießbrauch kann auch nicht nach § 242 BGB aus wichtigem Grund verlangt werden, etwa weil die Gesamtberechtigten untereinander zerstritten sind oder einem von ihnen eine schwere Verfehlung gegenüber dem anderen anzulasten ist. Solche Schwierigkeiten betreffen nämlich nicht die Gesamtberechtigung an dem Nießbrauch, d. h. das Außenverhältnis der Berechtigten gegenüber dem Grundstückseigentümer, sondern vielmehr das Verhältnis der Gesamtgläubiger untereinander als Inhaber einer je eigenen Berechtigung an dem Nießbrauch. Solche Schwierigkeiten im Innenverhältnis der Berechtigten lassen sich nur, aber auch in zumutbarer und zufriedenstellender Weise dadurch lösen, dass die Ausübung der jeweiligen Berechtigung an dem Nießbrauch entsprechend § 1060 BGB, § 745 BGB koordiniert oder dass der betreffende Gesamtberechtigte verpflichtet wird, ganz oder teilweise von der persönlichen Ausübung seiner Nießbrauchsberechtigung nach § 1059 Satz 2 BGB abzusehen (vgl. zu dem Wohnungsrecht eines wegen Tötung Verurteilten, wenn die Witwe noch auf dem Grundstück lebt: Senat, Urteil vom 11.3.2016, V ZR 208/15, NJW-RR 2015, 140 Rdnr. 25).

20 III. Das angefochtene Urteil kann daher keinen Bestand haben. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil weitere Feststellungen nicht zu treffen sind und der Rechtsstreit zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die Klage ist abzuweisen, weil der allein geltend gemachte Anspruch auf Duldung der Zwangsversteigerung des den Parteien gemeinsam zustehenden Nießbrauchs unter den Berechtigten nicht besteht.

21 IV. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO.

ANMERKUNG:

Von Notar a. D. Dr. **Julius Forschner**, LL.M.
(Cambridge), Würzburg

Sind zwei Ehegatten Miteigentümer eines Grundstücks, so kann gemäß § 749 Abs. 1 BGB jeder die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen. Kann die Teilung nicht in Natur erfolgen, was bei Grundstücken regelmäßig auf praktische Schwierigkeiten stößt, so erfolgt die Aufhebung der Gemeinschaft gemäß § 753 Abs. 1 BGB durch Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstands – bei Grundstücken durch Zwangsversteigerung und Teilung des Erlöses. Im vorliegenden Fall waren zwei (jetzt geschiedene) Ehegatten zunächst Miteigentümer zur Hälfte eines Grundstücks, überließen dieses Grundstück (präzise: jeder seinen hälftigen Miteigentumsanteil) auf ihre Kinder und behielten sich dabei einen unentgeltlichen lebzeitigen Nießbrauch vor. Der Nießbrauch sollte den Ehegatten „als Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB“ und nach dem Tod des ersten Ehegatten dem überlebenden Ehegatten alleine zustehen.

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens war die Frage, ob die Auflösung einer „Nießbrauchsgemeinschaft“ im Wege der Teilungsversteigerung in entsprechender Anwendung der § 749 Abs. 1, § 753 Abs. 1 BGB erfolgen kann. Das OLG Bamberg als Vorinstanz¹ bejahte eine solche Möglichkeit mit dem Argument, es sei nicht nachvollziehbar, dass die Überlassung an die Kinder und damit eine Überführung der (auflösbaren) Bruchteilsgemeinschaft als Eigentümer in eine Gesamtberechtigung als Nießbraucher zu einer unauf lösbare der Gemeinschaft führe.² Da es sich bei dem Nießbrauch um ein unveräußerliches Recht handele, komme die Anordnung der Versteigerung (nur) unter den Teilhabern in Betracht.³

Der BGH ist anderer Auffassung. Das Nießbrauchsrecht könne zwar mehreren Berechtigten in Bruchteilsgemeinschaft zustehen, vorliegend sei aber mit der Gesamtberechtigung gemäß § 428 BGB ein anderer Weg gewählt worden. Hier stehe jedem Gesamtberechtigten ein eigener Anspruch auf die ganze Leistung zu. Zutreffend gehe das Gericht der Vorinstanz davon aus, dass die §§ 741 ff. auf das Innenverhältnis mehrerer an einem Nießbrauch Gesamtberechtigte zur Anwendung kommen. Die Nutzungsgemeinschaft wird

also insofern in der Regel nicht anders behandelt als die Eigentümergemeinschaft.

Maßgebliches Argument des BGH ist, dass die Gestaltung der Berechtigung als Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB gerade darauf abziele, ein unentziehbares Recht zu schaffen.⁴ In der Bestellung des Rechts als Gesamtberechtigte komme zum Ausdruck, dass der Nießbrauch dauerhaft, also bis zum Erlöschen durch Zeitablauf oder Tod eines Berechtigten als gemeinsames Recht bestehen bleiben solle.⁵ Das Argument der Vorinstanz, dass die Aufhebbarkeit der Eigentümergemeinschaft auch für das „schwächere“ Recht des Nießbrauchs gelte, überzeugt den BGH nicht. Auch die Bruchteilseigentümer könnten in den Grenzen des § 749 Abs. 2 BGB die Aufhebung ausschließen und so die Gemeinschaft in gewisser Weise als dauerhaft ausgestalten. Ein Streit unter den Nießbrauchberechtigten im Innenverhältnis könne zufriedenstellend dadurch gelöst werden, dass eine Koordination der Berechtigung gemäß §§ 1060, 745 BGB erfolge oder dass einer der Gesamtberechtigten verpflichtet werde, ganz oder teilweise von der persönlichen Ausübung seiner Berechtigung gemäß § 1059 Satz 2 BGB abzusehen.⁶

Das Urteil des BGH ist stringent begründet und im Ergebnis zutreffend. Der Nießbrauch wird häufig zur Absicherung im Alter vorbehalten. Für den Vertragsgestalter stellt sich die Frage, ob aus dem Urteil irgendwelche Konsequenzen für die Gestaltung künftiger Überlassungsverträge zu ziehen sind. Um eine sachgerechte Lösung zu finden, muss man sich als Vertragsgestalter zunächst fragen, ob das vorliegende Ergebnis von den Beteiligten wohl gewünscht ist, sollte es zum Streit zwischen den Nießbrauchberechtigten kommen. Typischerweise dürfte der Wille der Beteiligten darauf gerichtet sein, dass der Nießbrauch keinem Berechtigten gegen seinen Willen entzogen werden⁷ und der finanzschwächere Ehegatte nicht im Wege der Teilungsversteigerung ausgestochen werden kann.⁸ Der BGH analysiert an dieser Stelle zutreffend aus einer ökonomischen Perspektive: Ist einer der Ehegatten finanzschwach und kann er deshalb überhaupt kein Gebot abgeben, hätte der finanzstärkere Ehegatte die Möglichkeit, den Zuschlag zu einem Gebot zu erhalten, das unter dem tatsächlichen Wert des Nießbrauchs liegt.⁹ Insofern entspricht die vorliegende Entscheidung dem mutmaßlichen Willen der Beteiligten. Wer also in den Konstellationen der Überlassung durch Miteigentümer-Ehegatten *ein* Nießbrauchsrecht in „Gesamtberechtigung gemäß § 428 BGB“ bestellt, hat aufgrund der vorliegenden Entscheidung keinen Anpassungsbedarf.

Insgesamt ist die Ausgestaltung von Gesamtberechtigungen beim Nießbrauch von einem grundbuchrechtlichen Pragmatismus geprägt, sodass häufig auf § 428 BGB zurückgegriffen wird. Grundsätzlich möglich ist, dass sich die

1 OLG Bamberg, Urteil vom 16.8.2018, 1 U 133/17, BeckRS 2018, 53067.

2 OLG Bamberg, Urteil vom 16.8.2018, 1 U 133/17, BeckRS 2018, 53067 Rdnr. 21.

3 OLG Bamberg, Urteil vom 16.8.2018, 1 U 133/17, BeckRS 2018, 53067 Rdnr. 23.

4 Rdnr. 14 der besprochenen Entscheidung.

5 Rdnr. 16 der besprochenen Entscheidung.

6 Rdnr. 19 der besprochenen Entscheidung.

7 *Kesseler* in Jahresarbeitstagung DAI 2020, S. 209, 217.

8 *Mayer*, ZEV 2020, 702, 705.

9 Rdnr. 17 der besprochenen Entscheidung.

Ehegatten, denen das Grundstück je zur Hälfte gehört, diesem Verhältnis entsprechend einen Bruchteilsnießbrauch zu je ein halb vorbehalten. Dies führt jedoch nach dem Tod des ersten Ehegatten dazu, dass dem überlebenden Ehegatten nur ein Nießbrauch zu ein halb verbleibt und die Nutzungsberechtigung bezüglich der übrigen Hälfte dem Eigentümer zufällt, der den freigewordenen Nießbrauchsbruchteil sogar einem Dritten einräumen könnte, der am ursprünglichen Vertrag gar nicht beteiligt war.¹⁰ Dies wird nur in den seltensten Fällen gewünscht sein und verdeutlicht, warum auch die Auflösung der Eigentümergemeinschaft anderen Regeln folgt als das einheitliche Nießbrauchsrecht für Gesamtberechtigzte.

Eine Gestaltung als Mitberechtigte gemäß § 432 BGB soll nach umstrittener¹¹ Auffassung der Rechtsprechung unzulässig sein.¹² Maßgebliches Argument der bisherigen Rechtsprechung ist, dass es sich bei dem Nießbrauch *nicht* um eine „unteilbare“ Leistung im Sinne des § 432 BGB handelt.¹³ Der BGH geht offenbar implizit davon aus, dass die Unteilbarkeit des Nießbrauchs vereinbart werden kann.¹⁴ Ob damit die Grundbuchämter eine ausdrückliche Vereinbarkeit der Unteilbarkeit künftig akzeptieren werden, muss als offen bezeichnet werden.

In der Praxis aus Kostengründen selten gewählt, aber regelmäßig dem Inhalt nach den Interessen der Parteien entsprechend besteht auch die Möglichkeit zwei eigenständige, gleichrangige Nießbrauchsrechte zu bestellen.¹⁵ Das Verhältnis der Beteiligten richtet sich dann mangels anderweitiger Regelung nach §§ 1060, 1024 BGB und sollte im Vertrag ausführlich ausgestaltet werden.

Möchte man einen kostengünstigen Weg wählen, bleibt ein gemeinschaftlicher Nießbrauch gemäß § 428 BGB. Dass dies möglich ist, auch wenn § 428 BGB vom Wortlaut her nicht so recht passt, hat der BGH mit der vorliegenden Entscheidung nochmals bestätigt. Auf der einen Seite passt die Norm nicht, da der Nießbrauch überhaupt nicht zu einer Leistung verpflichtet, sondern nur zu einer Duldung der Ziehung der Nutzungen (§ 1030 Abs. 1 BGB).¹⁶ Er spiegelt aber jedenfalls den Wunsch der Beteiligten wider, dass jedem das Nießbrauchsrecht (im Wortlaut des § 428 BGB „die Leistung“) in voller Höhe zusteht. Eine Leistung zu bewirken hat der Eigentümer gegenüber dem Nießbrauchberechtigten ohnehin nicht, sodass es zu einer „Verdopp-

lung“ der Leistungspflicht, was § 428 BGB verhindern möchte, von vorneherein nicht kommen kann. Wählt man künftig diese Variante, sollte man die Beteiligten zumindest darauf hinweisen, dass sie im Streitfall keine Möglichkeit haben, sich durch Teilungsversteigerung aus der „Nießbrauchsgemeinschaft“ zu lösen.

5. Keine Vormerkung auf bloße Grundstücksteilung

OLG München, Beschluss vom 29.12.2020, 34 Wx 492/19, mitgeteilt von Dr. **Andreas Stegbauer**, Richter am OLG München

BGB §§ 93, 883 Abs. 2

GBO § 15 Abs. 2, § 71 Abs. 1, §§ 73, 78 Abs. 2 Satz 1

GNotKG § 22 Abs. 1, § 36 Abs. 3, § 79

RPflG § 11 Abs. 1

WEG § 3

LEITSATZ:

Der Anspruch eines Dritten gegen die Miteigentümer eines Grundstücks auf dessen Teilung ist nicht durch eine Vormerkung sicherbar, da mit einer bloßen Teilung eines Grundstücks keine dingliche Rechtsänderung verbunden ist.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte zu 1 war im Grundbuch als Miteigentümerin zu ½ von Grundbesitz eingetragen. Als Miteigentümer des weiteren hälftigen Anteils waren Erbengemeinschaften bestehend aus den Beteiligten zu 1 bis 5 eingetragen.

2 Mit Auseinandersetzungsvertrag vom 3.4.2017 regelten die Beteiligten zu 1 bis 5 die Übertragung des hälftigen Anteils der Beteiligten zu 1 und die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaften in Bezug auf den Grundbesitz. Gemäß der Vereinbarung ließen die Beteiligten das Grundstück der Beteiligten zu 4 zum Miteigentum zu ½, der Beteiligten zu 5 zu $\frac{7}{16}$ und der Beteiligten zu 2 zu $\frac{1}{16}$ auf.

3 Das langgestreckte Grundstück ist im vorderen Teil bebaut mit einem Zweifamilienhaus. Der dahinter liegende Teil wird als Garten genutzt. Der längliche Garten ist auf dem beigefügten Lageplan durch zwei Linien in drei Flächen aufgeteilt, die mit „M“ (Vorname der Beteiligten zu 4 „G“ (Vorname der Beteiligten zu 2 und „A“ (Vorname der Beteiligten zu 5 bezeichnet sind.

4 Im Vertrag vom 3.4.2017 ist unter XIV. 3. a) geregelt, dass das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer, auch mit Wirkung für und gegen alle künftigen Miteigentümer ausgeschlossen wird; das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft aus wichtigem Grund zu betreiben, bleibe hiervon unberührt.

5 Unter XIV. 3. b) ist zudem vereinbart, dass die Beteiligte zu 4 den Garten, der im beigefügten Lageplan mit „M“ bezeichnet

¹⁰ *Amann*, NotBZ 2009, 441, 443.

¹¹ *Amann*, NotBZ 2009, 441 ff.; *Frank*, MittBayNot 2012, 386, 388; *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rdnr. 1316; OLG München, Beschluss vom 25.6.2009, 34 Wx 41/09, DNotZ 2010, 123, 124 m. Anm. *Kessler*.

¹² OLG München, Beschluss vom 25.6.2009, 34 Wx 41/09, DNotZ 2010, 120; kritisch BeckOGK-BGB/*Servatius*, Stand: 1.11.2019, § 1030 Rdnr. 64 m. w. N.

¹³ OLG München, Beschluss vom 25.6.2009, 34 Wx 41/09, DNotZ 2010, 120, 122.

¹⁴ Rdnr. 14 der besprochenen Entscheidung; so auch schon *Amann*, NotBZ 2009, 441, 443.

¹⁵ *Kessler* in Jahresarbeitstagung DAI 2020, S. 209, 219 bezeichnet dies gar als „Königsweg“.

¹⁶ *Frank*, MittBayNot 2012, 386, 388.

ist, nutzen darf, die Beteiligten zu 2 und 5 den mit „A oder G“ bezeichneten Gartenteil.

6 In Ziffer XV. Bedingtes Rückforderungsrecht; Verpflichtung zur Teilung, Verpflichtung zur Bestellung von Dienstbarkeiten regelten die Beteiligten im Auseinandersetzungsvertrag zu dem Folgendes:

„1. Frau (...) (Beteiligte zu 3) ist berechtigt, von Frau (...) (Beteiligte zu 5) die Übertragung eines Miteigentumsanteils von 7/32 an der realen Grundstücksteilfläche zu verlangen, die im heute beigefügten Lageplan mit „M(...)“, „G(...)“ und „A(...)“ bezeichnet ist, wenn die Grundstücksteile insgesamt oder in Teilen mit Wohngebäuden bebaut werden. Es genügt hierbei die abstrakte Qualität als Bauland; die Erteilung oder Bestandskraft einer Baugenehmigung sind nicht nötig.

(...)

2. Zum Zwecke der Übertragung ist das in Ziffer I. genannte Grundstück entsprechend den Festlegungen in Ziffer 1. real zu teilen. Alle Erwerber verpflichten sich gegenüber Frau (...) (Beteiligte zu 3) bedingt durch berechtigte Stellung des Übertragungsverlangens nach Ziffer 1., an einer solchen Teilung mitzuwirken.

(...)

5. Die Vertragsteile bewilligen und beantragen zur Sicherung

a) des Anspruchs auf Teilung (...) gegen alle Erwerber die Eintragung einer Vormerkung am gesamten Vertragsgrundbesitz nach Ziffer I.

b) des Anspruchs auf Übertragung eines Miteigentumsanteils von 7/32 an der Teilfläche nach Teilung eine Vormerkung an dem Miteigentumsanteil von Frau (...) (Beteiligte zu 5) nach Vollzug der Rechtsänderungen nach Ziffer II. 1. und IV. 1.

die Eintragung je einer

Vormerkung

an den jeweiligen Belastungsgegenständen zugunsten von Frau ... (Beteiligte zu 3).“

7 Die Urkunde wurde am 30.5.2017 zum Vollzug aller Bewilligungen und Anträge vorgelegt, der Antrag auf Eintragung dieser Vormerkungen allerdings mit Schreiben vom 3.4.2019 zunächst zurückgenommen.

8 Die im Übrigen beantragten Eintragungen, insbesondere die in Ziffer IV. der Urkunde erklärte Auflassung und der Belastung der Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft wurden nach zunächst erfolgter Zurückweisung im Laufe des Beschwerdeverfahrens 34 Wx 2/18 am 27.6.2019 vollzogen.

9 Mit Schreiben des Notars vom 25.7.2019 beantragten die Beteiligten erneut den Vollzug der in der Urkunde bewilligten Vormerkungen. Diesen Antrag hat das Grundbuchamt mit Beschluss vom 25.9.2019 zurückgewiesen. Die in Ziffer XV. 5. a) der Urkunde erteilte Bewilligung einer Vormerkung zur Sicherung der Teilung des Flurstücks sei nicht eintragbar. Der Begriff „Teilung“ sei zu unbestimmt und als solcher isoliert nicht vor-

merkbar. Als gesetzlich verankertes Recht sei die reale Aufteilung des Grundbesitzes auf die Miteigentümer beschränkt. Somit könne nicht zugunsten der Beteiligten zu 3 eine Vormerkung eingetragen werden. Zudem würde eine Vormerkung die Vereinbarung in Abschnitt XIV. der Urkunde konterkarieren. Die zudem beantragte Vormerkung eines Anspruchs auf Erwerb eines $\frac{7}{32}$ Miteigentumsanteils an der Teilfläche nach Teilung scheide wegen der Verknüpfungen der Vormerkungen aus.

10 Gegen diesen Beschluss richtet sich die mit Schreiben des Notars vom 8.10.2019 eingelegte Beschwerde. Die Vormerkung als Sicherungsmittel eigener Art solle einen Anspruch sichern, der auf eine eintragbare Rechtsänderung gerichtet sei. Denn gesichert werden solle ein Anspruch auf Bildung von realen und im Grundbuch als einzelnen Grundstücken vorgelegenen Flächen sowie die Übereignung eines Miteigentumsanteils an einer solchen Fläche. Die Teilfläche sei durch den der Urkunde anliegenden bemaßten Plan auch hinreichend bestimmt.

11 Die Eintragung der Vormerkung auf Realteilung stehe nicht im Widerspruch zu dem Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft, da damit nur das Auseinanderbrechen der Miteigentümergeinschaft insgesamt, also die Teilung nach §§ 752 f. BGB ausgeschlossen werde. Nicht verhindert werden könne hingegen das Eindringen eines Dritten in die Miteigentümergeinschaft durch Sonder- oder Gesamtrechtsnachfolge in einen Miteigentumsanteil. Die beabsichtigte Realteilung führe daher nicht zu einem Verlust des Eigentums der übrigen Miteigentümer.

12 Der Anspruch auf Realteilung richte sich gegen alle einzutragenden Eigentümer, damit sichergestellt werde, dass die Miteigentümer an der Grundstücksteilung mitwirkten, der Anspruch auf Übereignung eines Miteigentumsanteils dagegen nur gegen die Beteiligte zu 5. Daher seien insofern zwei Vormerkungen beantragt. Der Passus „an der Teilfläche nach Teilung“ sei weder Rangbestimmung noch Bewilligungsbedingung, sondern kennzeichne allein die Einschränkung, unter der der Anspruch auf Übereignung des Miteigentumsanteils stehe.

13 Der Beschwerde hat das Grundbuchamt nicht abgeholfen. Die beantragte „Teilung“ könne nicht vorgemerkt werden, da der Anspruch auf Teilung nicht in ein Recht umgeschrieben werden könne.

18 II. (...) b) Die vor der Übertragung eines Miteigentumsanteils an einer Teilfläche an einen zukünftigen Miteigentümer zu vereinbarenden Teilung eines Grundstücks ist allerdings nicht vormerkungsfähig.

19 Voraussetzung der Eintragung einer Vormerkung ist das Bestehen eines vormerkungsfähigen Anspruchs, § 883 Abs. 1 Satz 1 BGB. Eine Vormerkung ist nach § 883 BGB zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Recht oder auf Änderung des Inhalts oder des Rangs eines solchen Rechts möglich. Somit sind nur schuldrechtliche Ansprüche auf eine dingliche Rechtsänderung vormerkungsfähig, auf den Schuldgrund (Gesetz, Vertrag, einseitiges Rechtsgeschäft) kommt es nicht an.

20 Eine bloße Teilung eines Grundstücks, die sich nicht als Realteilung nach § 752 BGB darstellt, führt allerdings nicht zu einer dinglichen Rechtsänderung in diesem Sinne.

21 Im Fall der bloßen Teilung eines Grundstücks wird zwar die Existenz des Gesamtgrundstücks beendet, da die Teile selbstständige Grundstücke werden (MünchKomm-BGB/Kohler, 8. Aufl., § 890 Rdnr. 17). Damit verbunden ist allerdings keinerlei Änderung der auf den Grundstücken eingetragenen Rechte. Belastungen bleiben an den Teilgrundstücken bestehen, Grundpfandrechte werden zu Gesamtgrundpfandrechten im Sinne von § 1132 BGB (Staudinger/Pickert, Neub. 2019, § 890 Rdnr. 58). Soweit Dienstbarkeiten räumlich beschränkt bestellt waren, sind diese zwar im Grundbuch des lastenfrei abbeschriebenen Grundstücks zu löschen (Staudinger/Pickert, § 890 Rdnr. 58; MünchKomm-BGB/Kohler, § 890 Rdnr. 17). Dies hat allerdings auch keine Änderung der Rechte an dem Grundstücksteil zur Folge, da aus der Dienstbarkeit auch bisher im Hinblick auf den abbeschriebenen Teil keine Rechte hergeleitet werden konnten.

22 Eine Vergleichbarkeit ist auch nicht mit der Begründung von Wohnungseigentum gegeben. Das Miteigentum am Grundstück wird nach § 3 WEG nämlich durch die Teilungserklärung dahin gehend beschränkt, dass jedem Miteigentümer abweichend von § 93 BGB das Sondereigentum an einer bestimmten Wohnung oder an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen in einem auf dem Grundstück errichteten oder noch zu errichtenden Gebäude eingeräumt wird. Mithin hat eine Vereinbarung nach § 3 WEG eine Änderung der dinglichen Rechte am Grundstück zur Folge.

23 Bei einer Realteilung im Sinne von § 752 BGB ändern sich die rechtlichen Beziehungen der bisherigen Miteigentümer am Grundstück. Daher ist ein Anspruch auf Übertragung des (Mit-)Eigentums an einem Grundstücksteil als sog. Parzellierungsvormerkung möglich, da damit Anspruch auf Übertragung eines Grundstücksteils zu (Mit-)Eigentum abgesichert wird. Nur in diesem Fall ist der Anspruch auf Übereignung des Grundstücks gegen den Eigentümer und damit die Teilung vormerkbar, wobei die Parzellierungsvormerkung zulasten des ganzen Grundstücks einzutragen ist (Staudinger/Kesseler, Neub. 2020, § 883 Rdnr. 117).

24 Vorliegend sprechen die Beteiligten zwar immer von einer Realteilung. Es soll allerdings nur die Teilung des Grundstücks gesichert werden. Dies setzt zwar als ersten Schritt die Vereinbarung der Teilung des Grundstücks durch die Miteigentümer voraus. Auch wenn die Änderung des Zuschnitts des Grundstücks eines Rechtsgeschäfts bedarf, ist damit aber keinerlei Auswirkung auf ein dingliches Recht an dem Grundstück verbunden. Dass nach Teilung die Belastung oder Übereignung allein des neu gebildeten Grundstücksteils möglich wird, ist nur eine mittelbare Auswirkung für die Zukunft.

25 Auch das durch die Vormerkung zu befriedigende Sicherungsinteresse (vgl. § 883 Abs. 2 BGB) erfordert allerdings die Vormerkungsfähigkeit der Teilung nicht. Es kann nämlich schon vor der Teilung die erstrebte Belastung des Grundstücksteils oder die Übereignung durch eine Vormerkung dieses Rechts auf dem Gesamtgrundstück abgesichert werden.

26 Soweit sichergestellt werden soll, dass die übrigen Miteigentümer an einer Teilung des Grundstücks mitwirken, ergibt sich dieser Anspruch schon aus dem geschlossenen Vertrag. Auch im Falle einer Vormerkung ist im Fall der Verweigerung der Miteigentümer zur Mitwirkung an der Teilung weiterhin die Erhebung einer Klage auf Abgabe der erforderlichen Erklärung nach § 894 ZPO erforderlich.

27 c) Nach der Formulierung des Antrags ist die Vormerkung der Übertragung „eines hälftigen Miteigentumsanteils an der Teilfläche“ nach Teilung nach § 16 Abs. 2 GBO an die Eintragung der Vormerkung für die Teilung geknüpft.

28 Auch wenn der Passus „an der Teilfläche nach Teilung“ weder Rangbestimmung noch Bewilligungsbedingung sei, sondern allein die Einschränkung kennzeichne, unter der der Anspruch auf Übereignung des Miteigentumsanteils stehe, ergibt sich auch aus der Rücknahme beider Anträge zusammen mit Schreiben vom 3.4.2019, dass die beiden Anträge im Sinne von § 16 Abs. 2 GBO verbunden sind.

29 Da der Antrag auf Eintragung einer Vormerkung auf Grundstücksteilung allerdings erfolglos bleibt, ist auch der weitere Antrag zurückzuweisen.

III.

(...)

6. Grundbuchverfahren – Nachweis der Vertretungsberechtigung bei einer ausländischen Gesellschaft durch die Bestätigung eines auf den British Virgin Islands zugelassenen notary public

OLG München, Beschluss vom 9.11.2020, 34 Wx 235/20

FamFG § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3

GBO § 15 Abs. 2, §§ 20, 29 Abs. 1 Satz 2, § 32

LEITSÄTZE:

- 1. Zum Nachweis der Berechtigung zur Vertretung einer auf den British Virgin Islands ansässigen Gesellschaft in der Rechtsform einer Limited.**
- 2. Sofern eine ausländische Gesellschaft beteiligt ist, richtet sich das grundbuchrechtliche Eintragungsverfahren ebenfalls nach deutschem Recht. Folglich bedarf eine Auflassung, welche durch einen Vertreter erklärt wird, als andere Voraussetzung der Eintragung im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO des Nachweises durch öffentliche Urkunden, dass dieser als Berechtigter handelt. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 3. Eine nach § 21 Abs. 1 BNotO ausgestellte Bescheinigung eines deutschen Notars ist grundsätzlich beschränkt auf die Eintragungen im deutschen Register. Eine aufgrund Einsicht eines deutschen Notars in ein ausländisches Register ausgestellte Bescheinigung**

genügt nur ausnahmsweise, sofern feststeht, dass dieses Register dem deutschen entspricht. (Leitsatz der Schriftleitung)

4. Sofern das anwendbare ausländische Recht kein beweiskräftiges Handelsregister kennt und nach dessen Vorschriften auch sonst kein Beweis für die Vertretungsberechtigung existiert, kann und muss das Grundbuchamt den nach dem ausländischen Recht möglichen Nachweis verlangen, wobei dieser dann ausreicht. Im Interesse der Sicherheit des Grundstücksverkehrs und der Gewährleistung der Richtigkeit des Grundbuchs darf das Grundbuchamt vom Antragssteller verlangen, dass dieser sämtliche, nach dem ausländischen Recht bestehende Möglichkeiten ausgeschöpft hat, selbst wenn diese in dem jeweiligen Staat im inländischen Rechtsverkehr unüblich sind. (Leitsatz der Schriftleitung)
5. Die Frage der Vertretungsberechtigung beurteilt sich im Fall einer ausländischen Gesellschaft nach dem Gesellschaftsstatut. Zur Vertretung einer nach dem Recht der British Virgin Islands gegründeten Limited sind ihre directors berechtigt. (Leitsatz der Schriftleitung)
6. Zwar ist ein britischer notary public anerkanntermaßen mit einem deutschen Notar vergleichbar. Jedoch entspricht dessen Bestätigung in Bezug auf den Nachweis der Vertretungsberechtigung nicht ohne Weiteres der Bestätigung nach § 21 BNotO, jedenfalls dann nicht, sofern diese allein auf einer Einsichtnahme in das Companies House beruht und nicht auch eine eigene Prüfung der Dokumente (Einsicht in die Unterlagen der Gesellschaft wie Gesellschaftsvertrag, Protokollbuch), mithin eine gutachterliche Äußerung beinhaltet. Denn das Companies House hat bei der Eintragung, anders als das deutsche Handelsregister, keine materielle Prüfungskompetenz, sodass die Beweiskraft der dort eingestellten Dokumente nicht vergleichbar ist. Da das Rechtssystem der British Virgin Islands mit dem britischen grundsätzlich übereinstimmt, gilt selbiges auch für den dortigen public notary und das Register of Companies. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

- 1 I. Die Beteiligte zu 1 ist im Wohnungsgrundbuch als Mit-eigentümerin von Grundbesitz, verbunden mit dem Sonder-eigentum an einer Wohnung, einem Keller und einem Tiefgaragenstellplatz eingetragen.
- 2 Mit notariellem Vertrag vom 16.9.2014 veräußerte die Beteiligte zu 1 o. g. Anteil an die Beteiligte zu 2, eine Gesellschaft in der Rechtsform der Limited mit Sitz auf den British Virgin Islands.
- 3 Dabei wurde die Beteiligte zu 2 von X X vertreten. Vorgelegt wurden jeweils in Kopie ein certificate of good standing des Registrar of Corporate Affairs vom 27.8.2014 für die Beteiligte zu 2, ein certificate of incumbency vom 3.9.2014, wonach den beim registered office hinterlegten Dokumenten zufolge seit 12.8.2014 X X der company's director sei, ein gesiegeltes no-

tarial certificate eines notary public für die British Virgin Islands vom 3.9.2014, wonach dieses certificate of incumbency im Rahmen ihrer Befugnisse von den autorisierten Unterzeichnern der X X Ltd., dem registered agent der Beteiligten zu 2, unterschrieben worden sei, und eine Apostille ebenfalls vom 3.9.2014, mit der die Unterschrift des notary public sowie dessen Amtsbefugnis und Siegel beglaubigt wurden. Die Vertreter der Beteiligten erteilten dem Urkundsnotar jeweils Vollmacht, die Eintragung des Eigentumswechsels zu bewilligen und zu beantragen.

4 Am 31.10.2014 wurde antragsgemäß im Wohnungsgrundbuch eine Auflassungsvormerkung zugunsten der Beteiligten zu 2 eingetragen.

5 Auf den Antrag auf Vollzug der Auflassung vom 21.4.2016 hin forderte das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 27.4.2016 einen Kostenvorschuss an und erklärte außerdem, die eingereichten Unterlagen hinsichtlich des Vertretungsnachweises der Käuferin reichten nicht aus. Es fehle am Nachweis, dass die X X Ltd. vertretungsberechtigtes Organ der Beteiligten zu 2 sei und durch wen wiederum die X X Ltd. vertreten werde. Dem notarial certificate lasse sich insoweit nicht entnehmen, dass der Notar Einsicht in die entsprechenden Unterlagen genommen habe. Die Dokumente seien zudem in beglaubigter deutscher Übersetzung einzureichen und mit einer Apostille zu versehen.

(...)

26 b) Die Beteiligten können sich gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 FamFG durch einen Notar vertreten lassen. Da der im Grundbuchverfahren ausdrücklich bevollmächtigte Urkundsnotar den Eintragungsantrag gestellt hat, gilt er nach § 15 Abs. 2 GBO auch als ermächtigt, Beschwerde einzulegen (vgl. *Demharter*, GBO, § 15 Rdnr. 20; *Hügel/Kramer*, GBO, § 71 Rdnr. 226). Der Rechtsmittelführer ist nicht näher bezeichnet; daher ist anzunehmen, dass die Beschwerde für beide Beteiligte eingelegt ist (vgl. BGH, NJW 1985, 3070/3071; *Bauer/Schaub/Wilke*, GBO, § 15 Rdnr. 30; *Demharter*, GBO, § 15 Rdnr. 20; *Hügel/Kramer*, GBO, § 71 Rdnr. 227; *Meikel/Böttcher*, GBO, § 15 Rdnr. 38). Eine Vertretung der Beteiligten zu 2 darüber hinaus durch einen Rechtsanwalt ist gemäß § 10 Abs. 2 Satz 1 FamFG ebenfalls zulässig. Ob X X ihrerseits zur Vertretung der Beteiligten zu 2 berechtigt war, ist als doppelrelevante Tatsache im Rahmen der Prüfung der Begründetheit der Beschwerde zu klären. Für die Annahme der Vertretungsberechtigung im Verfahren vor dem Grundbuchamt und vor dem Beschwerdegericht genügt die entsprechende Behauptung, die hier vorliegt (vgl. Senat vom 27.7.2020, 34 Wx 212/20, FGPrax 2020, 247/248).

27 3. Die Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg.

28 a) Auch im Falle der Beteiligung einer ausländischen Gesellschaft richtet sich das Eintragungsverfahren nach deutschem Recht als der *lex fori* (Senat vom 14.10.2015, 34 Wx 187/14, NZG 2015, 1437/1438; OLG Düsseldorf, FGPrax 2015, 12; OLG Naumburg, BeckRS 2014, 14966; OLG Köln, FGPrax 2013, 18/19; *Demharter*, GBO, § 1 Rdnr. 29; *Hügel/Holzer*, GBO, § 1 Rdnr. 37; *Keller/Munzig/Sieghörner/Nicht*, Grundbuchrecht, § 8 Einl. Rdnr. 359), hier also nach den Bestimmungen der GBO.

29 b) Gemäß § 20 GBO darf im Falle der Auflassung eines Grundstücks die Eintragung nur erfolgen, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist. Die Übertragung von Wohnungs- und Teileigentum stellt inhaltlich einen Erwerb eines Miteigentumsanteils dar, der gemäß § 1 Abs. 2 und 3 WEG mit dem Sondereigentum an bestimmten Räumen verbunden ist. Das Sondereigentum kann nach § 6 Abs. 1 WEG ohne den dazugehörigen Miteigentumsbruchteil nicht übertragen werden. Deshalb gelten für die Übertragung von Wohnungs- und Teileigentum die §§ 873, 925 BGB unmittelbar. Es bedarf somit der Auflassung, die dem Grundbuchamt nach § 20 GBO nachzuweisen ist (Bauer/Schaub/Kössinger, GBO, § 20 Rdnr. 64; Demharter, GBO, § 20 Rdnr. 4; Hügel/Hügel, GBO, § 20 Rdnr. 29; Keller/Munzig/Munzig, Grundbuchrecht, § 20 Rdnr. 14; Meikel/Böttcher, GBO, § 20 Rdnr. 30).

30 c) Wird die Auflassung durch einen Vertreter erklärt, ist dessen diesbezügliche Berechtigung als andere Voraussetzung der Eintragung i. S. v. § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO, also durch öffentliche Urkunden, nachzuweisen (OLG Jena, FGPrax 2018, 104, 105; OLG Brandenburg, MittBayNot 2011, 222, 223; Demharter, GBO, § 29 Rdnr. 15; Hügel/Otto, GBO, § 32 Rdnr. 1; Keller/Munzig/Sieghörner/Nicht, Grundbuchrecht, § 8 Einl. Rdnr. 360; Meikel/Hertel, GBO, § 29 Rdnr. 121; Bausback, DNotZ 1996, 254, 265; a. A. OLG Nürnberg, FGPrax 2014, 156, 157). § 32 GBO gewährt zwar insofern eine Erleichterung, als der Nachweis einer in einem Register eingetragenen Vertretungsberechtigung durch eine Bescheinigung nach § 21 Abs. 1 BNotO erbracht werden kann. Diese Erleichterung ist aber grundsätzlich beschränkt auf Eintragungen in einem deutschen Register (OLG Düsseldorf, FGPrax 2015, 12 f.; OLG Nürnberg, FGPrax 2014, 156, 157; OLG Naumburg, BeckRS 2014, 14966; OLG Brandenburg, MittBayNot 2011, 222, 223; OLG Hamm, NJOZ 2011, 2021, 2022; NJW-RR 1995, 469, 470; Bauer/Schaub/Schaub, GBO, § 32 Rdnr. 10; Hügel/Otto, GBO, § 32 Rdnr. 29; Meikel/Hertel, GBO, Einl. G Rdnr. 78; Bausback, DNotZ 1996, 254, 265; a. A. Keller/Munzig/Volmer, Grundbuchrecht, § 32 Rdnr. 51; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3636h; Heckschen, BB 2015, 592). Ausnahmsweise genügt die von einem deutschen Notar aufgrund einer Einsicht in ein ausländisches Register ausgestellte Bescheinigung, wenn feststeht, dass dieses Register dem deutschen entspricht (Senat vom 14.10.2015, 34 Wx 187/14, NZG 2015, 1437, 1438; OLG Düsseldorf, FGPrax 2015, 12, 13; OLG Schleswig, FGPrax 2008, 217; Bauer/Schaub/Schaub, Grundbuchrecht, § 32 Rdnr. 11; Demharter, GBO, § 32 Rdnr. 8; Heckschen, BB 2015, 592). Kennt indes das einschlägige ausländische Recht kein beweiskräftiges Handelsregister und gibt es nach dessen Vorschriften auch sonst keinen vollständigen Beweis für die Vertretungsberechtigung, dann kann und muss das Grundbuchamt den nach dem ausländischen Recht möglichen Nachweis verlangen, dieser reicht dann aber aus (OLG Jena, FGPrax 2018, 104, 105; KG, FGPrax 2012, 236; Hügel/Zeiser, IPR Rdnr. 107; Meikel/Hertel, GBO, Einl. G Rdnr. 79; Bausback, DNotZ 1996, 254, 265 f.).

31 d) Die Frage der Bestellung ihrer Organe und deren Vertretungsmacht ist im Falle einer ausländischen Gesellschaft nach dem Gesellschaftsstatut zu beurteilen (OLG Jena, FGPrax 2018, 104, 105; Senat vom 14.10.2015, 34 Wx 187/14, NZG

2015, 1437, 1438; OLG Naumburg, BeckRS 2014, 14966; KG, DNotZ 2012, 604; Bauer/Schaub/Schaub, GBO, AT K Rdnr. 111; Hügel/Zeiser, IPR Rdnr. 99; Bausback, DNotZ 1996, 254, 261). Zur Vertretung einer nach dem Recht der British Virgin Islands gegründeten Limited sind gemäß section 129 subsection 2 BVI Business Companies Act 2004 ihre directors berechtigt.

32 aa) Der Nachweis, dass die handelnde Person director im Sinne dieser Bestimmung und damit vertretungsberechtigt ist, kann durch eine Bescheinigung des registered agent der Gesellschaft geführt werden. Gemäß section 96 subsection 1 BVI Companies Act 2004 bewahrt er die Unterlagen der Gesellschaft auf, darunter gemäß lit. c das register of directors; Änderungen sind ihm gemäß subsection 2 lit. a innerhalb von 15 Tagen mitzuteilen. Der registered agent ist daher in der Lage, Bescheinigungen für die Gesellschaft auszustellen. Gemäß section 107 BVI Companies Act 2004 ist er hierzu auch berechtigt.

33 Allerdings handelt es sich bei diesen Bescheinigungen nicht um – ausländische – öffentliche Urkunden, da der registered agent als Organ der Gesellschaft fungiert und ihm hoheitliche Aufgaben nicht übertragen sind. Können demnach die Anforderungen des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO wegen des Inhalts des ausländischen Rechts nicht vollständig erfüllt werden, muss sich das Grundbuchamt zwar mit den danach möglichen Nachweisen begnügen, darf aber im Interesse der Sicherheit des Grundstücksverkehrs und der Gewährleistung der Richtigkeit des Grundbuchs verlangen, dass der Antragsteller sämtliche nach dem ausländischen Recht bestehenden Möglichkeiten ausschöpft, mögen sie in dem jeweiligen Staat im inländischen Rechtsverkehr auch unüblich sein.

34 Die Bescheinigung des registered agent ist daher im Original vorzulegen, muss mit seinem Siegel versehen sein und bedarf der Unterschriftsbeglaubigung durch einen auf den British Virgin Islands zugelassenen notary public.

35 Das Grundbuchamt fordert zudem mit Recht, dass die Bescheinigung mit einer besonderen Versicherung der Richtigkeit der bestätigten Tatsache versehen ist.

36 Darüber hinaus muss sichergestellt sein, dass der Aussteller der Bestätigung tatsächlich der registered agent der Gesellschaft ist. Hierzu ist eine gemäß section 233 subsection 1 lit. c BVI Companies Act 2004 ausgestellte Bescheinigung des von der BVI Financial Services Commission eingesetzten Registrar of Corporate Affairs – ebenfalls im Original – vorzulegen.

37 Sämtliche Dokumente sind mit der Apostille und in beglaubigter deutscher Übersetzung einzureichen, soweit der Grundbuchrechtspfleger hiervon nicht absieht, weil er der englischen Sprache hinreichend mächtig ist.

38 Handelt es sich bei dem registered agent seinerseits um eine juristische Person, bedarf es darüber hinaus des Nachweises, dass die Person, die die Bestätigung unterschrieben hat, hierzu für den registered agent berechtigt war, sei es als gesetzlicher Vertreter, sei es durch rechtsgeschäftliche Vollmachterteilung. Auch für den Nachweis dieser Berechtigung gelten die zuvor dargestellten Grundsätze (OLG Jena, FGPrax 2018, 104, 105).

39 bb) Weiter kommt zum Nachweis der Stellung als director und damit der Vertretungsberechtigung die Bescheinigung eines auf den British Virgin Islands zugelassenen public notary in Betracht.

40 Es ist anerkannt, dass ein britischer notary public mit einem deutschen Notar vergleichbar ist (OLG Nürnberg, FGPrax 2014, 156, 157; Meikel/Hertel, GBO, Einl. G Rdnr. 89). In Bezug auf den Nachweis der Vertretungsberechtigung entspricht die Bestätigung eines notary public allerdings nicht ohne Weiteres der Bestätigung nach § 21 BNotO, da letztere auf einer eigenen Prüfung der Dokumente der Gesellschaft beruht und somit auch eine gutachterliche Äußerung beinhaltet. Daher genügt die Bestätigung durch einen britischen notary public nicht, wenn sie allein auf einer Einsichtnahme in das Companies House beruht; aus der Bescheinigung müssen vielmehr die tatsächlichen Grundlagen – etwa Einsicht in die Unterlagen der Gesellschaft wie Gesellschaftsvertrag, Protokollbuch – der notariellen Feststellungen hervorgehen (OLG Düsseldorf, FGPrax 2015, 12, 13; OLG Nürnberg, FGPrax 2014, 156, 157; OLG Köln, FGPrax 2013, 18, 19; KG, DNotZ 2012, 604, 606; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3636j), da sonst eine Beweiswürdigung durch das Grundbuchamt nicht möglich ist. Denn das britische Companies House ist im Hinblick auf die Beweiskraft der Eintragungen dem deutschen Handelsregister nicht vergleichbar (OLG Düsseldorf, FGPrax 2015, 12, 13; OLG Nürnberg, FGPrax 2014, 156, 157; OLG Köln, FGPrax 2013, 18, 19; KG, DNotZ 2012, 604, 606; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3636j). Bezüglich Eintragungen in letzteres kommt dem Registergericht eine materielle Prüfungskompetenz zu (Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, 39. Aufl., § 8 Rdnr. 8; MünchKomm-HGB/Krafka, 4. Aufl., § 8 Rdnr. 60), die dem Companies House fehlt (OLG Düsseldorf, FGPrax 2015, 12, 13; KG, DNotZ 2012, 604, 605; Heckschen, BB 2015, 592).

41 Wegen der grundsätzlichen Übereinstimmung des Rechtssystems der British Virgin Islands mit dem britischen (OLG Jena, FGPrax 2018, 104, 105; Meikel/Hertel, GBO, Einl. G Rdnr. 109) gilt all dies auch für einen dort zugelassenen public notary und das Register of Companies. Insbesondere fehlt einer Eintragung in letzteres die erforderliche Beweiskraft. Denn section 231 subsection 1 lit. b BVI Companies Act 2004 stellt die Mitteilung des register of directors an den Registrar of Corporate Affairs frei. Auch kann die Gesellschaft diesem selbst im Falle einer solchen Mitteilung gemäß subsection 3 anzeigen, dass sie künftige Änderungen nicht mitteilen wird. Eine materielle Prüfungskompetenz sieht der BVI Companies Act 2004 an keiner Stelle vor. Zum Nachweis der Vertretungsberechtigung ist also eine den oben genannten Vorgaben entsprechende Bescheinigung eines public notary erforderlich.

42 Die Bescheinigung des public notary ist im Original, versehen mit der Apostille und mit beglaubigter deutscher Übersetzung vorzulegen, soweit der Grundbuchrechtspfleger hiervon nicht absieht (OLG Jena, FGPrax 2018, 104, 105).

43 cc) Weitere, in der angegriffenen Zwischenverfügung nicht aufgeführte Möglichkeiten, die Stellung der X X als director und damit ihre Vertretungsberechtigung nachzuweisen, bestehen nicht.

44 Insbesondere reicht eine Bescheinigung eines deutschen Notars nicht aus. Der Bereich, in dem eine solche zum Nachweis der Vertretungsberechtigung genügt, wurde bereits unter c) beschrieben. Eine darüber hinausgehende Kompetenz, tragfähige gutachtliche Feststellungen im Sinne der Ausführungen unter bb) zu treffen, hat ein deutscher Notar nicht. Denn die Gewähr für die zur Ausstellung der Erklärung erforderliche weitreichende und tiefgehende Kenntnis der einschlägigen Rechtsordnung bietet nur ein in dem betreffenden Staat zugelassener Notar (OLG Düsseldorf, FGPrax 2015, 12, 13; Heckschen, BB 2015, 592), hier also ein notary public mit Zulassung auf den British Virgin Islands.

45 Auch eine Bestätigung der BVI Financial Commission über den Inhalt des Register of Companies genügt nicht. Zwar dürfte es sich bei dieser auf der Grundlage des Financial Services Commission Act 2001 errichteten Institution um eine öffentliche, mit Hoheitsgewalt ausgestattete Behörde handeln. Diese kann jedoch nur Auskunft über den Registerinhalt als solchen geben. Sie bietet aber keine Richtigkeitsgewähr, da, wie bereits unter bb) ausgeführt, mangels materieller Prüfungskompetenz des Registrar of Corporate Affairs nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden kann, dass die Eintragung die materielle Rechtslage korrekt wiedergibt.

46 e) Nach diesen Maßstäben ist die Zwischenverfügung vom 25.3.2020 nicht zu beanstanden. Zutreffend sieht das Grundbuchamt bezüglich X X den Nachweis der Stellung als director und damit der Vertretungsberechtigung als bisher nicht erbracht, eine Beseitigung dieses 34 Wx 235/20 – S. 10 – Eintragungshindernisses durch die genannten Mittel aber als möglich an.

47 aa) Dass die X X Ltd. der registered agent der Beteiligten zu 2 ist, ist bislang nicht entsprechend den unter d aa) erläuterten Erfordernissen durch eine Originalbescheinigung des Registrar of Corporate Affairs nachgewiesen. Gleiches gilt für den Nachweis der Vertretungsbefugnis der für die X X Ltd. Unterzeichnenden. Außerdem ist die durch die X X Ltd. ausgestellte Bescheinigung nicht gesiegelt.

48 bb) Auch eine den unter d bb) dargestellten Anforderungen genügende Bestätigung der Berechtigung der X X, die Beteiligte zu 2 zu vertreten, durch einen auf den British Virgin Islands zugelassenen notary public liegt nicht vor. Die eingereichten Bescheinigungen attestieren lediglich die Echtheit von Unterschriften bzw. die Eigenschaft der X X Ltd. als registered agent der Beteiligten zu 2, Letzteres zudem ohne Erläuterung der Grundlage dieser Feststellung.

(...)

7. Löschung einer Rückauflassungsvormerkung wegen Todes des Berechtigten – zur Unzulässigkeit einer Zwischenverfugung

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.10.2020, 3 Wx 103/20

BGB §§ 140, 1922

GBO §§ 19, 22 Abs. 1 Satz 1, § 23 Abs. 2

LEITSÄTZE:

1. Wenn der Grundbuchberichtigungsantrag darauf gestützt wird, dass der Unrichtigkeitsnachweis geführt sei, kann die vom Grundbuchamt für notwendig erachtete Berichtigungsbewilligung nicht im Wege der Zwischenverfugung verlangt werden. Das Grundbuchamt hat in einem derartigen Fall den Berichtigungsantrag sofort zurückzuweisen (Anschluss an OLG München, ZEV 2016, 708).
2. Der Nachweis des Todes des Berechtigten genügt als Nachweis für die Unrichtigkeit eines Grundbucheintrags über eine Rückauflassungsvormerkung nur dann, wenn sich aus der zugrunde liegenden Vereinbarung explizit oder durch Auslegung ergibt, dass mit dem Tod des Berechtigten der Sicherungsfall nicht mehr eintreten kann und wenn ausgeschlossen werden kann, dass die Vormerkung auch einen zu Lebzeiten entstandenen, aber bis zum Tod des Berechtigten nicht mehr durchgesetzten und nach § 1922 BGB auf die Erben übergegangenen Übertragungsanspruch sichert.
3. Es besteht die Möglichkeit, eine Umdeutung des unzulässigerweise beantragten Löschungserleichterungsvermerks analog § 140 BGB in eine Löschungsvollmacht vorzunehmen. Die Löschungsvollmacht ermöglicht es, den von den Beteiligten angestrebten rechtlichen Erfolg zu realisieren, ohne in ihren Wirkungen über diejenigen einer Löschungserleichterung hinauszugehen.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. E K war eingetragene Eigentümerin des vorbenannten Grundbesitzes. Mit notariellem Kaufvertrag des Notars (...) in Erkelenz vom 24.6.1997 (UR-NR. 891/1997) veräußerte sie den Grundbesitz an die Beteiligte. Im Kaufvertrag wurde vereinbart, dass die Beteiligte auf Lebenszeit eine Leibrente an E K zu zahlen hatte. Weiter heißt es im Kaufvertrag:

„Zur Absicherung der Leibrentenverpflichtung bewilligen und beantragen die Beteiligten die Eintragung einer entsprechenden Reallast zulasten des hier verkauften Grundbesitzes und zugunsten von Frau E K im Grundbuch mit dem Vermerk, dass zur Löschung des Rechts der Nachweis des Tode (sic!) des Berechtigten genügen soll.“

2 Die Kaufvertragsparteien vereinbarten ferner ein Rücktrittsrecht der Rentenberechtigten:

„Die Rentenberechtigte behält sich den Rücktritt von diesem Verträge in folgenden Fällen vor:

1. Wenn der Käufer in Höhe von drei Rentenbeträgen länger als einen Monat in Verzug gerät. Zur Begründung des Verzuges bedarf es keiner Mahnung.
2. Wenn das Konkurs- oder Vergleichsverfahren über das Vermögen des Käufers eröffnet ist oder mangels Masse eingestellt ist.
3. Im Falle der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung des hier verkauften Grundbesitzes.
4. Falls die Zinsen der der Reallast vorhergehenden oder gleichstehenden Belastungen nicht binnen Monatsfrist nach ihrem letzten Fälligkeitszeitpunkt gezahlt sein sollen.
5. Falls der Käufer den Kaufgrundbesitz betreffende öffentliche Abgaben und Lasten nicht zahlt und aus diesem Grunde die Zwangsversteigerung oder die Zwangsverwaltung in den Grundbesitz behördlicherseits angeordnet wird.
6. Falls der Käufer fällige Pflichten für die Gebäudeversicherung nicht pünktlich entrichtet und der Versicherungsschutz für den Kaufgrundbesitz aus diesem Grunde erlischt.“

3 Dazu heißt es weiter:

„Zur Absicherung dieser aufschiebend bedingten Rücküberignungsverpflichtung bewilligen und beantragen die Beteiligten die Eintragung einer entsprechenden Auflassungsvormerkung zugunsten von Frau E K im Grundbuch mit dem Vermerk, dass zur Löschung des Rechts der Nachweis des Todes der Berechtigten genügen soll.“

4 Auf Antrag der Kaufvertragsparteien wurde die Reallast in Abt. II Nr. 2 des Grundbuchs eingetragen, wobei – trotz entsprechender Verfügung der zuständigen Rechtspflegerin – die Eintragung des Löschungserleichterungsvermerks unterblieb. Die Rückauflassungsvormerkung wurde in Abteilung II Nr. 4 des Grundbuchs eingetragen, dies allerdings ohne den beantragten Löschungserleichterungsvermerk.

5 Nach dem Tod der E K hat die Beteiligte unter dem 19.2.2020 unter Vorlage der Sterbeurkunde die Löschung der in Abteilung II des Grundbuchs eingetragenen Rechte lfd. Nr. 2 und 4 beantragt.

6 Mit Zwischenverfugung vom 22.4.2020 hat das Grundbuchamt mitgeteilt, zur Erledigung des Antrags bedürfe es der Einreichung der Bewilligung bzw. Zustimmung der Erben der E K nebst Erbennachweis, der durch Vorlage einer Erbscheinsausfertigung oder einer beglaubigten Abschrift eines öffentlichen Testaments oder Erbvertrags mit Eröffnungsprotokoll geführt werden könne.

7 Es hat ausgeführt, da der Löschungserleichterungsvermerk versehentlich nicht in das Grundbuch eingetragen worden sei, könne die Reallast gemäß § 23 Abs. 1 GBO vor Ablauf eines Jahres nach dem Tod der E K grundsätzlich nur aufgrund der Bewilligung ihrer Erben gelöscht werden. Von dem Bewilligungserfordernis könne aber wegen der aufgrund Versehens des Grundbuchamtes unterbliebenen Eintragung des

Löschungserleichterungsvermerks ausnahmsweise abgesehen werden. Da zur Löschung der in Abt. II Nr. 4 eingetragenen Vormerkung zum gegenwärtigen Zeitpunkt eine Zustimmung der Erben beizubringen wäre, werde anheimgestellt, dass die Erben die Löschung des Rechtes Abt. II Nr. 2 in gleicher Urkunde mitbewilligten.

8 In der Bewilligung der Eintragung der Rückauflassungsvormerkung vom 24.6.1997 sei zwar die Eintragung eines Löschungserleichterungsvermerks gemäß § 23 Abs. 2 GBO bewilligt worden. Dieser sei jedoch richtigerweise nicht in das Grundbuch eingetragen worden, da § 23 GBO auf eine Rückauflassungsvormerkung nicht anwendbar sei. Da die Übertragbarkeit und Vererblichkeit des durch die Vormerkung gesicherten Rückübertragungsanspruchs nicht ausgeschlossen sei, bedürfe deren Löschung nur kurze Zeit nach dem Tod der im Grundbuch eingetragenen Berechtigten aufgrund der durch die Rechtsprechung des BGH entwickelten Theorie zur „Wiederaufladbarkeit“ einer Vormerkung mit einem neuen gleichartigen Anspruch der Zustimmung ihrer Erben.

9 Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten vom 23.5.2020, mit der sie geltend macht, die Ausführungen des AG in dem angefochtenen Beschluss seien zwar zutreffend. Es sei aber möglich, die beantragte Löschungserleichterung in eine Löschungsvollmacht umzudeuten. Es sei ihr nicht möglich, ein Erbscheinsverfahren in Gang zu bringen, weil sie nach Auffassung des AG Erkelenz nicht antragsbefugt sei. Die Erben wollten keinen Erbschein beantragen, weil kein Vermögen vorhanden sei. Die in Betracht kommenden gesetzlichen Erben hätten angekündigt, die Erbschaft ggf. auszuschlagen.

10 Durch Beschluss vom 4.6.2020 hat das Grundbuchamt der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem OLG zur Entscheidung vorgelegt. Es hat ausgeführt, eine unzulässige Löschungserleichterung, die bezüglich der Rückauflassungsvormerkung zwar in der Eintragungsbewilligung zur Eintragung bewilligt, jedoch richtigerweise nicht im Grundbuch eingetragen worden sei, könne nicht in eine Vollmacht des Vormerkungsberechtigten zur Löschung umgedeutet werden.

(...)

12 II. Gegenstand der Beschwerde ist die Zwischenverfügung, soweit sich diese auf die Löschung der Rückauflassungsvormerkung (Abt. II Nr. 4) bezieht. Denn nur insoweit begründet die Beteiligte ihre Beschwerde, nachdem das Grundbuchamt eine Löschung der Reallast aufgrund der versehentlich unterbliebenen Eintragung des Löschungserleichterungsvermerks auch ohne Zustimmung der Erben der E K in Aussicht gestellt hat.

13 Die so verstandene Beschwerde ist gemäß § 18 Abs. 1, § 71 Abs. 1, §§ 72, 73 GBO zulässig und nach der vom AG ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe dem Senat zur Entscheidung angefallen, § 75 GBO.

14 Die Beschwerde hat in der Sache Erfolg, weil die Zwischenverfügung nicht hätte ergehen dürfen.

15 Die Zwischenverfügung ist schon deshalb zu beanstanden, weil das Grundbuchamt eine von ihm für notwendig erachtete Berichtungsbewilligung nicht verlangen kann, wenn der Berichtigungsantrag – wie hier – darauf gestützt ist, dass der Un-

richtigkeitsnachweis geführt sei. In einer solchen Situation kann die aus Sicht des Grundbuchamts fehlende Berichtigungsbewilligung nicht im Wege der Zwischenverfügung verlangt werden, sondern das Grundbuchamt hat den Berichtigungsantrag sofort zurückzuweisen (OLG München, ZEV 2016, 708).

16 Denn die Zwischenverfügung ist ein Mittel, einer beantragten Eintragung den nach dem Eingang des Antrags bestimmten Rang zu sichern, der bei sofortiger Zurückweisung nicht gewahrt würde. Eine Zwischenverfügung ist daher ausgeschlossen, wenn der Mangel des Antrags nicht mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann, weil anderenfalls die beantragte Eintragung einen ihr nicht gebührenden Rang erhalte (Senat, ZEV 2016, 707; BayObLGZ 1990, 6). In der Anforderung der Bewilligung der Erben gemäß § 19 GBO kann danach ein Mittel zur Beseitigung eines Eintragungshindernisses in Bezug auf das auf Grundbuchunrichtigkeit gestützte Gesuch um Löschung der Rückauflassungsvormerkung gemäß § 22 GBO nicht gesehen werden, weil der Löschantrag hierdurch auf eine neue Basis gestellt würde. Denn das Grundbuchamt vertritt hierdurch die Auffassung, dass die Beteiligte die Eintragung nur unter veränderten Voraussetzungen zu erlangen vermag, was nicht Gegenstand einer Zwischenverfügung sein kann.

17 Vorsorglich sei in der Sache – ohne Bindungswirkung – bemerkt:

18 In der Sache erscheint der Antrag der Beteiligten auf Löschung der Rückauflassungsvormerkung erfolversprechend. Die vom Grundbuchamt geforderte Vorlage einer Bewilligung bzw. Zustimmung der Erben der E K nebst Erbennachweis dürfte nicht erforderlich sein.

19 Gemäß § 19 GBO erfolgt eine Eintragung, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Der Grundsatz der einseitigen Bewilligung gilt sowohl für rechtsändernde als auch für berichtigende Eintragungen, wobei zu den Eintragungen auch Löschungen zählen (vgl. *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 3).

20 Einer Bewilligung nach § 19 GBO bedarf es nur dann nicht, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen ist, § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO. Der Nachweis des Todes des Berechtigten genügt als Nachweis für die Unrichtigkeit eines Grundbucheintrags über eine Rückauflassungsvormerkung nur dann, wenn sich aus der zugrunde liegenden Vereinbarung explizit oder durch Auslegung ergibt, dass mit dem Tod des Berechtigten der Sicherungsfall nicht mehr eintreten kann und wenn ausgeschlossen werden kann, dass die Vormerkung auch einen zu Lebzeiten entstanden, aber bis zum Tod des Berechtigten nicht mehr durchgesetzten und nach § 1922 BGB auf die Erben übergegangenen Übertragungsanspruch sichert (OLG München, a. a. O.).

21 Die Vereinbarungen im notariellen Kaufvertrag enthalten für ein Erlöschen des gesicherten Rückauflassungsanspruchs durch den Tod der Berechtigten keine Anhaltspunkte. Weder ist der Rückübertragungsanspruch durch Vereinbarung im Grundstücksübertragungsvertrag auf die Lebenszeit der Übertragerin befristet noch enthält der Vertrag eine ausdrückliche Bestimmung des Inhalts, dass der Rückübertragungsanspruch weder übertragbar noch vererblich sein soll.

22 Dies stellt die Beteiligte auch nicht in Abrede, ebenso wenig dass eine Löschung gemäß § 23 Abs. 2 GBO aufgrund der im Kaufvertrag bewilligten und beantragten Rückauflassungsvormerkung nicht in Betracht kommt. Denn hinsichtlich einer Rückauflassungsvormerkung ist ein Löschungserleichterungsvermerk nicht zulässig (ausführlich: BGH, NJW 1992, 1683; NJW 1996, 59), weswegen dieser im Ergebnis zu Recht nicht in das Grundbuch eingetragen worden ist.

23 Es spricht aber Einiges dafür, hier eine Umdeutung der beantragten Löschungserleichterung in eine Löschungsvollmacht vorzunehmen.

24 In der Literatur wird vertreten, unzulässige Löschungserleichterungsvermerke könnten, jedenfalls in Übergangsfällen, gemäß § 140 BGB analog in eine Löschungsvollmacht umgedeutet werden (vgl. *Amann*, DNotZ 1998, 6, 11 ff.; *Frank*, MittBayNot 1997, 217; *Beck'sches Notarhandbuch/Herrler*, 7. Aufl. 2019, § 5 Rdnr. 502; zur Möglichkeit, bereits in die notarielle Urkunde eine Vollmacht zur Löschung der Rückauflassungsvormerkung nach dem Tod des Berechtigten aufzunehmen: OLG München, ZEV 2016, 656; *BeckOGK-BGB/Enders*, Stand: 1.7.2020, § 875 Rdnr. 78.3; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1544b).

25 Die Rechtsprechung hat dies in verschiedenen Entscheidungen abgelehnt, die allerdings jeweils die nicht zu Lebzeiten des Berechtigten zu erbringenden Leistungen einer Reallast betrafen (BayObLGZ 1997, 121; 1998, 250; OLG Hamm, NJOZ 2014, 1569; vgl. auch OLG München, FGPrax 2012, 250 – Leibgeding; zustimmend *Keller/Munzig/Schrandt/Kalb*, Grundbuchrecht – Kommentar, 8. Aufl. 2019, § 23 Rdnr. 51), und argumentiert, es sei widersprüchlich, den Willen des Berechtigten dahin zu interpretieren, dass er dem Eigentümer eine Vollmacht erteile, die zur Aufhebung und Löschung eines Teils der Reallast in dem Augenblick ermächtigte, in dem dieser Teil des Rechts erst zum Tragen komme und für den Rechtsnachfolger des Berechtigten Bedeutung erlangen könne. Anders als in den dort entschiedenen Fällen war aber hier die durch die Rückauflassungsvormerkung gesicherte Leibrentenverpflichtung mit dem Tod der Berechtigten beendet.

26 Das OLG München (Beschluss vom 8.4.2010, 34 Wx 21/10, BeckRS 2010, 33286) hat die Umdeutung des einer Eigentumsvormerkung beigefügten (unzulässigen) Löschungserleichterungsvermerks in eine Löschungsvollmacht für möglich gehalten. Es hat ausgeführt, Bedenken seien in einem solchen Fall weniger erheblich als im Falle einer Reallast, weil ein zu Lebzeiten entstandener, beim Tod des Berechtigten noch nicht ausgelöster oder durchgesetzter Rücküberweisungsanspruch eine eher seltene Ausnahme sei und die Grundbucheintragung der Berechtigten eine geeignete Grundlage für die Konversion bilde.

27 Dieser Auffassung erscheint dem Senat für den hier ebenfalls zu entscheidenden Fall der Löschung einer Rückauflassungsvormerkung interessengerecht. Die Berechtigte hat durch Bewilligung des Löschungserleichterungsvermerks zu erkennen gegeben, dass die Löschung der Rückauflassungsvormerkung einer Bewilligung ihrer Erben nicht bedarf. Die Löschungsvollmacht ermöglicht es, den von den Beteiligten angestrebten rechtlichen Erfolg zu realisieren, ohne in ihren

Wirkungen über diejenigen einer Löschungserleichterung hinauszugehen (vgl. *Amann*, a. a. O.).

28 Eine Kostenentscheidung durch den Senat ist nicht veranlasst, § 22 Abs. 1, § 25 Abs. 1 GNotKG.

8. Voraussetzung für Löschung einer Grundschuld bei angeordneter Testamentsvollstreckung

KG, Beschluss vom 15.9.2020, 1 W 1340/20

BGB §§ 709, 714, 727 Abs. 1, § 731 Satz 2, § 753 Abs. 1 Satz 1, § 899a Satz 1, § 2205 Satz 2, § 2368 GBO § 13 Abs. 1 Satz 1, § 18 Abs. 1 Satz 1 und 2, §§ 19, 22 Abs. 2, § 27 Satz 1, § 29 Abs. 1, § 35 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 Alt. 2, § 39 Abs. 1, § 40 Abs. 1 Var. 1, § 46 Abs. 1, § 47 Abs. 2 Satz 1, § 71 Abs. 1, § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1

LEITSÄTZE:

- 1. Ist als Eigentümerin im Grundbuch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts eingetragen und einer ihrer dort gebuchten Gesellschafter verstorben, kann ein Testamentsvollstrecker für den oder die Erben die Berichtigung des Grundbuchs bewilligen, weil die Buchposition des Gesellschafters allein nach erbrechtlichen Regelungen auf den oder die Erben übergeht (Fortführung von Senat, Beschluss vom 8.7.2020, 1 W 35/20, NZG 2020, 1033; Beschluss vom 29.3.2016, 1 W 907/15, ZEV 2016, 338).**
- 2. Die Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses genügt zum Nachweis der Zustimmungsbefugnis des Testamentsvollstreckers anstelle des oder der (noch) nicht im Grundbuch eingetragenen Erben des verstorbenen Gesellschafters zur Löschung eines Grundpfandrechts hingegen regelmäßig nicht. Das Zeugnis erbringt insofern nicht den Nachweis, dass die Erklärung gegen den Erben wirksam ist.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte zu 1 ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die in Abt. I des im Beschlusseingang bezeichneten Wohnungsgrundbuchs mit dem Beteiligten zu 2 und x als ihren Gesellschaftern eingetragen ist. Für die Beteiligte zu 4 ist in Abt. III lfd. Nr. 4 eine brieflose Grundschuld gebucht. Weitere Belastungen sind im Grundbuch nicht eingetragen.

2 Am 19.6.2017 erteilte das AG Mitte im Verfahren x/17 ein Testamentsvollstreckerzeugnis, das den Beteiligten zu 3 als Testamentsvollstrecker über den Nachlass des zwischen dem x und dem x verstorbenen x ausweist.

3 Eine Vertreterin der Beteiligten zu 4 bewilligte am 8.6.2018 die Löschung der in Abt. III lfd. Nr. 4 eingetragenen Grundschuld – UR-Nr. x/2018 des Notars x. Die Beteiligten zu 2 und 3, der Beteiligte zu 3 unter Berufung auf seine Eigenschaft als Testamentsvollstrecker, stimmten für die Beteiligte zu 1 am

16.3.2020 der Löschung der Grundschuld zu und stellen einen entsprechenden Antrag gegenüber dem Grundbuchamt – UR-Nr. x/2020 x des Notars x.

4 Notar x hat die vorgenannten Urkunden sowie eine beglaubigte Abschrift der 1. Ausfertigung des Testamentsvollstreckerzeugnisses unter dem 18.3.2020 zum Vollzug bei dem Grundbuchamt eingereicht. Das Grundbuchamt hat am 23.4.2020 unter Fristsetzung darauf hingewiesen, vor Löschung der Grundschuld müsse das Grundbuch durch Eintragung der Erben des verstorbenen Gesellschafters berichtigt werden. Das Vermögen der Beteiligten zu 1 unterliege nicht der Testamentsvollstreckung. Der Auffassung des Grundbuchamts hat der Notar widersprochen.

5 Mit Beschluss vom 5.6.2020 hat das Grundbuchamt den Antrag auf Löschung der Grundschuld zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1 vom 13.7.2020, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 20.7.2020 nicht abgeholfen hat.

6 II. 1. Die im Namen der Beteiligten zu 1 erhobene Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO, führt in der Sache aber zu keinem Erfolg.

(...)

11 b) Die Löschung einer Grundschuld erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 Satz 1 GBO, wenn sie derjenige, dessen Recht betroffen ist, bewilligt, § 19 GBO, und der Eigentümer des Grundstücks der Eintragung des Lösungsvermerks, § 46 Abs. 1 GBO, zustimmt, § 27 Satz 1 GBO.

12 aa) Der Eigentümer muss die Zustimmung zur Löschung einer Grundschuld nicht persönlich abgeben. Die Erklärung kann auch von einem Vertreter abgegeben werden. Vorliegend ist dies zwingend, weil die als Eigentümerin eingetragene Beteiligte zu 1 selbst nicht handlungsfähig ist.

13 Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird, sofern nicht abweichende Regelungen getroffen werden, grundsätzlich durch sämtliche Gesellschafter gemeinschaftlich vertreten, §§ 714, 709 BGB. Ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuch eingetragen, so wird in Ansehung des eingetragenen Rechts vermutet, dass die nach § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO im Grundbuch eingetragenen Personen Gesellschafter und darüber hinaus keine weiteren Gesellschafter vorhanden sind, § 899a Satz 1 BGB (BGH, WM 2017, 2071, 2073).

14 Diese Vermutung besteht lediglich noch in Bezug auf den Beteiligten zu 2, der die Zustimmung zur Löschung der Grundschuld auch erklärt hat. Ansonsten ist die Vermutung aufgrund des Testamentsvollstreckerzeugnisses des AG Mitte vom 19.6.2017 widerlegt.

15 Anstelle des verstorbenen Gesellschafters haben nun seine Rechtsnachfolger die Zustimmung gemäß § 27 Satz 1 GBO für die Beteiligte zu 1 zu erklären.

16 bb) Zutreffend hat das Grundbuchamt vor Löschung der Grundschuld die Eintragung der Rechtsnachfolger des verstorbenen Gesellschafters für erforderlich erachtet.

17 (1) Eine Eintragung soll nur erfolgen, wenn die Person, deren Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte ein-

getragen ist, § 39 Abs. 1 GBO. Bei der Löschung einer Fremgrundschuld muss neben dem Gläubiger auch der zustimmende Eigentümer voreingetragen sein (*Böttcher*, MittBayNot 2019, 346, 348; *Meikel/Böttcher*, GBO, 11. Aufl., § 28 Rdnr. 110; *Demharter*, GBO, § 27 Rdnr. 25; *Bauer/Schaub/Schäfer*, GBO, 4. Aufl., § 27 Rdnr. 51; *KEHE/Munzig*, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 27 GBO Rdnr. 13). § 39 Abs. 1 GBO erfasst alle von einer Eintragung Betroffenen, insbesondere auch die nur mittelbar davon Betroffenen. Das ist der Eigentümer bei der Zustimmung zur Löschung eines Grundpfandrechts (*Demharter*, GBO, Rdnr. 13).

18 Änderungen im Gesellschafterbestand einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts sind wegen der Anordnungen in §§ 899a, 47 Abs. 2 GBO als Änderung der rechtlichen Verhältnisse am Grundstück zu behandeln (BGH, NJW 2011, 615, 617; Senat, Beschluss vom 19.7.2011, 1 W 491-492/11, FGPrax 2011, 217; vgl. auch BT-Drucks. 16/13437, S. 24). Das Grundbuch wird deshalb hinsichtlich der Gesellschafter als unrichtig behandelt (*Meikel/Böhringer*, GBO, § 47 Rdnr. 259).

19 Danach wird von dem Erfordernis der Voreintragung, § 39 Abs. 1 GBO, nicht nur die Gesellschaft bürgerlichen Rechts selbst als Inhaberin des betroffenen Rechts, sondern auch deren Gesellschafter erfasst.

20 (2) Hingegen findet § 39 Abs. 1 GBO keine Anwendung, wenn die Person, deren Recht durch eine Eintragung betroffen wird, Erbe des eingetragenen Berechtigten ist und die Übertragung oder die Aufhebung des Rechts eingetragen werden soll, § 40 Abs. 1 Var. 1 GBO. In diesem Fall ist dem Grundbuchamt gegenüber die Erbfolge nachzuweisen (*Demharter*, GBO, § 40 Rdnr. 2), was regelmäßig die Vorlage eines Erbscheins oder eines Europäischen Nachlasszeugnisses erfordert, § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO. Solche Nachweise liegen hier nicht vor.

21 Eine Voreintragung kann aber auch bei einer Eintragung aufgrund der Bewilligung eines Testamentsvollstreckers entbehrlich sein, sofern sie gegen den Erben wirksam ist, § 40 Abs. 2 Alt. 1 GBO. Letzteres ist hier nicht nachgewiesen.

22 (a) Der Testamentsvollstrecker ist insbesondere berechtigt, über Nachlassgegenstände zu verfügen, § 2205 Satz 2 BGB. Gegenüber dem Grundbuchamt hat er seine Verfügungsbefugnis bezogen auf den Zeitpunkt der Grundbucheintragung nachzuweisen (*Demharter*, GBO, § 52, Rdnr. 18). Das erfordert zunächst die Vorlage eines ihm erteilten Testamentsvollstreckerzeugnisses, §§ 35 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 GBO, 2368 BGB, und zwar wie beim Erbschein (hierzu BGH, NJW 1982, 170, 172) in Urschrift oder Ausfertigung. Bislang ist lediglich eine beglaubigte Abschrift zur Akte gelangt, was nicht ausreichend ist.

23 Zwar könnte dieses Hindernis allein die Zurückweisung des Antrags auf Löschung der Grundschuld Abt. III lfd. Nr. 4 nicht rechtfertigen, hingegen stehen weitere Hindernisse der Eintragung entgegen.

24 (b) Ist im Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt, wird die Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch den Tod eines der Gesellschafter aufgelöst, § 727 Abs. 1 BGB. Der Erbe bzw. eine aus mehreren Erben bestehende Erbengemein-

schaft tritt an die Stelle des verstorbenen Gesellschafters in die Abwicklungsgesellschaft ein (BGH, a. a. O., 171). In diesem Fall kann auch die Abwicklung zu den Befugnissen des Testamentsvollstreckers gehören (BGH, NJW 1981, 749, 750; 1986, 2431, 2434). Er übt dann unter Ausschluss des oder der Erben die Befugnisse des Abwicklers aus (Bengel/Reimann/*Pauli*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 7. Aufl., § 5 Rdnr. 156) und kann an deren Stelle als Vertreter über im Grundbuch eingetragene Rechte der Gesellschaft verfügen (BGH, WM 2017, 1071, 1073).

25 Anders ist es, wenn die Gesellschafter abweichende Regelungen getroffen haben. Haben sie etwa die Fortführung der Gesellschaft mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters vereinbart, tritt mit dem Erbfall eine Sondererfolge derart ein, dass bei mehreren Erben nicht die Erbengemeinschaft als solche in die Gesellschafterstellung eintritt, sondern jeder Miterbe einen eigenen Gesellschaftersanteil entsprechend seiner Beteiligung am Nachlass erhält. Entsprechendes gilt bei nur einem Erben. Ist Testamentsvollstreckung angeordnet, so beschränkt diese sich auf die „Außenseite“ der Beteiligung. In die inneren Angelegenheiten der Gesellschaft kann der Testamentsvollstrecker hingegen nicht eingreifen (BGH, NJW 1986, 2431, 2433). Befugnisse, die unmittelbar die Mitgliedschaftsrechte der Erben berühren, kann der Testamentsvollstrecker nicht ausüben (BGH, NJW 1998, 1313, 1314). Hierzu zählt u. a. das Recht auf Vertretung und Geschäftsführung (Bengel/Reimann/*Pauli*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, Rdnr. 160).

26 (3) Im Hinblick auf die vielfältigen und in der Praxis häufigen abweichenden Vereinbarungen für den Fall des Versterbens eines Gesellschafters kann von dem gesetzlichen Regelfall nicht ohne Weiteres ausgegangen werden (a. A. BGH, WM 2017, 2071, 2073). Hier kommt hinzu, dass weitere Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, die Gesellschafter hätten eine Auflösung der Gesellschaft gerade nicht gewollt und deshalb anderweitige Vereinbarungen getroffen. Ausweislich des Testamentsvollstreckerzeugnisses war der verstorbene Gesellschafter unter der Anschrift gemeldet die auch im Bestandsverzeichnis des Wohnungsgrundbuchs für das hier betroffene Wohnungseigentum eingetragen ist. Sollte er also, was naheliegend sein könnte, das Wohnungseigentum selbst genutzt haben, hätte es jedenfalls nicht in seinem Sinn gelegen, die Gesellschaft beim Tod des Beteiligten zu 2 mit den sich aus § 731 Satz 2, § 753 Abs. 1 Satz 1 BGB ergebenden Folgen aufzulösen.

27 cc) Der unmittelbaren Zurückweisung des Antrags auf Löschung der Grundsuld steht nicht entgegen, dass die Voreintragung des von einer Eintragung Betroffenen wie auch die Beibringung der Zustimmung des Eigentümers nach § 27 Satz 1 GBO grundsätzlich durch Zwischenverfügung aufgegeben werden kann (BayObLGZ 1990, 51, 57; *Demharter*, GBO, § 27 Rdnr. 14). Hingegen scheidet diese Möglichkeit vorliegend aus.

28 Die Berichtigung des Grundbuchs nach dem Tod eines Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts erfordert die formgerechte Bewilligung der Erben nebst Tatsachengaben, aus denen sich ergibt, dass das Grundbuch durch die bewilligte Eintragung richtig wird, §§ 19, 22 Abs. 2, 29 Abs. 1 GBO (Senat, Beschluss vom 8.7.2020, 1 W 35/20, NZG

2020, 1033; Beschluss vom 29.3.2016, 1 W 907/15, ZEV 2016, 338). Ist schlüssig dargelegt, dass das Grundbuch unrichtig ist und durch die beantragte Eintragung richtig würde, hat das Grundbuchamt die dazu vorgetragenen Tatsachen, deren Richtigkeit zu unterstellen ist, nicht nachzuprüfen und darf auch keine Beweise verlangen (Senat, Beschluss vom 30.4.2015, 1 W 466/15, ZfIR 2015, 719).

29 Hier wäre die Bewilligung, da sie auf der Buchposition des verstorbenen Gesellschafters beruht, die immer nach erbrechtlichen und nicht gesellschaftsrechtlichen Regelungen auf den Erben oder eine aus mehreren Miterben bestehende Erbengemeinschaft übergeht (Senat, a. a. O.), von dem Beteiligten zu 3 zu erklären. Die Bewilligung hätte hingegen keine Rückwirkung. Deshalb kann sie von dem Grundbuchamt nicht zum Gegenstand einer Zwischenverfügung gemacht werden.

30 2. Die Rechtssache hat über den Einzelfall hinaus grundsätzliche Bedeutung, weshalb die Rechtsbeschwerde zuzulassen ist, § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GBO.

31 Die Festsetzung des Beschwerdewerts folgt aus §§ 61, 53 Abs. 1 Satz 1 GNotKG.

BÜRGERLICHES RECHT – FAMILIENRECHT

9. Versorgungsausgleich bei Übertragung einer Direktversicherung auf Arbeitnehmer

BGH, Beschluss vom 10.2.2021, XII ZB 134/19 (Vorinstanz: OLG Oldenburg, Entscheidung vom 5.3.2019, 11 UF 7/19)

BetrAVG § 2 Abs. 2

VersAusglG § 2 Abs. 2 Nr. 3

LEITSATZ:

Wird eine im Rahmen der betrieblichen Altersvorsorge abgeschlossene Direktversicherung anlässlich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf den ausgeschiedenen Arbeitnehmer übertragen (sog. versicherungsvertragliche Lösung), unterliegt der unverfallbare arbeitgeberfinanzierte Teil des Anrechts mit seinem Ehezeitanteil weiterhin den Verfügungsbeschränkungen nach § 2 Abs. 2 Satz 4 bis 6 BetrAVG; in diesem Umfang ist das Anrecht nach Sinn und Zweck von § 2 Abs. 2 Nr. 3 VersAusglG weiterhin in den Versorgungsausgleich einzubeziehen, und zwar auch dann, wenn der Versicherungsanspruch auf eine Kapitalzahlung gerichtet ist und der Arbeitnehmer die Versicherung nach der Übertragung mit privaten Beiträgen fortführt (Fortführung von Senatsbeschluss vom 16.7.2014, XII ZB 16/14, FamRZ 2014, 1613).

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Das Verfahren betrifft die Einbeziehung eines im Rahmen betrieblicher Altersversorgung erworbenen Versorgungsanrechts in den Versorgungsausgleich.

2 Die 1965 geborene Ehefrau (Antragstellerin) und der ebenfalls 1965 geborene Ehemann (Antragsgegner) heirateten am 1.11.1996. Die Zustellung des Scheidungsantrags erfolgte am 14.7.2018. Der Ehemann hat in der gesetzlichen Ehezeit vom 1.11.1996 bis zum 30.6.2018 unter anderem ein Versorgungsanrecht bei der C Lebensversicherungs-Aktiengesellschaft (Beteiligte zu 3) erworben. Nach der erstinstanzlich erteilten Versorgungsauskunft handelt es sich dabei um eine Rentenlebensversicherung mit einem bereits ausgeübten Kapitalwahlrecht, die zum 1.6.2000 von der Arbeitgeberin des Ehemanns als Direktversicherung im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung zugunsten des Ehemanns abgeschlossen worden ist. Die C Lebensversicherung hat das in der Ehezeit gebildete Deckungskapital mit 30.438,30 € angegeben und unter Berücksichtigung von Teilungskosten i. H. v. 200 € einen Ausgleichswert von 15.119,15 € vorgeschlagen.

3 Das AG hat die Ehe durch Beschluss vom 28.11.2018 geschieden und den Versorgungsausgleich im Verbund geregelt. Dabei hat es das betriebliche Anrecht des Ehemanns bei der C Lebensversicherung entsprechend dem Vorschlag des Versorgungsträgers intern geteilt und zugunsten der Ehefrau ein auf das Ehezeitende am 30.6.2018 bezogenes Anrecht mit einem Kapitalwert von 15.119,15 € übertragen.

4 Gegen diesen Ausspruch zur internen Teilung hat sich die C Lebensversicherung mit der Beschwerde gewendet. Sie hat geltend gemacht, der Ehemann sei am 31.10.2018 aus dem Unternehmen ausgeschieden und die Versicherungsnehmereigenschaft bezüglich der verfahrensgegenständlichen Versicherung sei am 28.11.2018 rückwirkend zum 1.11.2018 auf ihn übertragen worden. Daran anknüpfend hat sie die Auffassung vertreten, dass das Anrecht nun nicht mehr in den Versorgungsausgleich einbezogen werden könne, weil es einerseits auf eine Kapitalzahlung gerichtet sei und andererseits seinen Charakter als Anrecht im Sinne des Betriebsrentengesetzes verloren habe, nachdem die vormalige Arbeitgeberin den Ehemann in die Rechte aus dem Versicherungsvertrag eingesetzt habe. Das OLG hat die Beschwerde zurückgewiesen.

5 Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die C Lebensversicherung ihr Begehren weiter, dass ein Versorgungsausgleich bezüglich des bei ihr bestehenden Anrechts unterbleibt.

6 II. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

(...)

9 a) Zutreffend und von der Rechtsbeschwerde nicht angegriffen sind die rechtlichen Ausgangspunkte des Beschwerdegerichts. Die verfahrensgegenständliche Versicherung ist auf eine Kapitalzahlung gerichtet und aus diesem Grunde dem Anwendungsbereich von § 2 Abs. 2 Nr. 3 Hs. 1 VersAusglG entzogen.

10 Nach § 2 Abs. 2 Nr. 3 Hs. 2 VersAusglG ist insbesondere ein „Anrecht im Sinne des Betriebsrentengesetzes“ unabhängig von der Leistungsform auszugleichen, sodass der Ausgleich eines betrieblichen Anrechts auch dann stattfindet, wenn das Anrecht auf eine Kapitalzahlung gerichtet ist. Ursprünglich ist die verfahrensgegenständliche Kapitalversiche-

rung im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung als Direktversicherung abgeschlossen und dem Ehemann ein Bezugsrecht eingeräumt worden. Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts hat die letzte Arbeitgeberin beim Ausscheiden des Ehemanns aus dem Unternehmen nach Erfüllung bestimmter „sozialer Auflagen“ (vgl. § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bis 3 BetrAVG) und unter Einhaltung der gesetzlichen Mitteilungsfrist von drei Monaten (§ 2 Abs. 2 Satz 3 BetrAVG) in zulässiger Weise von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, für die Aufrechterhaltung der unverfallbar gewordenen Versorgungsanwartschaft die „versicherungsvertragliche Lösung“ zu wählen. Dabei ist die Versicherung auf den Ehemann übertragen und ihm die Rechtsstellung des Versicherungsnehmers eingeräumt worden, welche insbesondere das Recht umschließt, die übertragene Versicherung mit eigenen Beiträgen fortzusetzen.

11 b) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats können nur die im Zeitpunkt der letzten tatrichterlichen Entscheidung noch dem Versorgungsausgleich unterfallenden Anrechte in diesen einbezogen werden (vgl. Senatsbeschlüsse vom 1.4.2015, XII ZB 701/13, FamRZ 2015, 998 Rdnr. 10 und vom 18.4.2012, XII ZB 325/11, FamRZ 2012, 1039 Rdnr. 11 m. w. N.). Die Frage, ob eine ursprünglich im Rahmen betrieblicher Altersvorsorge als arbeitgeberfinanzierte Direktversicherung abgeschlossene Kapitallebensversicherung bzw. Rentenlebensversicherung mit ausgeübtem Kapitalwahlrecht (weiterhin) in den Anwendungsbereich des § 2 Abs. 2 Nr. 3 Hs. 2 VersAusglG fällt, wenn die Versicherung im Rahmen der versicherungsvertraglichen Lösung auf den ausgeschiedenen Arbeitnehmer übertragen worden ist, wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung und im Schrifttum unterschiedlich beurteilt.

12 aa) Nach einer Ansicht soll die private Fortführung der früheren Direktversicherung bei gleichzeitiger Übertragung der Versicherungsnehmereigenschaft auf den ausgeschiedenen Arbeitnehmer dazu führen, dass sie von diesem Zeitpunkt an die Qualifikation als betriebliche Altersversorgung verliert und als ein auf Kapitalzahlung gerichtetes Anrecht somit nicht mehr dem Versorgungsausgleich unterfällt. Allein der Umstand, dass der (Teil-)Betrag des Deckungskapitals, der aus Beiträgen des früheren Arbeitgebers finanziert worden ist, nicht gekündigt, abgetreten oder beliehen werden darf, stelle die nunmehr rein privatrechtliche Charakterisierung des Versicherungsverhältnisses nicht infrage (vgl. OLG Brandenburg, FamRZ 2014, 1636, 1637; Götsche/Rehbein/Breuers/Götsche, Versorgungsausgleichsrecht, 3. Aufl., § 2 VersAusglG Rdnr. 60).

13 Demgegenüber geht die wohl überwiegende Auffassung mit dem Beschwerdegericht davon aus, dass bei der „versicherungsvertraglichen Lösung“ der unverfallbare Teil der Anwartschaft, der während der Betriebszugehörigkeit des ausgeschiedenen Arbeitnehmers begründet worden ist, auch nach der Übertragung der Versicherung auf ihn ein betriebliches Anrecht im Sinne von § 2 Abs. 2 Nr. 3 Hs. 2 VersAusglG bleibt und deshalb unabhängig von der Leistungsform dem Versorgungsausgleich unterliegt (vgl. OLG Köln, FamRZ 2015, 1798; Erman/Norpoth/Sasse, BGB 16. Aufl., § 2 VersAusglG Rdnr. 10; Johannsen/Henrich/Siede, Familienrecht, 7. Aufl., § 45 VersAusglG Rdnr. 20; jurisPK-BGB/Breuers, Stand: Ja-

nuar 2021, § 2 VersAusglG Rdnr. 33; BeckOK-BGB/*Bergmann*, Stand: 1.11.2020, § 45 VersAusglG Rdnr. 25; *Keuter*, NZFam 2019, 314; *Wagner*, FamRB 2015, 209; *Borth*, FamRZ 2014, 1637; vgl. auch *Blomeyer/Rolfs/Otto/Rolfs*, BetrAVG, 7. Aufl., § 2 Rdnr. 235; *Höfer/de Groot/Küpper/Reich/Höfer*, BetrAVG Band I, Stand: Februar 2020, § 2 Rdnr. 220).

14 bb) Die letztgenannte Auffassung trifft zu.

15 Wie die Rechtsbeschwerde nicht verkennt, hat der Senat bereits im Jahr 2014 entschieden, dass der ausgleichspflichtige Arbeitnehmer die von ihm erworbenen Anrechte auf betriebliche Altersversorgung nicht durch Ausübung eines Kapitalwahlrechts dem Versorgungsausgleich entziehen kann, und zwar unabhängig vom Zeitpunkt der Wahlrechtsausübung auch nicht im Fall der Übertragung der früheren Direktversicherung auf ihn anlässlich der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (vgl. Senatsbeschluss vom 16.7.2014, XII ZB 16/14, FamRZ 2014, 1613 Rdnr. 8).

16 Zu einer davon abweichenden Beurteilung besteht kein Anlass. Zwar führt die Übertragung der Versicherung vom Arbeitgeber auf den ausgeschiedenen Arbeitnehmer dazu, dass ab diesem Zeitpunkt die für eine betriebliche Direktversicherung typprägende Besonderheit des Auseinanderfallens zwischen Versicherungsnehmereigenschaft und materieller Bezugsberechtigung entfällt. Dies ändert aber nichts daran, dass das Anrecht bis zur Beendigung der Betriebszugehörigkeit im institutionellen Rahmen des Betriebsrentenrechts erworben worden ist. Eine allein auf die formale Rechtsstellung bezogene Betrachtungsweise trägt zudem Sinn und Zweck von § 2 Abs. 2 Nr. 3 Hs. 2 VersAusglG nicht ausreichend Rechnung.

17 (1) Durch § 2 Abs. 2 Satz 4 bis 6 BetrAVG wird der ausgeschiedene Arbeitnehmer daran gehindert, den Anspruch aus der früheren Direktversicherung in Höhe des durch Arbeitgeberbeiträge gebildeten Deckungskapitals abzutreten oder zu beleihen oder in dieser Höhe den Vertrag vorzeitig zu kündigen und die Auszahlung zu verlangen. Mit diesen nachwirkenden Verfügungsbeschränkungen soll die bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses unverfallbare Anwartschaft – im Rahmen des rechtlich Möglichen – für den ursprünglichen Zweck erhalten bleiben, dem Arbeitnehmer eine Versorgung für den Fall von Alter und Invalidität zu bieten (vgl. BT-Drucks. 7/1281, S. 26). Die besondere Sicherstellung des Versorgungszwecks ist gleichzeitig einer der tragenden Gründe, warum der Gesetzgeber des reformierten Versorgungsausgleichs Anrechte der betrieblichen Altersversorgung – im Gegensatz zu privaten Lebensversicherungen – auch dann in den Versorgungsausgleich einbezogen hat, wenn diese nicht auf eine Rentenleistung, sondern – wie hier – auf eine Kapitalzahlung gerichtet sind. Denn ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs besteht der Zweck von § 2 Abs. 2 Nr. 3 Hs. 2 VersAusglG (auch) darin, den Ausgleichspflichtigen vor Liquiditätsproblemen zu schützen, die sich im Falle des ansonsten gebotenen güterrechtlichen Ausgleichs daraus ergeben können, dass er die Forderung des Ausgleichsberechtigten beim Zugewinnausgleich mit Rechtskraft der Entscheidung auch dann erfüllen muss, wenn die ausgleichende Versorgung weder fällig noch anderweitig verfügbar ist (vgl. BT-Drucks. 16/10144, S. 46; vgl. auch Senatsbeschluss vom 16.7.2014, XII ZB 16/14, FamRZ 2014, 1613 Rdnr. 6). Dieser Zweck be-

steht auch nach dem Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Betrieb in Ansehung der sich aus § 2 Abs. 2 Satz 4 bis 6 BetrAVG ergebenden Verfügungsbeschränkungen fort.

18 (2) Dieser Beurteilung steht der Umstand nicht entgegen, dass bei privater Fortführung der Versicherung eine Aufspaltung des Anrechts zwischen dem während der Betriebszugehörigkeit durch Leistungen des Arbeitgebers finanzierten Teil und dem nach Übertragung durch eigene Beitragszahlung des ausgeschiedenen Arbeitnehmers finanzierten Teil erfolgt. Eine solche Aufspaltung des Anrechts ist bereits im Gesetz angelegt, weil sich die Verfügungsbeschränkungen des § 2 Abs. 2 Satz 4 bis 6 BetrAVG ausdrücklich nur auf den Teil des Anrechts bezieht, der aus den Beitragszahlungen des Arbeitgebers gebildet wurde. Wie das Beschwerdegericht zutreffend ausgeführt hat, gelten diese Beschränkungen für das mit Eigenbeiträgen des ausgeschiedenen Arbeitnehmers nach der Übertragung der Versicherung gebildete (Teil-)Kapital nicht, sodass die Versicherung insoweit abgetreten, beleihen oder vorzeitig ausgezahlt werden kann (vgl. bereits BT-Drucks. 7/1281, S. 26; vgl. auch OLG Karlsruhe, VersR 2014, 614, 615; *Höfer/de Groot/Küpper/Reich/Höfer*, BetrAVG Band I, Stand: Februar 2020, § 2 Rdnr. 238). Im Übrigen ist es auch in anderen rechtlichen Zusammenhängen geboten, Kapitalleistungen aus einer früheren Direktversicherung danach abzugrenzen, ob sie durch Prämienzahlungen innerhalb oder außerhalb des institutionellen Rahmens der betrieblichen Altersversorgung erworben worden sind, so namentlich bei der Behandlung dieser Leistungen als beitragspflichtiger Versorgungsbezug (§ 229 Abs. 1 SGB V) in der gesetzlichen Krankenversicherung (vgl. BVerfG, NZS 2011, 539, 540 f.).

(...)

10. Zur Erforderlichkeit eines Erbscheins bei Grundbuchberichtigung aufgrund notariellen Testaments mit Scheidungsklausel

KG, Beschluss vom 29.10.2020, 1 W 1463/20, mitgeteilt von **Ronny Müller**, Richter am KG

BGB §§ 2077, 2268
GBO § 35

LEITSATZ:

Der Senat hält daran fest, dass eine in einem öffentlichen Ehegattentestament enthaltene Scheidungsklausel, wonach u. a. bereits der Antrag auf Scheidung oder Aufhebung der Ehe die Unwirksamkeit des Testaments zur Folge haben sollen, für sich keine Zweifel an dem behaupteten Erbrecht zu begründen vermag, die das Verlangen des Grundbuchamts nach Vorlage eines Erbscheins rechtfertigen könnten (Fortführung von Senat, Beschluss vom 13.11.2012, 1 W 382/12, FamRZ 2013, 1073; entgegen OLG München, ZEV 2016,401; OLG Naumburg, FamRZ 2019, 1656).

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Beteiligte und seine am (...) 2019 verstorbene Ehefrau sind seit dem (...) 1982 zu je ½ als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

2 Die Eheleute errichteten am 18.5.2006 zur UR-Nr. (...) der Notarin (...) in B ein Testament, worin sie sich gegenseitig zu „alleinigen Vollerben“ einsetzten. Unter IV. der Urkunde heißt es wörtlich:

„Für den Fall, dass unsere Ehe vor dem Tode eines Ehegatten aufgelöst oder Klage auf Aufhebung erhoben oder die Scheidung der Ehe beantragt wurde oder im Falle der Zustimmung zur Scheidung durch den Erblasser selbst, sollen die hier getroffenen Verfügungen ihrem ganzen Inhalt nach unwirksam sein, und zwar unabhängig davon, wer von uns beiden den Antrag auf Scheidung gestellt oder Klage auf Aufhebung erhoben hat.“

3 Unter dem 30.8.2020 hat der Beteiligte unter Beifügung glaubwürdiger Ablichtungen des Eröffnungsprotokolls des Nachlassgerichts vom 21.10.2019 sowie der UR-Nr. (...) die Berichtigung des Grundbuchs beantragt. Das Grundbuchamt hat mit Verfügung vom 1.9.2020 unter Fristsetzung die Vorlage eines Erbscheins erfordert. Die Tatsache, dass die Ehe weder aufgelöst noch Scheidungsklage eingereicht wurde und damit das Testament unwirksam ist, lasse sich mit grundbuchtauglichen Mitteln nicht nachweisen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Beteiligten vom 12.10.2020, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 16.10.2020 nicht abgeholfen hat.

4 II. Die Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO, und hat auch in der Sache Erfolg. Die angefochtene Zwischenverfügung des Grundbuchamts ist nicht veranlasst, weil das darin aufgezeigte Eintragungshindernis nicht besteht, vgl. § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 GBO.

5 Die Berichtigung einer unrichtigen Grundbucheintragung erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 GBO, wenn die Unrichtigkeit durch öffentliche Urkunden, § 29 GBO, nachgewiesen wird, § 22 Abs. 1 GBO. Bei Unrichtigkeit des Grundbuchs wegen des Todes eines Berechtigten ist der Nachweis der Erbfolge grundsätzlich durch einen Erbschein zu führen, § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO.

6 Beruht die Erbfolge aber auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, genügt es in der Regel, wenn anstelle des Erbscheins die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden, § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO. Das Grundbuchamt hat eine solche Verfügung von Todes wegen dahin zu überprüfen, ob sich aus ihr das von dem Antragsteller behauptete Erbrecht ergibt. Es hat die Verfügung in eigener Verantwortung auszulegen, auch wenn es sich um die Klärung rechtlich schwieriger Fragen handelt. Die Pflicht zu eigener Auslegung entfällt allerdings dann, wenn für diese erst zu ermittelnde tatsächliche Umstände maßgebend sind (vgl. Senat, Beschluss vom 23.6.2020, 1 W 1276/20, juris).

7 Entfernte abstrakte Möglichkeiten, die das aus der Verfügung hervorgehende Erbrecht nur unter ganz besonderen Umständen in Frage stellen, können hingegen das Verlangen

nach Vorlegung eines Erbscheins wiederum nicht rechtfertigen (*Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 35 Rdnr. 39). Das wird im Rahmen der in § 2268 Abs. 1, § 2077 Abs. 1 BGB enthaltenen gesetzlichen Auslegungsregeln angenommen (*Meikel/Krause*, GBO, 11. Aufl., § 35 Rdnr. 119; DNotI-Report 2006, 181, 182). Danach wird ein gemeinschaftliches Testament seinem ganzen Inhalt nach unwirksam, wenn die Ehe vor dem Tod des Erblassers aufgelöst worden ist oder der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes unter jeweils bestimmten weiteren Voraussetzungen die Scheidung der Ehe beantragt, ihr zugestimmt oder den Antrag auf Auflösung der Ehe gestellt hatte. Liegen keine konkreten Anhaltspunkte für eine Scheidung oder ihr gleichstellende Anträge vor, kann das Grundbuchamt keinen Erbschein verlangen. Ansonsten wäre verheirateten Personen ein Nachweis im Rahmen des § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO nicht möglich (DNotI-Report, a. a. O.).

8 Der Senat hat bereits entschieden, dass dies bei einer sich an den Voraussetzungen der § 268 Abs. 1, § 2077 Abs. 1 BGB orientierenden Scheidungsklausel in einem Ehegattentestament nicht anders ist (Senat, Beschluss vom 13.11.2012, 1 W 382/12, FamRZ 2013, 1073, 1074). Das ist von anderen OLG bei solchen Klauseln anders gesehen worden, die von gesetzlichen Auslegungsregeln des § 2077 Abs. 1 BGB – erweiternd – abweichen. Da Ehescheidungen alles andere als selten vorkämen, sei die Stellung eines Antrags auf Scheidung keine ganz entfernte, bloß auf theoretischen Überlegungen beruhende Möglichkeit (OLG München, ZEV 2016, 401, 402; OLG Naumburg, FamRZ 2019, 1656, 1657).

9 Eine solche erweiternde Klausel liegt hier vor, denn das gemeinschaftliche Testament sollte u. a. bereits bei einer Klage auf Aufhebung oder einem Antrag auf Scheidung der Ehe seinem ganzen Inhalt nach unwirksam sein. Das geht über § 2077 Abs. 1 Satz 2 oder 3 BGB hinaus. Nach den gesetzlichen Auslegungsregeln genügen entsprechende Anträge allein nicht. Zusätzlich müssen die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe im Zeitpunkt des Todes des Erblassers gegeben sein, § 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB, bzw. der Erblasser zur Zeit seines Todes berechtigt gewesen sein, die Aufhebung der Ehe zu beantragen, § 2077 Abs. 1 Satz 3 BGB. Der Entscheidung des Senats vom 13.11.2012 (a. a. O.) lag inhaltlich keine andere Scheidungsklausel zugrunde. Dort sollten ebenfalls allein Anträge auf Scheidung bzw. Aufhebung der Ehe die Unwirksamkeit des notariellen gemeinschaftlichen Testaments zur Folge haben.

10 Der Senat hält nach nochmaliger Prüfung an seiner in der Entscheidung vom 13.11.2012 zum Ausdruck gekommenen Auffassung fest. Allein der Umstand hoher Scheidungsquoten ändert nichts daran, dass es auch bei einer Scheidungsklausel wie der vorliegenden konkreter Anhaltspunkte für die Unwirksamkeit des Ehegattentestaments bedarf. Hohe Scheidungsquoten beruhen auf entsprechenden gerichtlichen Entscheidungen, § 1564 BGB. Solche Quoten lassen aber nicht den Schluss auf entsprechend hohe Zahlen von Anträgen zu, in denen es letztlich nicht zur Scheidung gekommen ist, sei es etwa wegen Antragsrücknahme oder Erledigung durch den Tod eines der Ehegatten. Solche Verfahren bleiben in den Statistiken des Statistischen Bundesamtes unberücksichtigt (vgl. Genesisonline, Statistik 12631). Zwar kann nicht ausgeschlos-

sen werden, dass während einer bestehenden Ehe ein solcher Antrag einmal gestellt worden ist. Gleichwohl handelt es sich doch immer noch um nicht mehr als eine abstrakte Möglichkeit, die den durch § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO zum Ausdruck kommenden Wert eines notariellen Testaments nicht zu schmälern vermag (jurisPK-BGB/Reymann, 2020, § 2268 Rdnr. 23; Weber, MittBayNot 2017, 163, 165; Volmer, ZEV 2016, 402, 403).

11 Es bedarf keiner weiteren Begründung, dass nichts anderes gelten kann, wenn eine Scheidungsklausel den Inhalt der gesetzlichen Auslegungsregeln lediglich wiederholt.

12 Im vorliegenden Fall liegen konkrete Anhaltspunkte weder für eine Auflösung der Ehe vor dem Tod der Ehefrau des Beteiligten noch für die Stellung eines Scheidungs- oder Aufhebungsantrags durch einen von ihnen vor.

13 Die Zulassung der Rechtsbeschwerde, § 78 Abs. 2 Satz 1 GBO, kommt trotz Abweichung von den Entscheidungen der OLG München und Naumburg mangels Beschwer des Beteiligten, dessen Rechtsmittel Erfolg hat, nicht in Betracht (Senat, Beschluss vom 28.2.2012, 1 W 41/12, juris; Demharter, GBO, § 78 Rdnr. 6.1).

BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

11. Verjährung von Ansprüchen auf Übertragung von Grundstückseigentum aufgrund eines Vermächtnisses

OLG München, Beschluss vom 18.2.2021, 33 W 92/21, mitgeteilt von **Holger Krätzschel**, Richter am OLG München

BGB §§ 196, 2147

WEG §§ 1 ff.

LEITSATZ:

Ansprüche auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück (hier: Wohnungseigentum) verjähren innerhalb von zehn Jahren, auch wenn die Übertragung aufgrund eines Vermächtnisses erfolgen soll.

AUS DEN GRÜNDEN:

A. Beschwerde gegen die Zurückweisung des Antrags auf Eintragung von Auflassungsvormerkungen

1 Die sofortige Beschwerde ist zulässig, bleibt aber in der Sache ohne Erfolg.

2 I. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist ein Antrag, gerichtet auf Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch für M/M zur Sicherung eines behaupteten Anspruchs aus einem Vermächtnis auf Auflassung von Wohnungseigentum an zwei Eigentumswohnungen.

3 Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

4 Die Parteien sind die Enkelkinder der am 2.12.2006 bzw. 26.2.2009 verstorbenen Erblasser, die am 3.8.1998 ein eigenhändiges gemeinschaftliches Testament errichtet hatten, in dem sie u. a. anordneten:

„Wir (...) setzen uns gegenseitig zu Alleinerben ein. (...) Nach dem Tod des zuletzt Sterbenden [sollen] Alleinerben zu gleichen Teilen unsere Kinder R H (im Folgenden: R H) (...) und I G (im Folgenden I G) (...) sein (...), unter Einhaltung folgenden Vermächtnisses:

die Eigentumswohnungen Nr. (...) und (...) erhalten in Erbengemeinschaft unsere Enkelsöhne

M H (im Folgenden: M H), geb. am 13.5.1991

L H (im Folgenden L H), geb. am 23.8.1992

P H (im Folgenden: P H), geb. am 22.2.1995, mit den Auflagen (...).“

5 Der Sohn der Erblasser R H starb am 28.3.2019, die Tochter I G am 30.8.2019.

6 R H ist von seinen sechs Kindern beerbt worden, darunter den Antragstellern M H, L H und P H (im Folgenden: die Antragsteller). I G ist ihrerseits allein von M Z (im Folgenden: M Z) beerbt worden (im Folgenden: Antragsgegnerin zu 1).

7 Beim Tode von R H und I G war das Eigentum an den verfahrensgegenständlichen Eigentumswohnungen noch nicht auf die Antragsteller übertragen worden.

8 Mit Antrag vom 26.10.2020 (...), eingegangen beim LG München I am 6.11.2020, nahmen die Antragsteller die Antragsgegnerin zu 1 sowie die Antragsgegner zu 2 und 3 (zwei weitere Kinder des R H und Halbgeschwister der Antragsteller) auf Eintragung von Auflassungsvormerkungen im einstweiligen Rechtsschutz in Anspruch.

9 Die Antragsgegner haben durch Erklärungen ihrer Prozessbevollmächtigten die Einrede der Verjährung erhoben.

10 Das LG hat den Antrag mit Beschluss vom 17.11.2020 (...), zugestellt am 19.11.2021, mit der Begründung zurückgewiesen, ein Anspruch der Antragsteller sei gegen die Antragsgegnerin zu 1, die in die Rechtsposition ihrer verstorbenen Mutter I G eingerückt sei, nach § 196 BGB, der im vorliegenden Fall § 195 BGB als speziellere Vorschrift vorgehe, verjährt und ohne deren Mitwirkung könnten auch die anderen Antragsgegner nicht auf Auflassung in Anspruch genommen werden.

11 Die Antragsteller haben mit Schriftsatz vom 30.11.2020 (...) zunächst das LG wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt. Der Antrag wurde durch Beschluss des LG vom 7.12.2020 (...), die hiergegen gerichtete Beschwerde durch Beschluss des Senats vom 18.1.2021 (...) zurückgewiesen.

12 Mit ihrer hier Streitgegenständlichen Beschwerde vom 3.12.2020 (...) wenden sich die Antragsteller gegen die Zurückweisung ihres Antrages auf Eintragung von Auflassungsvormerkungen. Sie sind der Ansicht, dass § 195 BGB maßgeblich und die Verjährung noch nicht abgelaufen sei. Sie hätten keine Kenntnis vom Vermächtnis gehabt, entspre-

chende Schreiben des Nachlassgerichts hätten sie nicht erhalten, sodass die Verjährung mangels Kenntnis nicht bzw. erst später zu laufen begonnen habe. Jedenfalls laufe wegen § 199 Abs. 3a BGB vorliegend eine 30-jährige Verjährungsfrist.

13 Das LG hat der Beschwerde mit Beschluss vom 20.1.2021 (...) nicht abgeholfen und die Sache dem Senat vorgelegt.

14 II. Die sofortige Beschwerde ist zulässig, insbesondere wurde sie am 3.12.2020 fristgerecht eingelegt. Zur Entscheidung ist der Senat in seiner vom Gerichtsverfassungsgesetz vorgeschriebenen Besetzung berufen, nachdem der Einzelrichter die Sache dem Senat gemäß § 568 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Alt. 1 ZPO durch Beschluss vom 16.2.2021 übertragen hat.

15 III. Die sofortige Beschwerde ist unbegründet, denn zu Recht hat das LG den Erlass der beantragten einstweiligen Verfügung auf Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch abgelehnt.

16 1. Der Senat legt seiner Entscheidung die folgenden Rechtsgrundsätze zugrunde:

17 Zur Frage der Verfügung über Nachlassgegenstände:

18 a) Verfügungen über Nachlassgegenstände oder Anteilen hieran sind nur nach Maßgabe des § 2040 und nur gemeinschaftlich möglich (BeckOGK-BGB/*Rißmann/Szalai*, Stand: 15.1.2021, § 2040 Rdnr. 1).

19 b) Die Verjährung ist für jeden Miterben gesondert zu prüfen. Beginn, Neubeginn, Hemmung und Ablauf können bei den Miterben jeweils unterschiedlich zu beurteilen sein (Wetzel/Odersky/Götz/*Burret*, Handbuch der Erbengemeinschaft, 2019, § 40 Rdnr. 140).

20 Zur Frage der Verjährung des Vermächtnisanspruchs:

21 a) Der Vermächtnisanspruch entsteht gemäß § 2176 BGB mit dem sog. Anfall des Vermächtnisses. Ohne besondere Anordnung ist der Anfall des Vermächtnisses der Erbfall (BeckOGK-BGB/*Schellenberger*, Stand: 1.11.2020, § 2174 Rdnr. 19; NK-Erbrecht/*Horn/Mayer*, 5. Aufl. 2019, § 2174 Rdnr. 3).

22 b) § 196 BGB gilt für alle Ansprüche, die unmittelbar auf die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück gerichtet sind und die dem Grundeigentum gleichgestellten Fälle, insbesondere das Wohnungseigentum (§§ 1 ff. WEG). Ob eine Gegenleistung geschuldet ist, ist irrelevant (BeckOGK-BGB/*Piekenbrock*, § 196 Rdnr. 7).

23 c) § 196 BGB gilt (seit dem 1.1.2010) auch für Ansprüche aus Vermächtnissen (§ 2174 BGB), seit die Sonderregelung für erbrechtliche Ansprüche (§ 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB 2002) aufgehoben worden ist (OLG München, NJW-RR 2017, 1418 Rdnr. 33 ff; BeckOGK-BGB/*Piekenbrock*, § 196 Rdnr. 8; Staudinger/*Otte*, Neub. 2019, § 2174 Rdnr. 38; NK-Erbrecht/*Horn/Mayer*, § 2174 Rdnr. 26; MünchKomm-BGB/*Rudy*, 8. Aufl. 2020, § 2147 Rdnr. 20; Palandt/*Weidlich*, 80. Aufl. 2021, § 2174 Rdnr. 7).

24 d) Die Verjährung der von § 196 BGB erfassten Ansprüche beginnt nach § 200 BGB mit der Entstehung des Anspruchs und ist demnach objektiv angeknüpft (BeckOGK-BGB/*Pie-*

kenbrock, § 196 Rdnr. 24; BeckOK-BGB/*Henrich*, § 200 Rdnr. 2).

25 2. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze teilt der Senat die Ansicht des LG, dass der Anspruch im vorliegenden Falle verjährt ist, sodass der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu Recht abgelehnt worden ist.

26 a) Der Anspruch ist im vorliegenden Falle mit dem Tod der Erblasserin im Jahre 2009 entstanden.

27 aa) Zutreffend hat das LG den Anspruch als Vermächtnisanspruch im Sinne des § 2174 BGB bewertet. Zwar heißt es im handschriftlichen Testament der Ehegatten, „(...) erhalten in Erbengemeinschaft (...)“. Allerdings ist im Wege der erläuternden Auslegung des Testaments festzustellen, dass die Ehegatten ihre Enkelkinder mit einem Einzelgegenstand bedenken wollten, während sie gleichzeitig ihre Kinder als Erben eingesetzt hatten. Die Auslegung ergibt mithin, dass im Hinblick auf die verfahrensgegenständlichen Wohnungen ein Vermächtnis angeordnet worden war.

28 bb) Allerdings ist dieser Anspruch, der sich grundsätzlich gegen die Erben bzw. deren Rechtsnachfolger richtet, verjährt.

29 (1) Die Verjährung richtet sich, wie auch das LG zutreffend festgestellt hat, im vorliegenden Fall nach § 196 BGB in der ab dem 1.1.2010 geltenden Fassung. Zwar ist die Erblasserin am 26.2.2009 verstorben, jedoch ordnet Art. 229 § 23 Abs. 1 Satz 1 EGBGB an, dass auf noch nicht verjährte Ansprüche das Gesetz in der ab dem 1.1.2010 geltenden Fassung anzuwenden ist, da eine Ausnahme nach Art. 229 § 23 Abs. 1 Satz 2 EGBGB nicht vorliegt. Danach wäre altes Recht nur dann anzuwenden, wenn insbesondere die Verjährungsfrist nach altem Recht kürzer gewesen wäre. Das ist jedoch nicht der Fall: Erbrechtliche Ansprüche (§ 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB) verjähren in 30 Jahren, mithin in längerer Frist, sodass auf den vorliegenden Fall das BGB in der seit 1.1.2010 (insoweit) geltenden Fassung Anwendung findet.

30 (2) Nach § 196 BGB verjähren Ansprüche auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück auch dann in zehn Jahren, wenn sich der Anspruch aus einem Vermächtnis ableitet. Das folgt bereits aus der systematischen Stellung der Norm, die von der allgemeinen Verjährungsregel des § 195 BGB – nach der Ansprüche bereits in drei Jahren verjähren – für Ansprüche auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück eine Ausnahme macht. Warum das nicht gelten soll, wenn das zugrunde liegende Rechtsverhältnis ein Vermächtnis ist, erschließt sich nicht. Selbst wenn unter Geltung des § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB a. F. die erbrechtliche Verjährungsregelung als vorrangig gegenüber § 196 BGB zu verstehen war, ist dies kein Argument dafür, dass nunmehr – entgegen dem Wortlaut der Übergangsvorschriften und dem allgemeinen Spezialitätsgrundsatz – die allgemeine Vorschrift des § 195 BGB der Spezialvorschrift des § 196 BGB vorgehen sollte (ebenso OLG München, a. a. O.).

31 Soweit die Antragsteller unter Hinweis auf *Damrau* (ZErb 2015, 333 ff.) der Ansicht sind, § 196 BGB sei nicht auf Grundstücksvermächtnisse anwendbar, teilt der Senat diese Ansicht nicht. Die dortige Annahme, der Gesetzeswortlaut sei einschränkend dahin auszulegen, dass § 196 BGB nicht für erb-

rechtliche Ansprüche gelte, beruht letztlich auf einem nur behaupteten Willen des Gesetzgebers, der an der Verjährung von Grundstücksvermächtnissen nichts habe ändern wollen. Auch der Einwand, den Gesetzesmaterialien sei kein Wille des Gesetzgebers zu entnehmen, wonach § 196 BGB für Grundstücksvermächtnisse gelten solle (so aber *Gerken*, ZErB 2019, 91 f), greift nicht durch: Der Gesetzgeber hat bei der Änderung des BGB zum 1.1.2010 erbrechtliche Ansprüche durchaus im Blick gehabt, als er für Ansprüche aus §§ 2018, 2130 und 2362 BGB die 30-jährige Verjährungsfrist in § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB anordnete. Nachdem Ansprüche aus Vermächtnissen, wie die übrigen erbrechtlichen Ansprüche auch, nach § 195 BGB aber in drei Jahren verjähren, erschiene es – auch angesichts des eindeutigen Wortlauts des § 196 BGB – systemwidrig, Vermächtnisse, die auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück gerichtet sind, nicht nach § 196 BGB verjähren zu lassen.

32 Etwas anderes ergibt sich schließlich auch nicht aus § 199 Abs. 3a BGB: Die Vorschrift regelt (lediglich) die Höchstfrist der Verjährung in den Fällen der regelmäßigen Verjährung. Um eine solche handelt es sich hier aber gerade nicht.

33 (3) Die Erblasserin ist am 26.2.2009 verstorben, sodass der Vermächtnisanspruch mangels abweichender letztwilliger Verfügung in diesem Moment entstanden (Anfall des Vermächtnisses, § 2176 BGB) ist.

34 Die zehnjährige Verjährungsfrist (§ 196 BGB) begann mithin gemäß Art. 229 § 23 Abs. 2 EGBGB am 1.1.2010 zu laufen und endete am 31.12.2019 (§§ 187, 188 BGB). Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung vom 26.10.2020, beim LG München I am 6.11.2020 eingegangen, konnte die Verjährung nicht mehr hemmen (§ 204 Abs. 1 Nr. 9 BGB), da die Frist bereits abgelaufen war.

35 Nachdem die Antragsgegner den Anspruch, auf dessen Erfüllung sie in Anspruch genommen werden sollen, nur gemeinsam erfüllen können, die Antragsgegnerin zu 1 aber nach der Erhebung der Verjährungseinrede berechtigt ist, die Mitwirkung an der Übereignung zu verweigern, kann der Antrag insgesamt nicht erfolgreich sein.

B. Beschwerde gegen die Streitwertfestsetzung

36 Die Beschwerde ist zulässig, im Ergebnis aber ebenfalls unbegründet.

37 I. Mit obigem Beschluss vom 17.11.2020 hat das LG (auch) den Streitwert auf 215.000 € festgesetzt. Mit Beschwerde vom 18.12.2020 (...) wenden sich die Antragsteller auch hiergegen und tragen vor, der Streitwert sei angesichts der Wohnungsgröße überhöht und insgesamt nur auf 59.765,63 € festzusetzen, wobei ihre unterschiedliche Beteiligung am Nachlass zu berücksichtigen sei. Das LG hat dieser Beschwerde mit Beschluss vom 20.1.2021 (...) nicht abgeholfen und die Sache dem Senat vorgelegt.

38 II. Die zulässige Beschwerde gegen die Festsetzung des Streitwerts durch das LG ist (ebenfalls) unbegründet. Zutreffend ist das LG bei der Bemessung des Streitwertes davon ausgegangen, dass insoweit §§ 48 Abs. 1, 3 ZPO maßgeblich sind und, da lediglich eine Auflassungsvormerkung streitgegenständlich ist, der Grundstückswert mit $\frac{1}{4}$ anzusetzen ist.

39 1) Unter Zugrundelegung einer Größe der beiden streitgegenständlichen Wohnungen von jeweils 86 m², was sich aus den vorgelegten Grundbuchblättern ergibt, und einem vom LG, für Münchener Verhältnisse zurückhaltend geschätzten Wert von 5.000 €/qm, ergibt sich ein Gesamtwert von insgesamt 860.000 €. Der Senat hält die Schätzung jedoch noch für vertretbar, weswegen er von einer Korrektur absieht, obwohl eine solche im Beschwerdeverfahren jederzeit möglich wäre, da das Beschwerdegericht nicht einem Verbot der reformatio in peius unterliegt (OLG Karlsruhe, NJOZ 2005, 2051; *Schneider*, NJW 2017, 3764).

40 2) Von diesem Wert ist – entgegen der Beschwerde – auch nicht der Wert für ein Wohnrecht der Antragsgegnerin zu 1 in Abzug zu bringen. Maßgeblich für die Festsetzung des Streitwertes bei der Auflassung ist vielmehr der Verkehrswert des Grundstückes ohne dingliche Belastungen, sofern sie die wirtschaftliche Nutzung des Grundstücks nicht wesentlich beeinträchtigen (BGH, NJW-RR 2001, 518). Nachdem vorliegend ein Wohnrecht der Antragsgegnerin zu 1 aber noch nicht einmal in das Grundbuch eingetragen ist, kommt ein Abzug erst recht nicht in Betracht.

41 3) Soweit die Beschwerdeführer unter Hinweis auf BGH, NJW 1975, 1415 der Ansicht sind, für die Streitwertbemessung sei – wie bei der Erbengemeinschaft – nur „das Interesse des Klägers und somit sein Anteil am Nachlass für den Gegenstandswert maßgeblich“ (...) führt dies zu keiner anderen Beurteilung. Die Antragsteller haben das Gericht mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung auf Eintragung einer Auflassungsvormerkung befasst. Maßgeblich ist deswegen wie bereits dargelegt im Rahmen der gerichtlichen Streitwertbemessung allein der Verkehrswert des Grundstücks.

C. Nebenentscheidungen

42 Die Kostenentscheidung beruht im Hinblick die Zurückweisung der Beschwerde bezüglich der beantragten einstweiligen Verfügung auf §§ 97, 100 Abs. 1 ZPO. Im Hinblick auf die Streitwertbeschwerde ergeht die Entscheidung gebührenfrei, § 68 Abs. 1 Satz 5, § 66 Abs. 3 Satz 1 GKG.

43 Der Wert des Beschwerdeverfahrens beruht auf § 48 Abs. 1, § 3 ZPO.

44 Der Rechtsbeschwerdeweg ist weder im Hinblick auf die beantragte einstweilige Verfügung, § 574 Abs. 1 Satz 2, § 542 ZPO, noch im Hinblick auf den Streitwert, § 68 Abs. 1 Satz 5, § 66 Abs. 3 Satz 1 GKG, eröffnet.

12. Erbeinsetzung der Kinder als Schlusserben

OLG München, Beschluss vom 5.11.2020, 31 Wx 415/17, mitgeteilt von **Holger Krätzschel**, Richter am OLG München

BGB §§ 157, 242, 2094, 2278
FamFG §§ 352, 352e

LEITSÄTZE:

1. **Zur Auslegung eines von Ehegatten abgeschlossenen Erbvertrags, bei denen die jeweiligen Kinder der Ehegatten als Schlusserben eingesetzt sind (sog. „Patchwork-Familie“).**
2. **Bei Wegfall eines der Schlusserben stellt sich die Frage einer vertragsmäßigen Bindung des überlebenden Ehegatten betreffend diesen Erbteil infolge Anwachsung zugunsten der übrigen Schlusserben erst, sofern kein Wille der Ehegatten in Bezug auf eine erneute Testierung des überlebenden Ehegatten infolge des Wegfalls des Schlusserben im Wege der individuellen Auslegung festgestellt werden kann.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Erblasserin und ihr vorverstorener Ehemann schlossen am (...) 1979 einen Ehe- und Erbvertrag, der in Ziffer. IV („Erbvertrag“) auszugsweise wie folgt lautet:

2 „In erbvertragsmäßiger Form, d. h. in einseitig unwiderprüflicher Weise, treffen die Vertragsteile folgende gemeinsame Verfügung von Todes wegen:

1) Die Eheleute (...) setzen sich hiermit gegenseitig zu Alleinerben ein, ohne Rücksicht darauf, ob und wie viele Pflichtteilsberechtigten vorhanden sind.

3 2) Für den Fall des Todes des Längstlebenden von ihnen und/oder für den Fall ihres gleichzeitigen Ablebens bestimmen sie zu Erben zu gleichen Anteilen:

- a) Die Tochter der Ehefrau (...)
- b) Die Tochter des Ehemannes aus zweiter Ehe (= Beteiligte zu 2)
- c) Die Tochter des Ehemannes aus zweiter Ehe (= Beteiligte zu 1).

Ersatzerben werden heute nicht bestimmt (...).

3) (...)

4 4) Sollte einer der eingesetzten Erben beim Tode des erstversterbenden Teils der Eheleute (...) seinen Pflichtteil geltend machen, so wird er nach dem Tode des Längstlebenden der Eheleute (...) nicht Erbe. In diesem Falle werden Erbe zu gleichen Anteilen die übrigen eingesetzten Erben. (...)

5 Die Tochter der Ehefrau ist ohne Hinterlassung von Abkömmlingen vorverstorben.

6 Die Erblasserin hat mehrere notarielle Testamente errichtet. In dem letzterrichteten (11.5.2009) hat sie den Beteiligten zu 3 zu ihrem Alleinerben bestimmt.

7 Die Beteiligten zu 1 und 2 beantragten am 11.8.2016 vor dem Nachlassgericht einen Erbschein, der eine Erbquote zu ihren Gunsten von je ½ ausweist. Dem ist der Beteiligte zu 3 entgegengetreten, da nach seiner Auffassung die Beteiligten zu 1 und 2 den Pflichtteil nach dem Ableben ihres Vaters zu Lebzeiten der Erblasserin geltend gemacht haben.

8 Mit Beschluss vom 5.9.2017 hat das Nachlassgericht die Tatsachen für die Feststellung des beantragten Erbscheins für festgestellt erachtet. Das Nachlassgericht ist dabei zu dem Ergebnis gelangt, dass nach den durchgeführten Ermittlungen nicht nachgewiesen ist, dass die Beteiligten zu 1 und 2 nach dem Ableben ihres Vaters den Pflichtteil geltend gemacht haben. Infolge des Wegfalls der Tochter der Erblasserin sei es in Bezug deren Erbteils zur Anwachsung zugunsten der Beteiligten zu 1 und 2 gekommen. Im Hinblick auf die Vertragsmäßigkeit der in dem Erbvertrag getroffenen Verfügungen, habe die Erblasserin diese nicht durch nachfolgende letztwillige Verfügungen abändern können. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 3.

9 II. Die zulässige Beschwerde hat bereits deswegen in der Sache Erfolg, da – ungeachtet der zwischen den Beteiligten strittigen Frage, ob ein Pflichtteilverlangen der Beteiligten zu 1 und 2 gegeben ist – der von den Beteiligten zu 1 und 2 erstrebte Erbschein (Miterbinnen von jeweils ½) nicht die materielle Erbfolge abbildet.

10 1. Der Senat teilt nicht die Auffassung des Nachlassgerichts, dass die Erblasserin die in dem Erbvertrag getroffenen Erbeinsetzung im Hinblick auf § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB deswegen nicht mehr abändern konnte, da der Erbteil der bedachten Tochter der Erblasserin, die infolge Vorversterbens weggefallen ist, den Beteiligten zu 1 und 2 angewachsen ist und diese Anwachsung von der Bindungswirkung im Sinne der § 2278 BGB i. V. m. § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB erfasst wird.

11 a) Es erscheint bereits fraglich, ob die nach § 2094 BGB eintretende Anwachsung eines Erbteils infolge Wegfalls eines Bedachten überhaupt eine vertragsmäßige Verfügung im Sinne des § 2278 Abs. 2 BGB darstellt.

aa) § 2278 Abs. 1 BGB setzt in Bezug auf die Vertragsmäßigkeit deren Anordnung durch die Ehegatten voraus, wobei diese auf die in § 2278 Abs. 2 enumerativ aufgezählten Verfügungen beschränkt ist. Demgegenüber tritt die Anwachsung als dispositive Ergänzungsnorm (BeckOGK-BGB/Gierl, § 2094 Rdnr. 2) kraft Gesetzes ein. Im Hinblick darauf stellt die Anwachsung nach Auffassung des Senats gerade keine Verfügung im Sinne des § 2278 BGB dar. Soweit dies im Falle einer Pflichtteils Klausel vertreten wird (vgl. BayObLG, ZEV 2004, 202 m. Anm. Ivo), findet diese Auffassung ihre Rechtfertigung im Kern darin, dass die Ehegatten ihre Erbfolge durch die Erbeinsetzung abschließend getroffen haben und die Pflichtteils Klausel bei ihrem Eingreifen als Teil des Willens der Ehegatten die bereits getroffene Erbfolge modifiziert und sich diese Erbfolge somit auf einer letztwilligen Verfügung der Ehegatten beruht. Die Regelung in der Pflichtteils Klausel ist somit Teil der

Erbeinsetzung und erweist sich so als eine Verfügung im Sinne des § 2278 Abs. 2 BGB.

12 bb) Dieser Ansatz lässt sich aber nicht ohne Weiteres auf die sonstigen Fälle eines Wegfalls des ursprünglich Bedachten übertragen (so aber OLG Nürnberg, DNotz 2018, 148 m. abl. Anm. *Braun* für den Fall, dass einer von zwei in einem Ehegattentestament eingesetzten Schlusserben ohne Hinterlassung von Abkömmlingen wegfällt im Hinblick auf § 2270 Abs. 2 BGB; OLG Hamm, MittBayNot 2015, 413 betreffend die Anwachsung infolge des Zuwendungsverzichts eines der Schlusserben im Hinblick auf § 2270 Abs. 2).

13 In dem vorliegenden Fall des Vorversterben eines der Bedachten tritt die Anwachsung allein kraft Gesetzes infolge Vorversterbens der Bedachten ein, da die Ehegatten für diesen Fall ausdrücklich keine Regelung („Ersatzerben werden heute nicht bestimmt“) getroffen haben. Insofern ist die Anwachsung nicht die Kehrseite einer von den Ehegatten getroffenen Erbeinsetzung, sondern tritt allein kraft Gesetzes ein, sodass sich die Anwachsung nicht als „andere Verfügung“ im Sinne des § 2278 Abs. 2 BGB darstellen und demgemäß in diesem Umfang auch keine Bindungswirkung eintreten kann (vgl. NK-BGB/*Kornel*, 5. Aufl. 2018, § 2278 Rdnr. 10). Die hiergegen erhobenen Einwände im Hinblick auf die Einheitlichkeit des Erbteils (vgl. dazu zum Beispiel *Reimann/Bengel/Dietz/J. Mayer/Dietz*, Testament und Erbvertrag, 7. Aufl. 2020, § 2278 Rdnr. 47) greifen nicht. Denn inmitten steht allein die Frage, ob eine später errichtete letztwillige Verfügung die erbrechtliche Stellung der weiterhin Bedachten im Sinne des § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB beeinträchtigt. Insofern geht § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB davon aus, dass die Unwirksamkeit auch nur Teile einer letztwilligen Verfügung erfassen kann („soweit“).

14 b) Die Frage, ob die infolge Wegfalls eines Bedachten nach § 2094 BGB eintretende Anwachsung unter § 2278 BGB fällt und sich insofern als vertragsmäßig darstellt, bedarf jedoch keiner abschließenden Entscheidung, da die individuelle Auslegung der im Erbvertrag getroffenen Anordnungen vorliegend zu dem Ergebnis führt, dass die Erblasserin nach Wegfall ihrer Tochter zu einer neuen letztwilligen Verfügung in Bezug auf diesen Erbteil befugt sein sollte.

15 aa) Die von den Ehegatten in dem Erbvertrag getroffenen Anordnungen sind nach dem Verständnis des konkreten Empfängers der Willenserklärung in der konkreten Situation der Errichtung des Erbvertrags auszulegen, wobei die §§ 157, 242 BGB Anwendung finden und alle Umstände, sowohl in und außerhalb der Testamentsurkunde zu berücksichtigen sind (BeckOGK-BGB/*Gierl*, § 2084 Rdnr. 12 und 30), vorliegend insbesondere die familiären Beziehungen der Ehegatten zu den jeweiligen Bedachten.

16 bb) Vor deren Hintergrund (Beteiligte zu 1 und 2 sind Kinder des Ehemannes aus seiner zweiten Ehe; die vorverstorbene Bedachte war eine Tochter der Erblasserin aus ihrer ersten Ehe) ist die Anordnung der Vertragsmäßigkeit insofern auslegungsbedürftig, da in einer solchen Konstellation das Interesse der jeweiligen Ehepartner in der Regel primär darauf gerichtet ist, dass der eine Ehepartner an seiner letztwilligen Verfügung zugunsten der Abkömmlinge des anderen Ehepartners gebunden ist, nicht aber an seine Verfügung zugunsten

des eigenen Kindes. Diese Interessenslage kommt auch in der Regelung des § 2270 Abs. 2 BGB zum Ausdruck, die im Rahmen des § 2278 BGB entsprechend heranzuziehen ist (vgl. Palandt/*Weidlich*, 79. Aufl. 2020, § 2278 Rdnr. 4).

17 cc) Unter Zugrundelegung dieser Wertung ist der Senat der Überzeugung, dass die Willensrichtung der Ehegatten im Zeitpunkt des Abschlusses des Erbvertrags allein darauf gerichtet war, dass der überlebende Ehegatte die Erbenstellung der jeweiligen Abkömmlinge des erstversterbenden Ehegatten nach dessen Ableben nicht mehr entziehen kann, jedoch nicht an einer unveränderlichen Selbstbindung in Bezug auf seine eigenen Abkömmlinge. Demgemäß war die Erblasserin nicht daran gehindert, in Bezug auf den ihrer Tochter ursprünglich zugedachten Erbteil neu zu testieren, hingegen war sie in Bezug auf die den Beteiligten zu 1 und 2 zugedachten Erbteile an ihrer Erbeinsetzung in dem Erbvertrag gebunden, da das Interesse des Ehemannes der Erblasserin darauf gerichtet war, diesen als seine Kinder ihre zugedachten Erbteile zu sichern.

18 dd) Insofern kommt es zwar nach Wegfall der Tochter der Erblasserin zu einer Anwachsung zugunsten der Erbteile der Beteiligten zu 1 und 2. Die „Beeinträchtigung“ im Sinne des § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB infolge der Neutestierung der Erblasserin bezieht sich aber allein auf die den Bedachten zu 1 und 2 ursprünglich angedachten Erbteile, umfasst aber nicht den angewachsenen Erbteil. Dem steht nicht entgegen, dass der angewachsene Erbteil keinen gesonderten Erbteil darstellt, sondern ursprünglicher Erbteil und „anwachsender Erbteil“ eine Einheit darstellen (BeckOGK-BGB/*Gierl*, § 2094 Rdnr. 42). Denn – wie bereits oben ausgeführt – geht § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB davon aus, dass die Unwirksamkeit auch nur Teile einer letztwilligen Verfügung erfassen kann („soweit“).

19 2. Demgemäß führt die Neutestierung der Erblasserin zu einer Erbenstellung der Beteiligten zu je 1/3. Dies hat grundsätzlich zur Konsequenz, dass der Senat zum einen den Beschluss des Nachlassgerichts bereits deswegen aufhebt, zum anderen dass er den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 und 2 zurückweist.

20 3. Statt der Zurückweisung des Antrags besteht aber auch die Möglichkeit, dass der Senat – mit Aufhebung der Entscheidung des Nachlassgerichts – die Akten an das Nachlassgericht zurückgibt, damit die Beteiligten zu 1 und 2 die Möglichkeit erhalten, den ursprünglichen Antrag entsprechend abzuändern. Insofern liegt keine gebührenpflichtige Neuantragstellung vor (vgl. zu allem *Burandt/Rojahn/Gierl*, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 352e FamFG Rdnr. 221). Dies setzt aber voraus, dass mit einer entsprechenden Antragsänderung zu rechnen ist. Dies ist vorliegend der Fall, da die Beteiligten zu 1 und 2 ausdrücklich eine entsprechende Antragsänderung nach Rückgabe der Akten an das Nachlassgericht angekündigt haben.

21 III. Eine Kostenentscheidung war nicht veranlasst. Da die Beschwerde erfolgreich war, fallen keine Gerichtskosten an (§ 25 Abs. 1 GNotKG). Eine Anordnung der Erstattung der notwendigen außergerichtlichen Kosten des Beteiligten zu 3 durch die Beteiligten zu 1 und 2 hält der Senat für nicht geboten.

22 IV. Die Voraussetzungen der Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor. Die Entscheidung des Senats fußt auf der individuellen Auslegung des von den Ehegatten ge-

schlossenen Erbvertrags, sodass die abweichende Rechtsauffassung betreffend die grundsätzliche Bindungswirkung einer Anwachsung nicht (mehr) entscheidungserheblich war.

ANMERKUNG:

Von Notar **Stefan Braun**, LL.M. (London),
Maître en droit (Paris), Wolfratshausen

Der vorstehende Beschluss des OLG München verdient sowohl im Ergebnis als auch hinsichtlich der Begründung im Wesentlichen Zustimmung. Besonders lesenswert sind die Ausführungen des OLG München zur letztlich nicht entscheidungserheblichen Frage, ob eine gemäß § 2094 Abs. 1 Satz 1 BGB eintretende Anwachsung von der Bindungswirkung einer vertragsmäßigen Verfügung eines Erbvertrags umfasst sein kann.¹ 2017 stützte sich das OLG Nürnberg bei einer Entscheidung, die die parallele Fragestellung für wechselbezügliche Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments betraf, auf eine solche bindende Anwachsung.² In erfreulichem Kontrast hierzu spricht sich das OLG München nun deutlich gegen eine Erstreckung der Bindungswirkung auf einen anwachsenden Erbteil aus (siehe unten 2.). Zwar mag es bedauerlich sein, dass es infolge der vom OLG München vorgenommenen individuellen Auslegung auf diese grundsätzliche Frage im vorliegenden Einzelfall nicht ankam und daher die Rechtsbeschwerde zu deren Klärung nicht zugelassen wurde. Nichtsdestoweniger ist es richtig, dass das OLG München seine Lösung vorrangig auf den Willen der Erblasser stützt und sie demzufolge in erster Linie im betreffenden Erbvertrag und nicht in allgemeinen Erwägungen über das Wesen der Anwachsung sucht (siehe unten 3).

1. Problemstellung

Der vorliegenden Entscheidung lag folgende in der Praxis nicht selten anzutreffende Gestaltung zugrunde: Ein Ehepaar, das keine gemeinsamen Kinder hatte, setzte sich durch gemeinschaftliche letztwillige Verfügung (hier durch einen Ehe- und Erbvertrag) gegenseitig zu Erben ein. Als Schlusserben bestimmten die Testatoren ihre jeweiligen einseitigen Kinder, nämlich die Tochter der Ehefrau und die Töchter des Ehemannes alle zu gleichen Teilen. Sämtliche Erbeinsetzungen wurden erbvertragsmäßig getroffen. Regelungen zur Ersatzerbfolge enthielt die betreffende Verfügung ausdrücklich nicht.

Zunächst verstarb der Ehemann und wurde entsprechend der gemeinschaftlichen Verfügung von seiner Ehefrau erbt. Die Ehefrau, deren eigene Tochter kinderlos verstorben war, bestimmte schließlich durch Einzeltestament einen Dritten zu ihrem Alleinerben.

1 Vgl. hierzu auch S. Braun, DNotZ 2018, 151 ff., Keller, ZEV 2002, 439 ff.; Ivo, ZEV 2004, 205, 206.

2 OLG Nürnberg, Beschluss vom 24.4.2017, 1 W 642/17, DNotZ 2018, 148 ff. mit abl. Anm. S. Braun; Dem OLG Nürnberg ohne weitere Begründung folgend etwa MünchKomm-BGB/Musielak, 8. Aufl. 2020, § 2270 Rdnr. 18; im Ergebnis ebenfalls zustimmend Litzenburger, ZEV 2017, 644.

2. Keine bindende Anwachsung

Obwohl es hierauf für die Entscheidung des vorliegenden Falls nicht ankam, setzt sich das OLG München zunächst mit der Frage, ob eine Anwachsung überhaupt in erbrechtlich bindender Weise, also vertragsmäßig im Sinne des § 2278 Abs. 2 BGB (oder auch wechselbezüglich im Sinne des § 2270 BGB), getroffen werden kann, auseinander. Dies ist insbesondere deshalb erfreulich, weil sich das OLG Nürnberg³ und in der Folge auch ein Teil der Literatur⁴ für die Möglichkeit einer solchen bindenden Anwachsung ausgesprochen haben und dies obwohl die Anwachsung weder in § 2278 Abs. 2 BGB noch in § 2270 Abs. 3 BGB erwähnt wird.⁵ Begründet wurde dies im Wesentlichen mit der formalen Erwägung, dass die gemäß § 2094 Abs. 1 Satz 1 BGB unmittelbar kraft Gesetzes eintretende Anwachsung die von den Beteiligten getroffene (Schluss-)Erbfolgeregelung umgestalte und daher auch an der Bindungswirkung der betreffenden Verfügungen teilhaben müsse. Dieser Rechtsauffassung tritt das OLG München mit der ebenso naheliegenden wie treffenden Begründung entgegen, dass die Anwachsung im Sinne des § 2094 Abs. 1 Satz 1 BGB schon deshalb nicht vertragsmäßig getroffen werden kann, weil eine solche Anwachsung von den Beteiligten überhaupt nicht durch eine Verfügung getroffen wird, sondern in Ermangelung einer Regelung durch die Beteiligten kraft Gesetzes eintritt.⁶

Dass auf Basis dieser Auffassung hinsichtlich des unmittelbar durch die letztwillige Verfügung zugewandten Teils des Erbteils eine Bindung eintritt, während hinsichtlich des anwachsenden Teils eine spätere Änderung möglich bleibt, sieht das OLG München zurecht nicht als problematisch an.⁷ In der Tat ergibt sich aus der gesetzlichen Regelung, insbesondere aus § 2278 und § 2289 Abs. 1 BGB keinerlei Hinweis dafür, dass eine Erbeinsetzung immer einheitlich hinsichtlich des gesamten zugewandten Erbteils vertragsmäßig oder einseitig getroffen werden muss. Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass es in der Praxis durchaus üblich ist, in gemeinschaftlichen letztwilligen Verfügungen Ände-

3 OLG Nürnberg, Beschluss vom 24.4.2017, 1 W 642/17, DNotZ 2018, 148, 150 f.

4 Litzenburger, ZEV 2017, 644, Reimann/Bengel/Dietz/J. Mayer/Dietz, Testament und Erbvertrag, 7. Aufl. 2020, § 2278 Rdnr. 47, MünchKomm-BGB/Musielak, § 2270 Rdnr. 18, § 2271 Rdnr. 20.

5 Die jeweilige Aufzählung ist nach ganz h. M. abschließend, vgl. nur MünchKomm-BGB/Musielak, § 2270 Rdnr. 15; § 2278 Rdnr. 6; BeckOGK-BGB/Braun, Stand: 15.2.2021, § 2270 Rdnr. 11; BeckOGK-BGB/Röhl, Stand: 1.2.2021, § 2278 Rdnr. 11, jew. m. w. N.

6 Vgl. hierzu auch S. Braun, DNotZ 2018, 151, 153 (zum gemeinschaftlichen Testament); gewisse Bedenken äußert insoweit auch Keller, ZEV, 2002, 439, 440, auch wenn er die „wechselbezügliche Anwachsung“ im Ergebnis dennoch für möglich hält.

7 Das von der Gegenauffassung vorgebrachte Argument, der Erbteil müsse wegen seiner Einheitlichkeit insgesamt einheitlich behandelt werden, überzeugt schon deshalb nicht, weil auch das Gesetz eine unterschiedliche Behandlung dieser Teile des Erbteils vorsieht (vgl. § 2095 BGB), siehe bereits S. Braun, DNotZ 2018, 151, 154.

rungsvorbehalte zu vereinbaren, die nur zu einer teilweisen Abänderung berechtigen, während eine gewisse Mindestquote beim ursprünglich bedachten verbleiben muss.⁸ Somit ist eine unterschiedliche Beurteilung der Bindungswirkung hinsichtlich des ursprünglichen und des anwachsenden Teiles keineswegs als ungewöhnlich oder gar systemwidrig anzusehen.⁹

Das OLG München verkennt bei seiner Argumentation nicht, dass Fälle denkbar sind, in denen sich eine Anwachsungsregelung – unabhängig von der dispositiven Ergänzungsnorm des § 2094 Abs. 1 Satz 1 BGB – unmittelbar aus den Verfügungen der Beteiligten und sei es als deren „Kehrseite“ ergibt. Eine solche Ersatzerbfolgeregelung durch *unechte* (weil nicht allein auf der gesetzlichen Regelung, sondern unmittelbar auf einer Anordnung der Erblasser beruhende) Anwachsung kann zwar Bindungswirkung entfalten.¹⁰ Das OLG München weist jedoch zu Recht darauf hin, dass sich diese Überlegung nicht ohne Weiteres auf die Frage der Bindung an eine allein kraft Gesetzes eintretende Anwachsung übertragen lässt.

3. Vorrang der individuellen Auslegung

So überzeugend die Ausführungen des OLG München gegen die bindende Anwachsung auch sein mögen, gestützt hat es seine Entscheidung hierauf nicht. Vielmehr gelangt das Gericht bereits aufgrund individueller Auslegung des Erbvertrags zu dem Ergebnis, dass eine Bindung der Ehefrau bezüglich des ursprünglich ihrer weggefallenen Tochter zugewendeten Erbteils nicht gewollt war. Dabei geht das Gericht davon aus, dass die eingetretene Anwachsung – unabhängig davon ob sie überhaupt an der Bindungswirkung der getroffenen Verfügungen teilhaben kann – jedenfalls nicht zwingend an dieser Bindungswirkung teilhaben muss und die Testatoren diese Frage daher selbst regeln können.¹¹ Zwar sollte dies, in Anbetracht dessen, dass es bei der Anwachsung nur um eine subsidiäre (§ 2099 BGB) abstrakt-generelle Ergänzung des Erblasserwillens geht und es die Beteiligten – wie etwa beim Änderungsvorbehalt – selbst in der Hand haben, den Umfang ihrer erbrechtlichen Bindung zu bestimmen, eine Selbstverständlichkeit sein. Allerdings hätte man sich hier angesichts der gegenläufigen Tendenzen in Rechtsprechung und Literatureine etwas ausführlichere Begründung gewünscht.¹²

Im Wege der individuellen Auslegung gelangt das OLG München zu dem überzeugenden Ergebnis, dass die Erblasserin nach dem Wegfall ihrer Tochter in Bezug auf den dieser ursprünglich zugedachten Erbteil keiner Bindung unterlag.

8 Vgl. BeckOGK/Röhl, § 2278 Rdnr. 40. Ebenso kann beim gemeinschaftlichen Testament eine einheitliche Verfügung in einen korrespondierenden und einen einseitigen Teil zerfallen, vgl. BeckOGK-BGB/Braun, § 2270 Rdnr. 12.

9 A. A. offenbar Reimann/Bengel/Dietz/J. Mayer/Dietz, Testament und Erbvertrag, § 2278 Rdnr. 47.

10 Ausführlich hierzu S. Braun, DNotZ 2018, 151, 156 f.

11 Vgl. auch Keller, ZEV 2002, 439, 440.

12 Vgl. etwa OLG Nürnberg, Beschluss vom 24.4.2017, 1 W 642/17, DNotZ 2018, 148 ff.; Reimann/Bengel/Dietz/J. Mayer/Dietz, Testament und Erbvertrag, § 2278 Rdnr. 47.

Nicht vollständig zu überzeugen vermag jedoch, mit welcher Begründung das Gericht zu diesem Ergebnis gelangt: Zur Beantwortung der entscheidenden Frage, ob „die Erblasserin nach Wegfall ihrer Tochter zu einer neuen letztwilligen Verfügung in Bezug auf diesen Erbteil befugt sein sollte“, stützt sich das OLG München auf die in § 2270 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommende Interessenlage, nach der der Wille jedes Testators „in der Regel primär darauf gerichtet ist, dass der eine Ehepartner an seine letztwillige Verfügung zugunsten der Abkömmlinge des anderen Ehepartners gebunden ist, nicht aber an seine Verfügung zugunsten des eigenen Kindes.“ Hieraus folge, dass schon eine Selbstbindung in Bezug auf eigene Abkömmlinge für den Fall des Vorversterbens des anderen Ehegatten nicht gewünscht war. Demgemäß könne auch nach Wegfall eines eigenen Abkömmlings über den betreffenden Erbteil neu testiert werden. Darauf, dass nach dem Wortlaut des Erbvertrages alle Verfügungen in „erbvertragsmäßiger Form, d. h. in einseitig unwiderruflicher Weise“ getroffen wurden und dass durchaus auch der Stiefvater ein Interesse an der Begünstigung seiner Stieftochter, als einer ihm sonst nahestehenden Person¹³ gehabt haben könnte, geht das Gericht nicht ein.

Der Rückgriff auf den Gedanken des § 2270 Abs. 2 BGB wäre meines Erachtens nicht nötig gewesen. Denn in Rede stand nicht die Frage, ob die längerlebende Ehefrau an die Erbeinsetzung der eigenen Tochter gebunden war, sondern ob eine Bindung bezüglich des durch deren Vorversterben nun „frei gewordenen“ bzw. angewachsenen Erbteils gewünscht war. Dafür, dass insoweit keine Bindung gewollt war, hätte sich auch anführen lassen, dass die Beteiligten ausweislich des Wortlauts des Erbvertrags („Ersatzerben werden heute nicht bestimmt“) bewusst keine Regelung – und damit auch keine bindende Klärung für den Fall des Wegfalls eines Erben – getroffen haben und dass sie somit eine Bindung nur hinsichtlich der im Erbvertrag genannten jeweils zugewandten Quoten herbeiführen wollten. Es war daher nicht erforderlich, die in der notariellen Verfügung enthaltene Bestimmung zur Vertragsmäßigkeit abweichend vom allgemeinen juristischen Sprachgebrauch auszulegen.

4. Fazit

Mit dem OLG München und entgegen der wohl herrschenden Auffassung¹⁴ ist davon auszugehen, dass eine allein aufgrund der gesetzlichen Regelung des § 2094 Abs. 1 BGB erfolgende Anwachsung nicht wechselbezüglich getroffen werden kann und diese daher auch keine erbrechtliche Bindung entfaltet. Unabhängig hiervon ist in jedem Fall vorrangig zu prüfen, ob sich nicht im Wege individueller Auslegung feststellen lässt, inwieweit bei Wegfall eines Bedachten eine Bindung zugunsten der insoweit zum Zuge kommenden Ersatzpersonen gewollt war. Eine automatische Erstreckung der Bindungswirkung auf den anwachsenden

13 Vgl. Reimann/Bengel/Dietz/J. Mayer/Sammet, Testament und Erbvertrag, § 2270 Rdnr. 50.

14 OLG Hamm, Beschluss vom 28.1.2015, I-15 W 503/14, FG-Prax 2015, 128 f.; Ivo, ZEV 2004, 205; Keller, ZEV 2002, 439, 440 f.; BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 1.2.2021, § 2270 Rdnr. 4; jurisPK-BGB/Reymann, 9. Aufl. 2020, § 2270 Rdnr. 57.

Teil des (einheitlichen) Erbteils findet nicht statt (siehe oben 3.).¹⁵ Sie wäre mit dem Ziel des Erbrechts, den Willen der Testatoren zu verwirklichen, auch nicht vereinbar.

Bei der gebotenen individuellen Auslegung kann sich durchaus ergeben, dass die Beteiligten und sei es auch nur implizit – etwa durch eine Pflichtteilsstrafklausel – eine Ersatzerbfolgeregelung in Gestalt einer unechten Anwachsung (siehe oben 2.) verfügt haben und dass diese Ersatzregelung erbrechtlich bindend getroffen wurde. Es kann sich – wie im vorliegenden Fall – ebenso ergeben, dass eine Bindung bezüglich des anwachsenden Teiles des Erbteils sicher nicht gewünscht war. Schließlich sind auch Fälle denkbar, in denen sich Zweifel hinsichtlich der gewünschten Bindung ergeben. Beruht in einem solchen Zweifelsfall die Anwachsung ausschließlich auf der gesetzlichen Ergänzungsregel des § 2094 Abs. 1 Satz 1 BGB, so scheidet eine Bindungswirkung aus. Dies gilt auch, wenn man entgegen der vom OLG München vertretenen Auffassung eine bindende echte Anwachsung für grundsätzlich denkbar erachtet. Denn soweit eine Erbenstellung ausschließlich auf der gesetzlichen Ergänzungsregel beruht und nicht von den Erblassern selbst getroffen wurde, kann sie in konsequenter Fortführung der Rechtsprechung des BGH zum sog. Kumulationsverbot¹⁶ nicht als Grundlage für die Anwendung weiterer Zweifelsregeln, insbesondere der des § 2270 Abs. 2 BGB, dienen.¹⁷

15 Näher S. Braun, DNotZ 2018, 151, 154 f.

16 BGH, Beschluss vom 16.1.2002, IV ZB 20/01, DNotZ 2002, 661 ff. m. Anm. Schmucker.

17 Der BGH hat sich gegen eine Kumulation der Auslegungsregeln der § 2069 BGB und § 2270 Abs. 2 BGB zu Recht ab, da es für die Anwendung der letzteren Vorschrift einer positiven Feststellung der Erbeinsetzung bedarf. Dies muss auch gelten, soweit aufgrund § 2094 Abs. 1 Satz 1 BGB ein bereits eingesetzter Erbe mehr erhält, da es auch insoweit an einer Erbeinsetzung fehlt und die Anwachsung gemäß § 2099 BGB zudem gegenüber § 2069 BGB subsidiär ist (vgl. S. Braun, DNotZ 2018, 151, 155).

13. Kein Nacherbenvermerk im Erbschein nach Veräußerung der Nacherbenrechte an den Vorerben

OLG Braunschweig, Beschluss vom 13.5.2020, 3 W 74/20

BGB §§ 133, 2069, 2108 Abs. 2 Satz 1

FamFG § 63 Abs. 1, § 70 Abs. 2 Satz 1, § 81 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2

GNotKG § 22 Abs. 1, § 25 Abs. 1, § 36 Abs. 1, § 61 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Ein Nacherbenanwartschaftsrecht ist grundsätzlich übertragbar und vererblich; ob ein entgegenstehender Wille des Erblassers vorgelegen hat und er eine Ersatznacherbschaft angeordnet hat, ist durch Auslegung der letztwilligen Verfügung nach den allgemeinen Auslegungsregeln zu ermitteln, namentlich durch die erläuternde Auslegung, hilfsweise durch

die ergänzende Auslegung (Anschluss an BGH, Urteil vom 23.1.1963, V ZR 82/61, NJW 1963, 1150, 1151 Ziffer III. 2).

2. Erst wenn sich nach den allgemeinen Auslegungsregeln kein eindeutiges Ergebnis ergibt, ist auf die nachrangigen gesetzlichen Auslegungsregelungen des § 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB und des § 2069 BGB zurückzugreifen (Anschluss an OLG Hamm, Beschluss vom 3.4.2013, I-15 W 107/13, juris Rdnr. 16; BayObLG, Beschluss vom 30.9.1993, 1 Z BR 9/93, NJW-RR 1994, 460).
3. Wenn ein vom Erblasser als Nacherbe bedachter Abkömmling nach Testamenterrichtung wegfällt, ist gemäß § 2069 BGB zwar im Zweifel anzunehmen, dass dessen Abkömmlinge insoweit bedacht sind, als sie bei der gesetzlichen Erbfolge an dessen Stelle treten würden. Dies gilt aber nicht, wenn ein als Nacherbe eingesetzter Abkömmling aus freien Stücken als Erbe wegfällt und dafür etwas erhält, etwa dann, wenn er sein Nacherbenanwartschaftsrecht veräußert (Weiterentwicklung von BGH, Urteil vom 29.6.1960, V ZR 64/59, NJW 1960, 1899).

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Antragstellerin begehrt einen Erbschein ohne Nacherbenvermerk, die Verfahrenspflegerin und das Nachlassgericht halten einen solchen Vermerk für erforderlich.

2 Der Erblasser hat einen Sohn aus einer früheren Beziehung und war bis zu seinem Tode mit der Antragstellerin verheiratet, die drei Kinder aus erster Ehe hat.

3 Mit notariell beurkundetem Erbvertrag vom 21.8.1989 (...) verfügte der Erblasser wie folgt:

„Ich setze als meine alleinige Erbin meine Ehefrau (...) ein.

4 Sie ist jedoch nur Vorerbin und als solche von allen gesetzlichen Beschränkungen befreit, soweit dies möglich ist.

5 Als Nacherben bestimme ich meinen Sohn [Name, Geburtsdatum und Anschrift].

6 Der Nacherbfall tritt ein mit dem Tode der Vorerbin.

7 Für den Fall, dass meine Ehefrau als Vorerbin die von mir erworbene Wohnung [nähere Bezeichnung] veräußert, so hat sie die Hälfte des Verkaufserlöses nach Abzug der auf dem Grundbesitz liegenden Belastungen an den Sohn [Name] auszuzahlen.“

8 Nach dem Tod des Erblassers übertrug sein nach wie vor kinderloser Sohn mit notarieller Urkunde vom 25.10.2018 (...) seine Nacherbenrechte gegen Zahlung von 10.000 € auf die Antragstellerin, wobei beide davon ausgingen, dass dies der Hälfte des Verkehrswertes der Eigentumswohnung entsprach.

9 Mit weiterer notarieller Urkunde vom 25.10.2018 (...) beantragte die Antragstellerin einen Erbschein ohne Nacherbenvermerk, der sie als Alleinerbin ausweist.

10 Die – zur Vertretung etwaiger unbekannter Abkömmlinge des Sohnes bestellte – Verfahrenspflegerin und das Nachlassgericht sind im Schriftsatz vom 23.10.2019 (...) sowie im Schreiben vom 25.11.2019 (...) – auf die wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird – der Ansicht, der Erbschein könne nur mit Nacherbenvermerk erteilt werden; § 2069 BGB gehe einer Vererblichkeit der Nacherbenanwartschaft gemäß § 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB hier vor. Dass der Erblasser die Eigentumswohnung habe in der „engsten Familie“ halten wollen, spreche gegen die generelle Vererblichkeit der Nacherbenanwartschaft. Insoweit seien mögliche Abkömmlinge des Sohnes als mögliche Ersatznacherben in den Erbschein aufzunehmen.

11 Das Nachlassgericht hat den Erbscheinsantrag mit angegriffenem Beschluss vom 18.12.2019, 6 VI 964/18 (...) unter Hinweis auf die obige Ansicht zurückgewiesen.

12 Gegend diesen – ihrem Verfahrensbevollmächtigten am 20.12.2019 zugestellten – Beschluss wendet sich die Antragstellerin mit ihrer am 16.1.2020 eingegangenen Beschwerde. Dieser hat das Nachlassgericht mit Beschluss vom 10.2.2020 nicht abgeholfen und die Sache dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

13 Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 30.3.2020 beantragt, den Beschluss des AG Salzgitter aufzuheben und der Antragstellerin den beantragten Erbschein zu erteilen, und die Beschwerde begründet. Insbesondere hätte der seinerzeit beurkundende Notar einen weiteren Gestaltungswunsch des Erblassers – so es ihn denn gegeben hätte – in die Urkunde aufgenommen; dass Ersatznacherben nicht benannt seien, zeige, dass kein solcher Wunsch bestanden habe. (...)

14 II. Die zulässige Beschwerde ist begründet.

15 1. Die Beschwerde ist statthaft und auch ansonsten zulässig; insbesondere ist sie innerhalb der Monatsfrist des § 63 Abs. 1 FamFG eingelegt worden.

16 2. Die Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Die Voraussetzungen für die Erteilung des von der Antragstellerin beantragten Erbscheins ohne Nacherbenvermerk liegen vor. Der Sohn des Erblassers ist Inhaber eines Nacherbenanwartschaftsrechts geworden, das grundsätzlich übertragbar und vererblich ist (a); ein der Übertragung oder Vererbung entgegenstehender Wille des Erblassers ist hier nicht festzustellen (b) und der Sohn der Erblasserin hat das Nacherbenanwartschaftsrecht wirksam auf die Antragstellerin übertragen (c).

17 a) Der Sohn des Erblassers ist mit dessen Tod Inhaber eines Nacherbenanwartschaftsrechts geworden, denn der Erblasser hat mit dem Erbvertrag vom 21.8.1989 seine Ehefrau als alleinige befreite Vorerbin und seinen Sohn als Nacherben eingesetzt. Mit dem Tod eines Erblassers erwirbt der in dessen letztwilliger Verfügung bestimmte Nacherbe ein Anwartschaftsrecht (BGH, Urteil vom 9.6.1983, IX ZR 41/82, NJW 1983, 2244, 2245 f. m. w. N.). Ein solches Nacherbenanwartschaftsrecht kann grundsätzlich übertragen und nach § 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB vererbt werden (BGH, a. a. O.; Kroiß/Ann/Mayer/Gierl, BGB Erbrecht, 5. Aufl. 2018, § 2102 Rdnr. 13). Dabei normiert § 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB die Vererblichkeit dieses Anwartschaftsrechts als den Regelfall; das

Anwartschaftsrecht soll im Zweifel im Verkehr ein sicheres Vermögensrecht sein und nur durch einen abweichenden Willen des Erblassers in ein unvererbliches Recht umgestaltet werden können (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7.12.2016, I-3 Wx 285/15, juris Rdnr. 30; Burandt/Rojahn/Lang, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 2108 BGB Rdnr. 5, 8 m. w. N.).

18 b) Ein der Vererbung – und hier der Übertragung – des Nacherbenanwartschaftsrecht entgegenstehender Wille des Erblassers ist nicht festzustellen.

19 Ob ein solcher Wille des Erblassers vorgelegen hat – mit hin, ob dieser eine Ersatznacherbschaft angeordnet hat –, ist durch Auslegung der letztwilligen Verfügung nach den allgemeinen Auslegungsregeln zu ermitteln, namentlich durch die erläuternde Auslegung, hilfsweise durch die ergänzende Auslegung (BGH, Urteil vom 23.1.1963, V ZR 82/61, NJW 1963, 1150, 1151 Ziffer III. 2; vgl. RG, Beschluss vom 2.11.1933, IV B 43/33, RGZ 142, 171, 174; MünchKomm-BGB/Lieder, 8. Aufl. 2020, § 2102 Rdnr. 11 m. w. N.). Erst wenn sich nach den allgemeinen Auslegungsregeln kein eindeutiges Ergebnis ergibt, ist auf die nachrangigen gesetzlichen Auslegungsregelungen des § 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB und des § 2069 BGB zurückzugreifen (OLG Hamm, Beschluss vom 3.4.2013, I-15 W 107/13, juris Rdnr. 16; BayObLG, Beschluss vom 30.9.1993, 1 Z BR 9/93, NJW-RR 1994, 460; Burandt/Rojahn/Czubayko, Erbrecht, § 2069 BGB Rdnr. 1, 3; Burandt/Rojahn/Lang, Erbrecht, § 2108 BGB Rdnr. 6).

20 Nach der erläuternden Auslegung der letztwilligen Verfügung ergibt sich hier nicht, dass der Erblasser einen Ersatznacherben hat einsetzen wollen; die in der Verfügung enthaltene Regelung zum Verkauf der Eigentumswohnung spricht sogar deutlich dagegen (aa); Unklarheiten, die im Wege der ergänzenden Auslegung der letztwilligen Verfügung zu beseitigen sein könnten, verbleiben insoweit nicht (bb); auf die nachrangigen Auslegungen des § 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB und des § 2069 BGB kommt es demnach nicht an (cc).

21 aa) Die (erläuternde) Testamentsauslegung hat zum Ziel, den wirklichen Willen des Erblassers zu erforschen. Sie soll klären, was der Erblasser mit seinen Worten sagen wollte. In diesem Zusammenhang verbietet sich gemäß § 133 BGB eine Auslegung, die allein auf den buchstäblichen Sinn des Ausdrucks abstellt; vielmehr ist der Wortsinn der vom Erblasser benutzten Ausdrücke zu hinterfragen, allein sein subjektives Verständnis ist maßgeblich. Auch eine ihrem Wortlaut nach scheinbar eindeutige Willenserklärung bindet bei der Auslegung nicht an diesen Wortlaut, wenn – allerdings nur dann – sich aus den Umständen ergibt, dass der Erklärende mit seinen Worten einen anderen Sinn verbunden hat, als es dem allgemeinen Sprachgebrauch entspricht (BGH, Urteil vom 8.12.1982, IV a ZR 94/81, NJW 1983, 672, 673 m. w. N.). Bei der Testamentsauslegung geht es aber „nicht um die Ermittlung eines von der Erklärung losgelösten Willens (...), sondern um die Klärung der Frage, was der Erblasser mit seinen Worten sagen wollte“ (BGH, Urteil vom 28.1.1987, IVa ZR 191/85, juris Rdnr. 17; MünchKomm-BGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 2084 Rdnr. 8 m. w. N.).

22 Nach diesem Maßstab ist dem Erbvertrag vom 21.8.1989 die Anordnung einer Ersatznacherbschaft nicht zu entnehmen.

23 Der Wortlaut enthält keine ausdrückliche Anordnung einer Ersatznacherbschaft; der Erblasser hat lediglich geregelt: „Als Nacherben bestimme ich meinen Sohn (...)“. An diese Einsetzung des Nacherben schließt sich gerade nicht die zur Einsetzung von Ersatznacherben gebräuchlichen Formulierung „ersatzweise dessen Abkömmlinge“ an, wie sie – augenscheinlich aus Gewohnheit – ins Grundbuch der Eigentumswohnung „übernommen“ worden ist (vgl. die Eintragungen in Abteilung II Nr. 4 bzw. Nr. 2 im Grundbuch, wiedergegeben im notariellen Übertragungsvertrags vom 25.10.2018 [...])

24 Auch aus dem weiteren Regelungszusammenhang ergibt sich keine Einsetzung von Ersatznacherben. Der Erbvertrag enthält keine weiteren Regelungen dazu, welche weiteren Personen in irgendeiner Form Begünstigte sein sollen; er regelt lediglich die Vorerbschaft der Ehefrau und Nacherbschaft des Sohnes. Weitere Personen werden nicht genannt.

25 Allein der Umstand, dass ein Abkömmling zum Nacherben eingesetzt worden ist, reicht nicht aus, um die Einsetzung von Ersatznacherben anzunehmen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7.12.2016, I-3 Wx 285/15, juris Rdnr. 30).

26 Während keine Anhaltspunkte im Erbvertrag enthalten sind, die dafür sprechen, dass der Erblasser eine Ersatznacherbeneinsetzung gewollt hat, sind allerdings Anhaltspunkte enthalten, die deutlich dagegen sprechen:

27 Der Erblasser hat seine Ehefrau zur befreiten Vorerbin eingesetzt und für den Fall der Veräußerung der Eigentumswohnung durch die Vorerbin geregelt, dass sein Sohn die Hälfte des Verkaufserlöses erhalten soll. Er hat also gewollt, dass seine Ehefrau uneingeschränkt über die Wohnung verfügen und diese nutzen, aber eben auch veräußern kann, auch an Personen außerhalb der Familie. Hätte der Erblasser gewollt, dass die Wohnung auf jeden Fall in der Familie bleibt, hätte er seine Ehefrau als nicht befreite Vorerbin einsetzen können – die zwar die Wohnung nutzen, nicht aber hätte veräußern können –, oder er hätte seinem Sohn ein Vorkaufsrecht an der Wohnung einräumen können, sodass seine Ehefrau die Wohnung zwar hätte veräußern können, der Sohn in diesem Falle aber Zugriff auf die Wohnung gehabt hätte. Beides hat der Erblasser nicht getan. Dies deutet stark darauf hin, dass es ihm gerade nicht darum gegangen ist, dass die Wohnung selbst auf jeden Fall in der Familie bleibt.

28 Daneben hat der Erblasser geregelt, dass sein Sohn im Falle der Veräußerung der Eigentumswohnung nur die Hälfte des Veräußerungserlöses erhält; er hat seiner Ehefrau so die Möglichkeit eröffnet, die andere Hälfte des etwaigen Veräußerungserlöses für sich zu verwenden. Auf diese Weise ist es möglich, dass weder die Wohnung selbst, noch deren ganzer Wert den Nachfahren des Erblassers zukommt. Diese vom Erblasser hingenommenen Möglichkeiten, dass die Wohnung selbst und die Hälfte ihres Wertes schon nicht an seinen Sohn weitergegeben werden, spricht dagegen, einen Willen des Erblassers anzunehmen, nach dem die Wohnung auf jeden Fall an einen etwaigen Abkömmling seines Sohnes weitergegeben werden soll.

29 Durch die Regelung bezüglich des halben Veräußerungserlöses hat der Erblasser außerdem seinem Sohn eine bereits zu dessen Lebzeiten verwertbare Rechtsstellung eingeräumt;

eine solche Rechtsstellung spricht für eine Vererblichkeit des Nacherbenanwartschaftsrechts (Burandt/Rojahn/Lang, Erbrecht, § 2108 BGB Rdnr. 5; MünchKomm-BGB/Lieder, § 2108 Rdnr. 10), und damit auch für dessen Übertragbarkeit.

30 Diese Auslegung ändert sich auch nicht, wenn man den Vortrag der Beteiligten zu 1 berücksichtigt, der Erblasser habe die Eigentumswohnung in der „engsten Familie“ halten wollen. Damit ist ersichtlich gemeint, dass seine Ehefrau die Wohnung weiterhin bewohnen können sollte, dass diese aber nach dem Tod der Ehefrau nicht deren Erben – mutmaßlich ihre nicht mit dem Erblasser verwandten Kinder aus erster Ehe –, sondern dem Sohn des Erblassers zufallen sollte. Die Vor- und Nacherbschaft ist das geeignete Mittel, um genau dies in der vorliegenden Konstellation („meine Kinder – deine Kinder“) sicherzustellen (MünchKomm-BGB/Lieder, § 2100 Rdnr. 5; Kappler/Kappler, ZEV 2015, 437, 440). Nach der gesetzlichen Erbfolge hätten die Ehefrau und der Sohn M an der Wohnung erlangt und bei testamentarischer Einsetzung der Ehefrau als Vollerbin wäre dem Sohn des Erblassers nur der Pflichtteil geblieben, während die Wohnung oder deren Wert letztlich den Erben der Ehefrau zugefallen wäre. Der Erblasser hat also genau die Regelung gewählt, die es seiner Ehefrau ermöglicht, zu Lebzeiten von der Wohnung zu profitieren, ohne seinen Sohn zu enterben. Ein weitergehender Wunsch des Erblassers dahin gehend, dass die Wohnung – quasi als Familienstammsitz – auf jeden Fall dauerhaft in seinem Stamm bleibt, ist dem Erbvertrag und den weiteren Umständen nicht zu entnehmen.

31 bb) Vor dem Hintergrund dieses eindeutigen Auslegungsergebnisses bedarf es nicht des Rückgriffs auf die ergänzende Auslegung der letztwilligen Verfügung; im Wege dieser Auslegung ergibt sich aber auch nichts anderes.

32 Die ergänzende Auslegung dient zwar in erster Linie dazu, Lücken zu schließen, die sich daraus ergeben, dass sich nach der Errichtung der letztwilligen Verfügung vom Erblasser nicht bedachte Veränderungen ergeben haben. Sie kann aber auch im Falle ursprünglicher planwidriger Unvollkommenheiten greifen, etwa wenn der Erblasser die Verhältnisse zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung falsch beurteilt hat, aus einem bekannten tatsächlichen Umstand fehlerhafte rechtliche Schlussfolgerungen gezogen hat oder sich über den Inhalt eines Vertrages geirrt hat (BayObLG, Beschluss vom 27.6.1997, 1 Z BR 240/96, NJW-RR 1997, 1438, 1439 lit. c), bb) m. w. N.; MünchKomm-BGB/Leipold, § 2084 Rdnr. 90).

33 Dies ist hier nicht der Fall. Anhaltspunkte dafür, dass der Erblasser eine Klausel betreffend etwaige Ersatznacherben schlicht vergessen hat, liegen nicht vor.

34 Gegen ein solches Versehen spricht bereits, dass der Erblasser sein mutmaßliches Regelungsziel auch ohne die Einsetzung von Ersatznacherben erreichen konnte und auch erreicht hat (siehe oben, Abschnitt aa) a. E.).

35 Gegen eine versehentliche Auslassung spricht ferner die Tatsache, dass es sich hier um einen notariell beurkundeten Erbvertrag handelt, was Auslassungen zwar nicht ausschließt, aber doch unwahrscheinlicher macht, als dies etwa bei einem privatschriftlichen Testament eines Laien der Fall wäre.

36 Dem Erblasser war bei Errichtung des Erbvertrags auch bekannt, dass sein Sohn seinerzeit keine Abkömmlinge hatte; ihm war nach dem Vortrag der Beteiligten zu 1 auch bekannt, dass sein Sohn nicht plante, überhaupt Vater zu werden. Der Sohn des Erblassers hat auch bis heute keine leiblichen oder angenommenen Abkömmlinge, mit denen der Erblasser bei Errichtung der letztwilligen Verfügung nicht gerechnet haben könnte und die er – hätte er davon gewusst, es vorhergesehen, gehnt oder zumindest darauf gehofft – als Ersatznacherben hätte einsetzen wollen. Eine Veränderung im Vergleich zur damaligen Situation hat gerade nicht stattgefunden.

37 cc) Aufgrund dieses eindeutigen Auslegungsergebnisses ist für die Anwendung der nachrangigen gesetzlichen Auslegungsregelungen des § 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB und des § 2069 BGB kein Raum. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass sich aus diesen gesetzlichen Auslegungsregeln hier auch nichts anderes ergäbe:

38 § 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB normiert die Vererblichkeit des Anwartschaftsrechts als den Regelfall und allein der Umstand, dass ein Abkömmling zum Nacherben eingesetzt wird, reicht nicht aus, um einen Ausschluss der Vererblichkeit anzunehmen (BGH, Urteil vom 23.1.1963, V ZR 82/61, NJW 1963, 1150, 1151 Ziffer III. 2.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7.12.2016, I-3 Wx 285/15, juris Rdnr. 30; Burandt/Rojahn/Lang, Erbrecht, § 2108 BGB Rdnr. 11).

39 § 2069 BGB geht dem § 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht vor (BGH, Urteil vom 23.1.1963, V ZR 82/61, NJW 1963, 1150, 1151 Ziffer III. 2.).

40 Doch selbst aus § 2069 BGB ergibt sich unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH hier nichts anderes: Wenn ein vom Erblasser als Nacherbe bedachter Abkömmling nach Testamenterrichtung wegfällt, ist gemäß § 2069 BGB zwar im Zweifel anzunehmen, dass dessen Abkömmlinge insoweit bedacht sind, als sie bei der gesetzlichen Erbfolge an dessen Stelle treten würden. Dies gilt aber nicht, wenn ein als Nacherbe eingesetzter Abkömmling aus freien Stücken als Erbe wegfällt und dafür etwas erhält, etwa dann, wenn er das Erbe ausschlägt und den Pflichtteil verlangt; in diesem Fall geht der Stamm des Wegfallenden (schon in dessen Person selbst) nicht leer aus. Die Ersatzberufung der weiteren Abkömmlinge gemäß § 2069 BGB bedeutete dann aber, dass der Stamm des Wegfallenden in zweierlei Weise erbrechtlich zum Zuge käme: dem Erstbedachten stünde der Pflichtteil und außerdem seinen Abkömmlingen das vom Erblasser zunächst ihm zugedachte Erbe zu (BGH, Urteil vom 29.6.1960, V ZR 64/59, NJW 1960, 1899). Dasselbe muss gelten, wenn ein Nacherbe sein Nacherbenanwartschaftsrecht veräußert, denn auch dann erhält sein Stamm (in der Person des Nacherben) etwas und geht nicht leer aus. Auch hier bedeutete die Ersatzberufung der weiteren Abkömmlinge gemäß § 2069 BGB, dass der Stamm des Wegfallenden in zweierlei Weise erbrechtlich zum Zuge käme: dem Erstbedachten stünde der Veräußerungserlös und außerdem seinen Abkömmlingen das vom Erblasser zunächst ihm zugedachte Erbe zu. Damit greift die gesetzliche Auslegungsregel des § 2069 BGB nach dem Maßstab des BGH hier gerade nicht.

41 c) Der Sohn des Erblassers hat seine Nacherbenrechte mit notariellem Übertragungsvertrags vom 25.10.2018 (...) dinglich auf die Antragstellerin übertragen. Gründe, die der Wirksamkeit dieser Übertragung entgegenstünden, sind nicht ersichtlich. Vor diesem Hintergrund hat das Nachlassgericht den beantragten Erbschein – ohne Nacherbenvermerk (vgl. auch OLG Köln, Beschluss vom 22.11.2017, 2 Wx 219/17, ZEV 2018, 138, 140 Rdnr. 24 m. w. N.) – zu erteilen.

42 III. Da die Beschwerde der Antragstellerin erfolgreich war, fallen im Beschwerdeverfahren keine Gerichtskosten an, § 25 Abs. 1, § 22 Abs. 1 GNotKG. Im Übrigen beruht die Kostenentscheidung auf § 81 Abs. 1 Satz 1 FamFG. Die Anordnung der Erstattung der außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin durch die Beteiligten zu 2 ist nicht geboten; insbesondere liegt kein Fall des § 81 Abs. 2 FamFG vor.

43 Die Wertfestsetzung findet ihre Grundlage in § 61 Abs. 1, § 36 Abs. 1 GNotKG (vgl. Korintenberg/Bormann, GNotKG, 21. Aufl. 2020, § 36 Rdnr. 78 m. w. N.). Ziel der Antragstellerin ist es, wie eine Vollerbin über den maßgeblich aus der Eigentumswohnung bestehenden Nachlass verfügen zu können; ausweislich des Übertragungsvertrags vom 25.10.2018 ist ihr diesbezügliches wirtschaftliches Interesse mit 10.000 € zu bemessen.

44 Für die Zulassung der Rechtsbeschwerde gemäß § 70 Abs. 2 Satz 1 FamFG besteht kein Anlass.

ANMERKUNG:

Von Notar Prof. Dr. **Christopher Keim**, Ingelheim am Rhein

1. Problem: Keine unbeschränkte Vollerbschaft trotz Übertragung der Nacherbenanwartschaft auf den Vorerben

Dem Nacherben steht zwischen Erbfall und Nacherbfall gemäß § 2108 Abs. 2 BGB ein vererbliches Nacherbenanwartschaftsrecht zu, das er durch notariell beurkundeten Vertrag analog § 2033 BGB auch auf den Vorerben übertragen kann.¹ Im Gegensatz zu sonstigen Erbteilsübertragungen, die keinen Einfluss auf die Erbfolge haben, führt die Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts an den Vorerben durch Konsolidation zu dessen Erlöschen, sodass der Vorerbe zum unbeschränkten Erben erstarkt.² Häufig sind jedoch zumindest stillschweigend Ersatznacherben berufen, die u.U. noch gar nicht geboren sind. Um auch deren Rechtsposition mitübertragen zu können, müsste gemäß § 1913 Satz 2 BGB ein Pfleger für die unbekannteten Ersatznacherben bestellt werden, der dazu noch gemäß § 1822 Nr. 1 BGB einer Genehmigung des Familiengerichts bedürfte. Da die Gegenleistung für die Übertragung der Anwartschaft dem direkten Nacherben und nicht dem Ersatznacherben zufließt und die Zustimmung damit nicht im Interesse des Ersatznacherben liegt, dürfte eine derartige

¹ Palandt/Weidlich, 80. Aufl. 2021, § 2100 Rdnr. 13.

² Dazu ausführlich *Muscheler*, ZEV 2012, 289; BGH, Urteil vom 27.9.1995, IV ZR 52/94, ZEV 1995, 453.

Genehmigung kaum zu erlangen sein.³ Falls Ersatznacherben eingesetzt sind, ist auch regelmäßig die Vererblichkeit des Nacherbenanwartschaftsrechts ausgeschlossen.⁴ Stirbt der Nacherbe vor dem Vorerben, so soll nämlich die Anwartschaft nicht auf dessen Erben, sondern auf den Ersatznacherben übergehen und mit Eintritt des Nacherbfales in dessen Person zu einer Erbenstellung erstarken. Das OLG Braunschweig geht offenbar davon aus, bei Einsetzung von Ersatznacherben sei auch die lebzeitige Übertragbarkeit des Anwartschaftsrechts ausgeschlossen. Das ist aber nicht unbedingt der Fall: Nur führt diese Übertragung dann nicht zur Konsolidation. Das Anwartschaftsrecht des Ersatznacherben bleibt vielmehr bestehen, da der primäre Nacherbe nicht über dieses verfügen kann.⁵

Die Rechtsposition des bisherigen Vorerben ist dann stets gefährdet: Denn fällt der zunächst berufene Nacherbe weg, rückt der bisherige Ersatznacherbe in die Position des Nacherben ein. Tritt nunmehr der Nacherbfall, zum Beispiel durch den Tod des Vorerben (§ 2106 BGB), ein, fällt der Nachlass – trotz der vorherigen Übertragung der Nacherbenanwartschaft an den Vorerben – an den Ersatznacherben. Falls das Anwartschaftsrecht auf den Vorerben übertragen wird, kann daher ein Erbschein aufgrund Konsolidation ganz ohne Nacherbschaft nur erteilt werden,⁶ wenn keine Ersatznacherbschaft angeordnet worden war.⁷

2. Stillschweigende Ersatzerbeneinsetzung der Enkelkinder?

Die Auslegung des OLG Braunschweig, wonach keine stillschweigende Ersatznacherbeneinsetzung vorliegt, ist im Ergebnis zutreffend. Es handelte sich um einen typischen Erbvertrag einer Patchworkfamilie, in dem jeder der Partner nach der Trennungslösung seinen eigenen Kindern das eigene Vermögen als Nacherben zukommen lassen wollte. Der einzige Sohn war bei Errichtung des Erbvertrags kinderlos. Falls der Erblasser davon ausging, dass dies auch so bleiben würde, ist dies ein starkes Indiz gegen eine stillschweigende Ersatzerbeneinsetzung. Die übrigen Argumente überzeugen mich aber nicht: Nach dem Inhalt des Erbvertrags war die Vorerbin zwar berechtigt, die hinterlassene Eigentumswohnung zu verkaufen, wobei sie sich den Kaufpreis mit dem Sohn teilen sollte. Hier verblieb die Wohnung dagegen im Eigentum der Witwe. Die Tatsache, dass sie befreite Vorerbin war und der Sohn ein Vermächtnis in Höhe des halben Kaufpreises für die Wohnung erhalten sollte, ermöglichte es ihr, die Wohnung zu verkaufen. Dies sagt aber noch nichts darüber aus, wer das bei ihrem Tod noch vorhandene Nachlassvermögen erhalten soll. Nehmen

wir an, der Erblasser hätte mit künftigen Enkeln gerechnet. Dann läge es doch nahe, dass diese auch stillschweigend zu Ersatznacherben berufen sein sollten, denn andernfalls würde es an die drei Kinder als gesetzliche Erben der Ehefrau fließen. Das ist angesichts der hier bewusst gewählten Trennungslösung sicher nicht der Wille des Erblassers. Bei derartigen Fallgestaltungen spricht daher mehr für die Anwendung des § 2069 BGB als bei Nacherbeneinsetzungen gemeinsamer Kinder, wo wohl im Zweifel eher vom Vorrang der Vererblichkeit der Nacherbenanwartschaft gemäß § 2110 Abs. 2 BGB auszugehen ist.⁸

3. Kein § 2069 BGB bei Übertragung der Anwartschaft gegen Entgelt?

Interessant ist die Hilfserrückung des Gerichts, nach der die Auslegungsregel des § 2069 BGB nicht anzuwenden sei, wenn ein als Nacherbe eingesetzter Abkömmling aus freien Stücken wegfällt und dafür etwas erhält, etwa dann, wenn er sein Nacherbenanwartschaftsrecht veräußert. Das OLG beruft sich dabei auf ein Urteil des BGH aus dem Jahr 1960.⁹ Danach gilt § 2069 BGB dann nicht, wenn der als Nacherbe berufene Abkömmling gemäß § 2306 Abs. 2 BGB die Nacherbschaft ausschlägt und seinen Pflichtteil verlangt. Denn eine Ersatzberufung der weiteren Abkömmlinge gemäß § 2069 BGB würde bedeuten, dass dieser Stamm erbrechtlich doppelt zum Zuge käme: Dem Erstbedachten stünde der Pflichtteil und außerdem seinen Abkömmlingen das vom Erblasser zunächst ihm zugeordnete Erbe zu. Eine derartige Doppelberücksichtigung stünde im Widerspruch zum Erblasserwillen.¹⁰ Diese Rechtsprechung ist jedoch nicht ohne Weiteres auf die hier vorliegende Fallkonstellation übertragbar. Anders als bei einer Ausschlagung (§ 1953 Abs. 2 BGB) fällt durch die Übertragung der Nacherbenanwartschaft der primär eingesetzte Nacherbe nicht weg. Er überträgt nur die vermögensrechtliche Position des Anwartschaftsrechts; die angeordnete Nacherbfolge ändert sich nicht:¹¹ Dass der Erbschein, falls keine Ersatznacherbfolge angeordnet ist, die Nacherbfolge danach nicht mehr ausweist, ist lediglich eine Folge der durch Konsolidation erloschenen Anwartschaft des Nacherben. Es kommt daher nicht unmittelbar zu einer Doppelbegünstigung des Stammes. Damit der Ersatznacherbe bei Eintritt des Nacherbfales als Erbe zum Zuge kommen kann, müsste der Ersatznacherbfall erst noch durch einen anderen Wegfallgrund, z. B. das Vorversterben des Nacherben, eintreten.¹² Trotzdem spricht der Gedanke der doppelten Begünstigung des Stammes auch in diesem Fall gegen eine Anwendbarkeit des § 2069 BGB.¹³ Dass die Wahrscheinlichkeit der doppelten Begünstigung des Stammes hier sehr

³ Hartmann, ZEV 2007, 107, 109.

⁴ Anders nur, wenn die Ersatzberufung nur für andere Wegfallgründe als den Tod getroffen wurde, vgl. Palandt/Weidlich, § 2108 BGB Rdnr. 6.

⁵ Kollmeyer, ZEV 2020, 690; BayObLG, Beschluss vom 27.5.1970, BReg. 2 Z 16/70, BayObLGZ 1970, 137.

⁶ BGH, Urteil vom 27.9.1995, IV ZR 52/94, ZEV 1995, 453, vgl. dazu teilweise krit. Muscheler, ZEV 2012, 289.

⁷ Diese sind im Erbschein zu benennen: Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 352b Rdnr. 6.

⁸ MünchKomm-BGB//Lieder, 8. Aufl. 2020, § 2102 Rdnr. 11.

⁹ BGH, Urteil vom 29.6.1960, V ZR 64/59, NJW 1960, 1899.

¹⁰ BGH, Urteil vom 29.6.1960, V ZR 64/59, NJW 1960, 1899, 1900.

¹¹ Kollmeyer, ZEV 2020, 690, 691.

¹² Muscheler, ZEV 2012, 289, 292; Kollmeyer, ZEV 2020, 690, 691; im Ergebnis auch BGH, Urteil vom 27.9.1995, IV ZR 52/94, ZEV 1995, 453 m. Anm. Harder.

¹³ A. A. Kollmeyer, ZEV 2020, 690, 691.

viel geringer ist als bei Ausschlagung nach § 2306 Abs. 2 BGB, rechtfertigt meines Erachtens keine abweichende Beurteilung.¹⁴ Denn der primäre Nacherbe hat zwar nicht den Pflichtteil, aber ein Entgelt für die Veräußerung der Anwartschaft erhalten, womit sein Stamm abgefunden sein soll. Die Witwe soll dadurch von Todes wegen frei verfügen können, und zwar auch dann, wenn der Sohn vor ihr verstirbt, sodass dadurch der Ersatznacherbe zum Zuge kommen könnte.

4. Alternative: Freigabe der Eigentumswohnung aus der Nacherbenbindung

Um dem Vorerben ein „sauberes Grundbuch“ auch ohne Ersatznacherbenvermerk für die Eigentumswohnung zu verschaffen, hätte es hier genügt, dass der Nacherbe zugunsten des Vorerben durch eine Vereinbarung lediglich die Immobilie aus der Nacherbenbindung freigibt. Eine Zustimmung der Ersatzerben ist dazu nicht notwendig. Dies ermöglicht die Löschung des Ersatznacherbenvermerks damit auch, wenn der Erblasser ausdrücklich Ersatznacherben bestimmt hat. Die dogmatische Grundlage dieser Gestaltung ist zwar nach wie vor streitig;¹⁵ sie ist aber in der Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt.¹⁶ Aktuell hat allerdings das OLG Düsseldorf die Möglichkeit dieses Vorgehens dahin gehend eingeschränkt, dass diese „einfache“ Freigabe nicht zulässig sei, falls es sich bei der Immobilie um das nahezu gesamte Vorerbenvermögen handele.¹⁷ Aus Gründen des Umgehungsschutzes habe auch ich diese Auffassung vertreten.¹⁸ Praktische Erwägungen sprechen jedoch dagegen, da die Grundbuchämter dann wohl immer einen in grundbuchmäßiger Form schwer zu erbringenden Nachweis verlangen dürften, dass es sich nicht um das nahezu gesamte Vermögen handelt.

14 So wohl auch Palandt/Weidlich, § 2069 Rdnr. 4.

15 Vgl. Hartmann, RNotZ 2020, 148; Neukirchen, RNotZ 2019, 35, 368.

16 Zum Beispiel OLG Hamm, Beschluss vom 21.8.2015, 15 W 319/15, NJW-RR 2016, 392; OLG Stuttgart, Beschluss vom 29.5.2019, 8 W 160/19, MittBayNot 2020, 248 m. Anm. Suttmann.

17 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7.4.2020, I-3 Wx 230/19, ZEV 2020, 550 m. abl. Anm. Weidlich; anders OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 13.8.2019, 8 U 99/18, ZEV 2020, 364, 365 f.

18 DNotZ 2016, 751, 768.

14. Fortwirkung eines gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzichts

OLG Saarbrücken, Urteil vom 12.2.2020, 5 U 59/19

BGB § 2303 Abs. 1 Satz 1, §§ 2311, 2316, 2325 Abs. 1 und 3, § 2329 Abs. 1, § 2346 Abs. 2, § 2347 Abs. 2, § 2348

LEITSATZ:

Zur Fortwirkung eines „gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzichts“, mit dem sich Abkömmlinge gegenüber der Erblasserin hinsichtlich des an ihre weitere Schwester übertragenen elterlichen Hausanwesens gegen Zahlung eines anteiligen Ausgleichsbetrages für abgefunden erklärt haben, wenn das Anwesen später von der Erblasserin zum angenommenen Wert entgeltlich zurückerworben wurde.

SACHVERHALT:

1 I. Die Parteien, Bruder und Schwester, streiten um Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche nach dem Tode der am 28.8.2018 verstorbenen gemeinsamen Mutter, D M A (im Folgenden: Erblasserin). Diese hatte am 10.1.2001 ein notarielles Testament errichtet, mit dem sie den Beklagten zu ihrem alleinigen Erben eingesetzt hatte; zugleich hatte sie alle bisherigen Verfügungen von Todes wegen widerrufen und ihrer vormals zur Alleinerbin eingesetzten Tochter K K den Pflichtteil entzogen (...). Die Erblasserin war verwitwet und hinterließ neben den Parteien drei weitere Abkömmlinge. Ein weiteres von ihr geborenes Kind ist infolge Adoption aus dem Kreise der Pflichtteilsberechtigten ausgeschieden (...). Auf der Grundlage von Auskünften des Beklagten, die sich die Klägerin insoweit zu Eigen gemacht hat, bestand der Nachlass zum Zeitpunkt des Erbfalles aus einem im Grundbuch von B, Blatt (...), Flur XX Nrn. (...) und (...)/X verzeichneten Hausanwesen (...), dessen Verkehrswert zum Stichtag gutachterlich mit 155.000 € ermittelt wurde (...) und über dessen Berücksichtigung bei den Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüchen die Parteien streiten, sowie aus zwei Bankkonten mit Guthaben in Höhe von insgesamt 4.049,36 €. Als Passiva sind jedenfalls Beiträge für ein restliches Hausdarlehen (723,74 €), Gutachterkosten (1.670,77 €) und Beerdigungskosten (6.211,57 €) in Abzug zu bringen (...). Die Erblasserin unterhielt außerdem zwei Lebensversicherungsverträge bei der (...) Lebensversicherung AG, deren Todesfallleistungen sich ausweislich eines Abrechnungsschreibens vom 14.2.2019 (...) zum Zeitpunkt des Erbfalles auf 5.795,73 € und 1.078,57 € beliefen und die aufgrund eines entsprechenden Bezugsrechts jeweils unmittelbar an den Beklagten als Begünstigten ausbezahlt wurden.

2 In Ansehung des vorbezeichneten Hausanwesens hatte die Erblasserin mit ihrer Tochter K K im Jahre 1987 zunächst einen notariellen Erbvertrag abgeschlossen (UR Nr. [...] / [...] des Notars F J Sch, L), der am 30.1.1992 von den Beteiligten vollumfänglich aufgehoben wurde (UR. Nr. [...] / [...] des Notars F J Sch). Ebenfalls am 30.1.1992 ließen die Erblasserin, ihre Tochter K, der Beklagte sowie die weiteren Kindern A und H einen „gegenständlich beschränkten Erb- und Pflichtteilsverzicht“ beurkunden (UR Nr. 146/1992 des Notars F J Sch). Unter Bezugnahme auf eine notarielle Urkunde Nr. 145/1992 vom selben Tage, in der die Erblasserin ihrer Tochter K das vorbezeichnete Hausanwesen übertragen und diese sich zugleich verpflichtet hatte, zum Ausgleich für die vorstehende Übertragung an ihre Geschwister A, H und den Beklagten jeweils einen Betrag von 20.000 DM herauszuzahlen, erklärten diese – wörtlich – Folgendes:

„Für den Fall, dass wir von unserer Schwester die uns aus der vorgenannten Urkunde zustehenden Auszahlungsbeträge von jeweils 20.000 DM (...) erhalten haben, erklären wir uns hiermit hinsichtlich des an unsere Schwester im vorgenannten Vertrag übertragenen elterlichen Hausanwesens für abgefunden und

verpflichten uns hiermit, diesbezüglich keinerlei weiteren Ansprüche mehr geltend zu machen, insbesondere soweit es sich um Pflichtteils- oder Pflichtteilsergänzungsansprüche handelt.“

3 Im Zuge eines von der Tochter K K und deren Ehemann gegen die Erblasserin geführten Rechtsstreites – 14 O 108/95, LG Saarbrücken – schlossen die Beteiligten am 30.7.1997 einen Vergleich, in dem u. a.

„die Rückübertragung des Hausanwesens (...) lastenfrei Zug um Zug gegen Zahlung eines Betrages in Höhe von 100.000 €“

vereinbart wurde (...). Mit notarieller Urkunde vom 7.8.1997 (UR Nr. [...] / [...] des Notars Dr. K K, L) schlossen die Parteien in Erfüllung dieses Vergleiches einen „Übertragungsvertrag“, mit dem der vorbezeichnete Grundbesitz gegen Zahlung eines Betrages i. H. v. 100.000 DM auf die Erblasserin übertragen wurde (...). Die von der Klägerin in Erfüllung des „gegenständlich beschränkten Erb- und Pflichtteilsverzichts“ vom 30.1.1992 an ihre drei Geschwister ausbezahlten Beträge in Höhe von jeweils 20.000 DM verblieben bei ihrem jeweiligen Empfänger.

4 Mit der am 21.11.2018 zum LG Saarbrücken erhobenen Stufenklage hat die Klägerin den Beklagten – nach einvernehmlicher Erledigung der Auskunftsstufe und anschließender Bezifferung – zuletzt auf Auszahlung des Pflichtteils in Höhe von 15.044,33 € sowie eines Pflichtteilsergänzungsanspruchs in Höhe weiterer 687,43 € zzgl. Prozesszinsen in Anspruch genommen (...). Sie hat gemeint, der – zuletzt übereinstimmend angegebene – Wert des im Nachlass befindlichen Hausanwesens von 155.000 € müsse auch bei der Berechnung der Ansprüche berücksichtigt werden, weil sich der im Jahre 1992 erklärte Pflichtteilsverzicht lediglich auf die damals vereinbarte Schenkung des Hausanwesens an die Tochter K K bezogen habe, während die Erblasserin das nunmehr im Nachlass vorhandene Anwesen erst im Jahre 1997 käuflich erworben und die Finanzierungsraten aus ihrem Vermögen erbracht habe. Weitere von dem Beklagten eingewandte Beerdigungskosten seien vom Nachlasswert nicht in Abzug zu bringen. Entsprechendes gelte für eine schon vor dem Erbfall von dem Zeugen A A regulierte Dachdeckerrechnung, wegen der kein Anspruch des Zeugen gegen die Erblasserin bestanden habe. Hinsichtlich der vom Beklagten aufgrund schenkweiser Zuwendung vereinnahmten Todesfalleistungen aus den beiden Lebensversicherungen bestehe ein Pflichtteilsergänzungsanspruch in Höhe von $\frac{1}{10}$ der – unstrittig – an den Beklagten ausgezahlten Beträge.

5 Der Beklagte ist der Klage entgegengetreten mit dem Hinweis, die Erblasserin habe das Hausanwesen nicht „zurückgekauft“, sondern es sei lediglich eine Rückübertragung gegen Rückzahlung der von der Tochter K K für den Pflichtteilsverzicht an die Geschwister ausgezahlten Geldbeträge erfolgt. Der Pflichtteilsverzicht sei weder widerrufen noch sonst aufgehoben worden; auch sei die Verstorbene bis zuletzt davon ausgegangen, dass das Hausanwesen aus der Pflichtteilsberechnung ausgeschlossen sei. Auf der Passivseite seien weitere Beerdigungskosten für ein Trauerbild (42,50 €), eine aus Anlass der Trauerfeier von der Klägerin konsumierte Tasse Kaffee (4,80 €), die Kosten für „Unterhaltungsarbeiten“ gemäß Bescheid der Gemeinde Sch (1.872 € [...]) sowie Grabsteinkosten gemäß Rechnung der Firma H. (2.490 € [...]) zu berücksichtigen. Dasselbe gelte für den Betrag in Höhe von 3.100,65 € aus einer Dachdeckerrechnung vom 16.7.2018 (...), den der Bruder A für die Erblasserin ausgelegt habe. Der Beklagte habe die pflegerische Betreuung der Erblasserin an sieben Tagen der Woche über zehn Stunden sichergestellt, wodurch sich gemäß §§ 2316, 2057a BGB eine Erhöhung seiner Anteile um mindestens 25 % rechtfertige (...). Ohnehin wäre der von der Klägerin vereinnahmte Betrag i. H. v. 20.000 DM auf einen etwaigen Pflichtteil anzurechnen.

6 Mit dem zur Berufung angefallenen Urteil (...) hat das LG Saarbrücken die Klage abgewiesen. Da die Klägerin hinsichtlich des im Nachlass befindlichen Hausgrundstücks einen gegenständlich beschränkten Erb- und Pflichtteilsverzicht erklärt habe, müsse dessen Wert bei der Berechnung des Pflichtteils außer Betracht bleiben. Danach sei der Nachlass überschuldet, weshalb auch unter Berücksichtigung

der Zuwendung der Bezugsrechte aus den beiden Lebensversicherungsverträgen keine Pflichtteils- oder Pflichtteilsergänzungsansprüche der Klägerin in Betracht kämen.

7 Mit ihrer gegen dieses Urteil eingelegten Berufung verfolgt die Klägerin ihr Zahlungsbegehren weiter. Sie meint, der Wert des Hausgrundstückes sei unbeschadet des im Jahre 1992 vereinbarten Verzichts bei der Berechnung der Pflichtteilsansprüche zu berücksichtigen, weil der im Rahmen einer Grundstücksüberlassung erklärte Pflichtteilsverzicht weichender Geschwister zugunsten der damaligen Alleinerbin auflösend bedingt durch die Rückübertragung des Grundstücks gewesen sei und die Erblasserin die Immobilie später zum Kaufpreis von 100.000 DM zurück erhalten habe; eine solche Bedingung könne auch stillschweigend vereinbart werden und sei hier durch die vergleichsweise Rückübertragung des Hausanwesens im Jahre 1997 verwirkt worden. Die Erblasserin sei zum Widerruf der Schenkung wegen groben Undanks berechtigt gewesen, dadurch sei es nicht mehr die seinerzeit vom Pflichtteilsverzicht begünstigte Schwester K, sondern der Beklagte, der als Erbe den Pflichtteilsanspruch zu erfüllen habe. Auch die Dachdeckerrechnung in Höhe von 3.100,65 € habe das LG zu Unrecht berücksichtigt, obschon die Klägerin die behauptete Forderung des Zeugen A bestritten habe.

8 Die Klägerin beantragt (...):

Unter Aufhebung des am 14.6.2019 verkündeten Urteils des LG Saarbrücken, 16 O 164/18, wird der Beklagte verurteilt, an die Klägerin einen Pflichtteil in Höhe von 15.044,33 € und Pflichtteilsergänzung in Höhe von 687,43 € nebst Zinsen aus dem sich hieraus ergebenden Gesamtbetrag in Höhe von 15.731,76 € in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nach BGB seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

9 Der Beklagte beantragt (...),

die Berufung zurückzuweisen.

10 Sie verteidigt das angefochtene Urteil.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

12 II. Die gemäß §§ 511, 513, 517, 519 und 520 ZPO zulässige Berufung der Klägerin bleibt in der Sache ohne Erfolg. Das angefochtene Urteil beruht weder auf einer Rechtsverletzung noch rechtfertigen die gemäß § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere, der Klägerin günstigere Entscheidung. Das LG hat die geltend gemachten Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche zu Recht für unbegründet erachtet.

13 1. Die Klägerin hat gegen den Beklagten keinen Pflichtteilsanspruch aus § 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB. Das LG hat zu Recht angenommen, dass der Nachlass im – insoweit maßgeblichen – Zeitpunkt des Erbfalls (§ 2311 BGB) überschuldet war.

14 a) § 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB bestimmt zugunsten des Abkömmlings des Erblassers, der durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen ist, dass dieser von dem Erben den Pflichtteil verlangen kann. Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Klägerin ist eine Tochter der am 28.8.2018 verstorbenen Erblasserin; sie ist durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen, nachdem der Beklagte mit notariellem Testament vom 10.1.2001 (UR Nr. XX[...] des Notars Dr. K Sch, L, [...]) zum alleinigen Erben der Erblasserin eingesetzt worden ist. Dem Umfang nach besteht der Pflichtteil grundsätzlich in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils (§ 2303 Abs. 1 Satz 2 BGB). Er belief sich danach vorliegend auf $\frac{1}{10}$ des Nachlasses, da neben den

Parteien des Rechtsstreits noch drei erbberechtigte Abkömmlinge der Erblasserin existieren – eine weitere Tochter wurde, wie zuletzt unstrittig geworden ist, durch eine Tante adoptiert, wodurch das Verwandtschaftsverhältnis zur Erblasserin erloschen ist, vgl. § 1755 Abs. 1 Satz 1, § 1756 Abs. 1 BGB –, der Ehemann der Erblasserin vorverstorben war und sich folglich der Erbteil der Klägerin im Falle der gesetzlichen Erbfolge auf $\frac{1}{5}$ belief (§ 1924 BGB).

15 b) Gleichwohl scheiden Pflichtteilsansprüche der Klägerin vorliegend aus. Denn der Wert des Nachlasses ist negativ; er belief sich im Zeitpunkt des Erbfalles nach Abzug der berücksichtigungsfähigen Verbindlichkeiten auf -11.463,67 €.

16 aa) Die in die Ermittlung des Nachlasswertes (§ 2311 BGB) einzustellenden Vermögenswerte (Aktiva) beliefen sich zum Stichtag auf 4.049,36 €. Unstrittig war die Erblasserin Inhaberin von zwei Bankkonten, die zum Zeitpunkt des Erbfalles in Höhe dieses Gesamtbetrages valutierten. Auf das im Eigentum der Erblasserin stehende Hausanwesen, dessen Wert zum Zeitpunkt des Erbfalles die Parteien auf der Grundlage eines Gutachtens zuletzt übereinstimmend mit 155.000 € angegeben haben, hat das LG dagegen zu Recht den von der Klägerin im Jahre 1992 notariell erklärten – gegenständlich beschränkten – Verzicht auf Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche zur Anwendung gebracht mit der Folge, dass dieser Gegenstand jetzt bei der Bemessung des Aktivnachlasses nicht mehr zu berücksichtigen war.

17 (1) Die Klägerin hat – ebenso wie zwei weitere Miterben, darunter der Beklagte – in Ansehung des streitgegenständlichen Hausanwesens mit der Erblasserin einen gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzicht vereinbart. Sie hat ausweislich notarieller Urkunde vom 30.1.1992 (...) erklärt, dass sie sich nach Erhalt eines Auszahlungsbetrages von 20.000 DM durch ihre Schwester K „hinsichtlich des an unsere Schwester im vorgenannten Vertrag übertragenen elterlichen Hausanwesens für abgefunden“ erachte und sich verpflichte, „diesbezüglich keinerlei weiteren Ansprüche mehr geltend zu machen, insbesondere soweit es sich um Pflichtteils- oder Pflichtteilsergänzungsansprüche handelt“. Ein solcher gegenständlich beschränkter Pflichtteilsverzicht eines Erben mit der Folge, dass bestimmte Gegenstände – hier: das in der Urkunde benannte Hausanwesen – bei der Nachlassbewertung zum Zwecke der Anspruchsberechnung außer Betracht bleiben, wird allgemein für zulässig erachtet (vgl. Staudinger/Schotten, Neub. 2016, § 2346 Rdnr. 48; MünchKomm-BGB/Wegerhoff, 8. Aufl., § 2346 Rdnr. 21 f.; vgl. auch RG, Urteil vom 6.5.1909, IV 475/08, RGZ 71, 133). Denn gemäß § 2346 Abs. 1 BGB können Verwandte sowie der Ehegatte des Erblassers durch Vertrag mit dem Erblasser auf ihr gesetzliches Erbrecht verzichten mit der Folge, dass der Verzichtende von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen ist, wie wenn er zur Zeit des Erbfalles nicht mehr lebte und dann auch kein Pflichtteilsrecht hat, und gemäß § 2346 Abs. 2 BGB kann der Verzicht auch auf das Pflichtteilsrecht beschränkt werden. Da der Pflichtteilsanspruch in einer Geldforderung besteht (§ 2303 Abs. 1 Satz 2), ist ein beschränkter Verzicht in jeder Weise möglich, die mit dem Charakter einer Geldforderung zu vereinbaren ist (MünchKomm-BGB/Wegerhoff, § 2346 Rdnr. 22; Fette, NJW 1970, 743; Coing, JZ 1960, 209, 211). Werden

Pflichtteilsverzichte – wie hier – anlässlich einer vorweggenommenen Erbfolge erklärt, ist dies in der Regel unproblematisch, weil durch die Zuwendung selbst der Umfang des Verzichts festgelegt ist und auch keine zukünftigen Veränderungen hinsichtlich ihrer Auswirkungen auf den Umfang und die Reichweite des Pflichtteilsrechts zu beachten sind (Mayer, ZEV 2000, 263, 264; Fette, NJW 1970, 743 f.).

18 (2) Zu Recht hat das LG diesen Pflichtteilsverzicht für wirksam erachtet und ihm auch unter Berücksichtigung der späteren Entwicklung nicht seine Rechtswirkungen abgesprochen. Aus der notariellen Urkunde vom 30.1.1992 folgt, dass die Beteiligten den auf das Hausanwesen beschränkten Verzicht unter die Voraussetzung gestellt haben, dass die Klägerin, ebenso wie die weiteren Verzichtenden, im Gegenzug von ihrer Schwester einen Geldbetrag i. H. v. 20.000 DM ausbezahlt erhalten. Diese Voraussetzung ist hier unstrittig erfüllt worden; sie beinhaltete bei wirtschaftlicher Betrachtung eine vorweggenommene Erbauseinandersetzung in Ansehung des betroffenen Gegenstandes unter den daran beteiligten Miterben. Insoweit hat die Klägerin den rechnerisch ihr gebührenden Anteil auf der Grundlage des von den Beteiligten damals angenommenen Wertes im Wege der abgekürzten Zahlung unmittelbar von ihrer Schwester K ausbezahlt erhalten; dadurch wurde die Vereinbarung vollzogen. Diese Vereinbarung ist in der Folgezeit nicht rückgängig gemacht worden; auch der Betrag wurde seitens der Klägerin – unstrittig – nicht zurückgezahlt. Der spätere Rückkauf des Anwesens durch die Erblasserin gegen Zahlung von 100.000 DM an die Schwester hat daran ebenfalls nichts geändert, weil hiernach sowohl der von den Parteien angenommene Gegenwert des Hausanwesens, den die Erblasserin an ihre Tochter K gezahlt hat, als auch der rechnerische Anteil der Klägerin hieraus mangels Rückzahlung jeweils bei der jeweiligen Begünstigten verblieben ist. Da die Erblasserin das Hausanwesen entgeltlich zurückerworben hat und die wirtschaftlichen Grundlagen der darauf bezogenen Teilauseinandersetzung nicht entfallen sind, kommt es auf die Motive, die sie zu diesem Schritt veranlassten, nicht an. Dass die weiteren gesetzlichen Voraussetzungen eines wirksamen Pflichtteilsverzichts (§§ 2346 ff. BGB), insbesondere die vertragsmäßige Vereinbarung unter persönlicher Beteiligung des Erblassers (§ 2347 Abs. 2 BGB) sowie die Beachtung der vorgeschriebenen Form (§ 2348 BGB) eingehalten wurden, steht ebenfalls außer Frage.

19 (3) Vergeblich beruft sich die Klägerin mit der Berufung darauf, der Pflichtteilsverzicht habe hier unter der auflösenden Bedingung einer Rückübertragung des Hausanwesens an die Erblasserin gestanden, die verwirkt worden sei. Das trifft nicht zu:

20 (a) Die Vereinbarung eines Pflichtteilsverzichts unter einer auflösenden Bedingung wird zwar allgemein als zulässig erachtet, weil dies es ermöglicht, auf spätere Veränderungen zu reagieren; allerdings muss eine solche auflösende Bedingung auch tatsächlich – ausdrücklich oder stillschweigend – vereinbart worden sein (§§ 133, 157 BGB; vgl. OLG München, FamRZ 2015, 961; BayObLGZ 1957, 292; MünchKomm-BGB/Wegerhoff, § 2346 Rdnr. 12; Hermanns, MittRhNotK 1997, 149, 160). Insoweit entspricht es allgemeinen Grundsätzen, dass derjenige, der sich – wie hier die Klägerin – auf

die Rechtswirkungen einer auflösenden Bedingung beruft, ihre Vereinbarung sowie ihren Eintritt beweisen muss, weshalb diesbezügliche Zweifel hier zulasten der Klägerin gehen (vgl. BGH, Urteil vom 27.4.1966, I b ZR 50/64, MDR 1966, 571; Urteil vom 25.11.1999, IX ZR 40/98, NJW 2000, 362). Davon, dass eine auflösende Bedingung vereinbart worden wäre, kann hier bei sachgerechter Auslegung der vertraglichen Abreden der Beteiligten nicht ausgegangen werden. Wie das LG richtig ausführt, finden sich keine Hinweise auf eine solche Vereinbarung. Eine ausdrückliche Abrede dieses Inhaltes enthält der Vertrag ohnehin nicht. Die schlichte Bezugnahme auf das mittels gesonderter Urkunde an die Tochter K K übertragene Hausanwesen, die ersichtlich nur der zwecks Bestimmtheit notwendigen Beschreibung des Gegenstandes diene, genügt auch nicht für die Annahme, Solches sei hier konkludent gewollt gewesen, ebenso wenig wie der auch schon vom LG berücksichtigte Umstand, dass die Parteien des Verzichts damals davon ausgingen, ihre Schwester werde im Rahmen der von ihnen vereinbarten gegenständlich beschränkten Auseinandersetzung das Eigentum an dem Hausanwesen erhalten. Da die Möglichkeit späterer Veränderungen dem Rechtsgeschäft innewohnte und es den Parteien frei stand, dies durch vertragliche Abreden zu regeln (vgl. zu den Möglichkeiten vertraglicher Vorsorge *Hermanns*, MittRhNotK 1997, 149, 160; *Mayer*, ZEV 2000, 263, 264 f.), dürfen diesbezüglich fehlende Vereinbarungen nicht leichtfertig mittels Auslegung in den Vertrag hineingelesen werden. Vielmehr bedarf es auch mit Blick auf die vorbeschriebene Beweislastverteilung schon erheblicher Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien stillschweigend ihr Geschäft unter die auflösende Bedingung des Eintritts eines bestimmten späteren Ereignisses stellen wollten, wofür hier jedoch, wie das LG zutreffend ausführt, gar nichts ersichtlich ist. Weder die Umstände des Vertragsschlusses noch Sinn und Zweck der getroffenen Abreden gebieten die Annahme, dass die am Erbverzicht Beteiligten – konkret: die Erblasserin einerseits und ihre Kinder andererseits – den Fortbestand der Vereinbarung davon abhängig machen wollten, dass allein der körperliche Gegenstand des Verzichts – das Hausanwesen – auf Dauer im Eigentum der seinerzeit in Aussicht genommenen Begünstigten verbleibt. Vielmehr liegt es gerade auch mit Blick auf den Charakter der Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche als Geldforderung mindestens genauso nahe, dass aus ihrer Sicht in erster Linie die Fortdauer der wirtschaftlichen Auswirkungen des Rechtsgeschäfts entscheidend sein sollte, die hier jedoch – wie bereits ausgeführt – weiterhin gegeben ist.

21 (bb) Vergeblich bezieht sich die Klägerin mit ihrer Berufung auf eine Entscheidung des OLG München vom 14.5.2014 (FamRZ 2015, 961). Dort wurde die Annahme eines stillschweigend auflösend bedingten Pflichtteilsverzichts maßgeblich darauf gestützt, dass der Übertragungsvertrag, der als Gegenleistung für die Überlassung des Hausanwesens der Erblasserin eine persönliche Verpflichtung des Bedachten zur Versorgung und Pflege der Erblasserin vorsah, bei Versterben des Bedachten eine Rückübertragungsverpflichtung an die Erblasserin enthielt, die verwirkt worden war. Diese Auslegung ließ sich damit rechtfertigen, dass durch den Tod des Bedachten die als Gegenleistung vereinbarte persönliche Betreuung und Pflege der Erblasserin durch den Bedachten und damit

der wesentliche Grund für den Pflichtteilsverzicht der anderen Miterben entfallen war (OLG München, FamRZ 2015, 961). Durch die Rückabwicklung fiel der dortige Vertragsgegenstand mit seinem gesamten Wert vollumfänglich in das Vermögen der Erblasserin zurück. Der vorliegende Fall einer vorweggenommenen, auf einen bestimmten Vertragsgegenstand beschränkten Auseinandersetzung unter Miterben kann dem nicht gleichgesetzt werden. Anders als dort, ist der wirtschaftliche Wert des Vertragsgegenstandes hier mit seiner Übertragung auf die Tochter K K dauerhaft aus dem Erblasservermögen ausgeschieden und auch danach, unbeschadet des späteren (entgeltlichen) Rückkaufes durch die Erblasserin gemäß notarieller Urkunde vom 7.8.1997, nicht mehr dorthin zurückgelangt. Da die Weggabe des Grundstücks vielmehr wirtschaftlich fortwirkte, kommt es, entgegen der Klägerin, auch nicht entscheidend auf die Motive an, die die Erblasserin zum Rückkauf bewegt haben mögen, weshalb ihr Hinweis auf einen – vermeintlichen – Schenkungswiderruf wegen groben Undankes ebenfalls keine abweichende Betrachtung rechtfertigt. Für die Annahme, mit dem Rückkauf des Vertragsgegenstandes durch die Erblasserin sei eine stillschweigend vereinbarte auflösende Bedingung des gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzichts verwirkt worden, fehlt deshalb auch vor diesem Hintergrund jeder Anhalt.

22 bb) Zu den von diesem Aktivnachlass von mithin 4.049,36 € in Abzug zu bringenden Passiva sind die im Zeitpunkt des Erbfalls entstandenen Nachlassverbindlichkeiten zu zählen sowie darüber hinaus diejenigen Verbindlichkeiten, die – wie Erblasser- und Erbfallsschulden – zu diesem Zeitpunkt bereits angelegt waren (MünchKomm-BGB/*Lange*, § 2311 Rdnr. 15; Palandt/*Weidlich*, 78. Aufl., § 2311 Rdnr. 3 ff.). Diese summieren sich vorliegend auf einen Betrag in Höhe von 15.513,03 €:

23 (1) Auf der Grundlage der von dem Beklagten erteilten Auskünfte hat die Klägerin als Verbindlichkeiten zulasten des Nachlasses Beträge in Höhe von insgesamt 8.003,08 € anerkannt. Dies betrifft im Einzelnen die Beträge für das restliche Hausdarlehen in Höhe von 723,74 €, Gutachterkosten in Höhe von 1.670,77 € sowie jedenfalls anteilige Beerdigungskosten in Höhe von 6.211,57 €.

24 (2) Auch die weiteren vom Beklagten eingewandten Beerdigungskosten, die am Stichtag bereits als Verbindlichkeiten angelegt waren, sind entgegen der Auffassung der Klägerin in voller Höhe zu berücksichtigen. Allgemein gehen Beerdigungskosten, die der Erbe zu tragen hat (§ 1968 BGB), zulasten des Nachlasses (Palandt/*Weidlich*, § 2311 Rdnr. 4). Sie erfassen den Aufwand, der der Lebensstellung des Erblassers angemessen ist, unter anderem die Kosten für die Todesanzeige und für eine übliche Feier, zu der auch der Blumenschmuck gehört (OLG München, NJW-Spezial 2011, 391; Palandt/*Weidlich*, § 1968 Rdnr. 2). Darunter fallen über das unbedingt Notwendige hinaus die Kosten für alles das, was nach den in den Kreisen des Erblassers herrschenden Auffassungen und Gebräuchen zu einer würdigen und angemessenen Bestattung gehört (Senat, Urteil vom 15.7.2009, 5 U 472/08, FamRZ 2010, 1192; Palandt/*Weidlich*, § 1968 Rdnr. 2). Das erfasst im vorliegenden Fall auch die Aufwendungen für ein Trauerbild (42,50 € [...]), die die Klägerin zuletzt ohnehin nicht mehr substantiell in Abrede gestellt hat (...), so-

wie für zwei nach den vorgelegten Unterlagen ersichtlich aus Anlass der Trauerfeier in Rechnung gestellte Tassen Kaffee (4,80 € [...]), mögen diese von der Klägerin oder von anderen Trauergästen konsumiert worden sein. Abzugsfähig sind schließlich auch die weiteren Kosten für die Anfertigung eines Grabsteins gemäß Rechnung der Firma H. vom 21.3.2019 (2.490 € [...]), die unter Berücksichtigung aller Umstände noch nicht übersetzt erscheinen, sowie die mit Bescheid der Gemeinde Sch vom 4.9.2018 berechnete „Pauschale für Unterhaltungsarbeiten“ in Höhe von 1.872 € (...) als Teil der durch die Bestattung veranlassten öffentlichrechtlichen Gebühren (vgl. Senat, Urteil vom 15.7.2009, 5 U 472/08, FamRZ 2010, 1192).

25 (3) Zu Recht hat das LG auf der Passivseite auch eine Forderung des Zeugen A gegen den Nachlass aus §§ 677, 683, 670 BGB in Höhe von 3.100,65 € aus der Begleichung einer Dachdeckerrechnung in Ansatz gebracht; dass dieser selbst die Rechnung zum Stichtag bereits ausgeglichen hatte, ist entgegen der Auffassung der Klägerin unerheblich. Dass Arbeiten, wie sie in der Rechnung vom 16.7.2018 (...) ausgewiesen sind, am Hausanwesen der Erblasserin erbracht wurden, hat die Klägerin nicht in Abrede gestellt. Unstreitig ist auch, dass die Rechnung durch den Zeugen A bezahlt wurde (...). Der schon erstinstanzlich erhobene Einwand der Klägerin, es fehle insoweit an einer entsprechenden Einigung der Erblasserin mit dem Zeugen, der als Mitbewohner die Arbeiten im eigenen Interesse in Auftrag gegeben und diese dementsprechend selbst bezahlt habe, geht indessen fehl. Soweit der Zeuge nicht schon aufgrund eines rechtsgeschäftlichen Auftrages (§ 662 BGB) der Erblasserin gehandelt haben sollte, lag in der Vergütung von Arbeiten, die der Wiederherstellung der Dachrinnenfunktion dienten und damit ersichtlich Erhaltungsmaßnahmen an der Gebäudesubstanz darstellten, eine berechnete Geschäftsführung ohne Auftrag dieses Zeugen (§ 677 BGB). Da die Arbeiten das im Eigentum der Erblasserin stehende Hausanwesen betrafen, stellte sich dies für den Zeugen, unbeschadet der zu Protokoll des Senats in Abrede gestellten Behauptung, auch er habe in dem Anwesen gewohnt, als – zumindest auch – fremdes Geschäft dar; dass eine dahin gehende Verpflichtung des Zeugen bestanden hätte, ist nicht dargelegt oder erkennbar (vgl. BGH, Urteil vom 27.5.2009, VIII ZR 302/07, BGHZ 181, 188). Den infolgedessen zu seinen Gunsten vermuteten Fremdgeschäftsführungswillen (vgl. BGH, Urteil vom 2.11.2006, III ZR 274/05, NJW 2007, 63) hat die Klägerin nicht widerlegt; ihr Berufungsvorbringen, das eine Verkennung der Beweislast durch das LG und eine infolgedessen unterlassene Beweisaufnahme beanstandet, geht deshalb an der Sache vorbei. Vielmehr steht unwiderlegt fest, dass dem Zeugen in Ansehung der von ihm verauslagten Beträge ein Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen gegen den Nachlass zusteht, der zum Zeitpunkt des Erbfalls unstreitig nicht beglichen war und der daher als Passivposten in die Berechnung des Nachlassvermögens einzustellen ist.

26 cc) Ausgehend von einem Aktivvermögen in Höhe von 4.049,36 € und abzugsfähigen Verbindlichkeiten in Höhe von 15.513,03 € belief sich der gemäß § 2311 BGB für die Berechnung des Pflichtteilsanspruchs maßgebliche Wert des Nachlasses zum Stichtag mithin auf -11.463,67 €. Der Nachlass war mithin schon zu diesem Zeitpunkt objektiv überschul-

det, sodass ein Pflichtteilsanspruch der Klägerin von vornherein nicht entstanden ist (OLG Stuttgart, NJW-RR 1989, 1283; MünchKomm-BGB/Lange, § 2311 Rdnr. 15).

27 2. Der von der Klägerin weiterhin geltend gemachte Pflichtteilsergänzungsanspruch aus § 2325 Abs. 1 BGB in Höhe von 687,43 € besteht ebenfalls nicht.

28 a) Gemäß § 2325 Abs. 1 BGB kann der Pflichtteilsberechtigte für den Fall, dass der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht hat, als Ergänzung des Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlass hinzugerechnet wird. Dieser Anspruch setzt voraus, dass der Erblasser eine Schenkung im Sinne von § 516 BGB gemacht hat, d. h. eine Zuwendung, die ihren Empfänger aus dem Vermögen des Gebers bereichert und bei der beide Teile darüber einig sind, dass sie unentgeltlich erfolgt (BGH, Urteil vom 14.3.2018, IV ZR 170/16, NJW 2018, 1475). Eine ergänzungspflichtige Schenkung kann danach angenommen werden, wenn der ohne wirtschaftlichen Gegenwert erfolgte Vermögensabfluss beim Erblasser zu einer materiellrechtlichen, dauerhaften und nicht nur vorübergehenden oder formalen Vermögensmehrung des Empfängers geführt hat (BGH, a. a. O.; vgl. BGH, Urteil vom 10.12.2003, IV ZR 249/02, BGHZ 157, 178). Darlegungs- und beweisbelastet für diese tatsächlichen Voraussetzungen ist der Pflichtteilsberechtigte: Diesem obliegt insbesondere der Nachweis, dass ein bestimmter Gegenstand zum Nachlass gehörte und dass dieser unentgeltlich auf einen Dritten übertragen wurde (BGH, Urteil vom 27.5.1981, IVa ZR 132/80, NJW 1981, 2458; Urteil vom 17.1.1996, IV ZR 214/94, NJW-RR 1996, 705; MünchKomm-BGB/Lange, § 2325 Rdnr. 44).

29 b) Im Streitfall hat das LG zu Recht angenommen, dass die Erblasserin dem Beklagten die Bezugsrechte aus den beiden Lebensversicherungsverträgen bei der (...) Lebensversicherung AG schenkweise zugewandt hat und dass deshalb die an den Beklagten ausgekehrten Todesfalleistungen grundsätzlich der Pflichtteilsergänzung unterliegen.

30 aa) Der Beklagte hat erstinstanzlich vorgetragen, schon von längerer Zeit als Bezugsberechtigter der beiden Versicherungsverträge eingesetzt worden zu sein (...). Aus dem Abrechnungsschreiben des Versicherers vom 4. Oktober 2018 folgt hierzu, dass die Verstorbene zu Lebzeiten ein namentliches Bezugsrecht zu seinen Gunsten ausgesprochen hatte (...). Dabei ist – mangels abweichender Behauptung – schon kraft gesetzlicher Vermutung (vgl. § 159 Abs. 1 VVG; Prölss/Martin/Schneider, VVG, 30. Aufl., § 159 Rdnr. 2) davon auszugehen, dass die Einsetzung widerruflich erfolgte; dies bewirkt, dass im Verhältnis zum Versicherer mit dem Tode der Erblasserin ein Anspruch auf die Versicherungssumme unmittelbar in der Person des Beklagten entstanden ist mit der Folge, dass die Versicherungsleistung nicht in den Nachlass gefallen ist, sondern unmittelbar von ihm erworben wurde (§ 159 Abs. 2 VVG). Dem lag – im Verhältnis zwischen der Erblasserin und dem Beklagten – auch eine Schenkung im Sinne des § 516 Abs. 1 BGB zugrunde. Da der Abschluss eines Lebensversicherungsvertrages mit Bezugsberechtigung einen Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) darstellt, müssen zwei Rechtsverhältnisse, das Deckungsverhältnis zwischen Versicherungsnehmer (= Erblasser) und Versicherer und das Valutaverhältnis

zwischen Versicherungsnehmer (= Erblasser) und Begünstigtem (= Beklagter), voneinander unterschieden werden; ausschließlich letzteres bestimmt darüber, ob und aus welchem Grunde der Begünstigte im Verhältnis zu den Erben das aus dem Bezugsrecht Erlangte auf Dauer behalten darf (vgl. BGH, Urteil vom 22.7.2015, IV ZR 437/14, VersR 2015, 1148; Prölss/Martin/Schneider, VVG, § 159 Rdnr. 26). Wie das LG zu Recht ausführt, bestehen im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte dafür, dass vonseiten des Beklagten Gegenleistungen für die Einräumung der beiden Bezugsrechte erbracht wurden. Eine Einigung über die (zumindest teilweise) Unentgeltlichkeit einer Zuwendung wird jedoch schon dann vermutet, wenn zwischen den Leistungen der einen und der anderen Seite objektiv ein auffälliges, grobes Missverhältnis besteht, das den Vertragsschließenden nicht verborgen geblieben sein kann (BGH, Urteil vom 17.4.2002, IV ZR 259/01, FamRZ 2002, 883; Versäumnisurteil vom 25.11.2009, XII ZR 92/06, BGHZ 183, 242). Dafür, dass dies hier ausnahmsweise anders sein könnte oder dass es sich um eine – nicht ergänzungspflichtige – Pflicht- oder Anstandsschenkung handeln könnte, wurde nichts dargetan.

31 bb) Der Wert der beiden Bezugsrechte ist nach Maßgabe der jüngeren Rechtsprechung des BGH (vgl. BGH, Urteil vom 28.4.2010, IV ZR 73/08, BGHZ 185, 252; Urteil vom 28.4.2010, IV ZR 230/08, VersR 2010, 1067) mit den an den Beklagten ausgekehrten Geldbeträgen – 5.795,73 € und 1.078,57 € – zu bewerten. Wendet der Erblasser die Todesfallleistung aus einem von ihm auf sein eigenes Leben abgeschlossenen Lebensversicherungsvertrag einem Dritten über ein widerrufliches Bezugsrecht schenkweise zu, so berechnet sich ein Pflichtteilergänzungsanspruch weder nach der Versicherungsleistung noch nach der Summe der vom Erblasser gezahlten Prämien (so noch RG, Urteil vom 25.3.1930, VII 440/29, RGZ 128, 187; BGH, Urteil vom 14.7.1952, IV ZR 74/52, BGHZ 7, 134). Es kommt vielmehr allein auf den Wert an, den der Erblasser aus den Rechten seiner Lebensversicherung in der letzten – juristischen – Sekunde seines Lebens nach objektiven Kriterien für sein Vermögen hätte umsetzen können (BGH, Urteil vom 28.4.2010, IV ZR 73/08, BGHZ 185, 252; Urteil vom 28.4.2010, IV ZR 230/08, VersR 2010, 1067). Da die Schenkung bei einer – wie hier – widerruflichen Begünstigung erst mit dem Erbfall vollzogen wird (§ 159 Abs. 2 VVG), ist sie überdies auch unter Berücksichtigung der Abschmelzungsregelung des § 2325 Abs. 3 BGB mit dem vollen Wert der beiden Todesfallleistungen anzusetzen.

32 c) Jedoch führt die Berücksichtigung der Beträge aus den beiden Todesfallleistungen vorliegend nicht zu einem Pflichtteilergänzungsanspruch der Klägerin. Denn gemäß § 2325 Abs. 1 BGB ist die Pflichtteilergänzung dergestalt vorzunehmen, dass der Pflichtteilsberechtigte den Betrag verlangen kann, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand dem Nachlass hinzugerechnet wird. Maßgebend ist damit der Wert des sog. fiktiven Nachlasses, der sich aus der Zusammenrechnung von realem Nachlass und dem Wert des Geschenks ergibt; nur soweit dieser dann einen aktiven Wert aufweist, kann der Berechtigte den Betrag verlangen, um den sich sein ordentlicher Pflichtteil erhöhen würde, wenn zum Nachlass alle berücksichtigungsfähigen Schenkungen hinzugerechnet werden (vgl. Palandt/Weidlich, § 2325 Rdnr. 3).

Insoweit gelten dieselben Berechnungsgrundsätze wie für den Pflichtteilsanspruch; insbesondere hat – entsprechend der notariellen Vereinbarung vom 30.1.1992, die den gegenständig beschränkten Pflichtteilsverzicht ausdrücklich auf Pflichtteilergänzungsansprüche erweitert – der Wert des Hausanwesens auch insoweit unberücksichtigt zu bleiben. Bei einem danach – wie hier – negativen Nachlasswert käme eine Pflichtteilergänzung also nur in Betracht, wenn sich unter Hinzurechnung des Geschenks ein Aktivnachlass ergäbe (MünchKomm-BGB/Lange, § 2325 Rdnr. 51). Das ist aber nicht der Fall. Selbst nach Hinzurechnung der beiden Todesfallleistungen in Höhe von insgesamt 6.874,30 € zu dem mit -11.463,67 € überschuldeten Nachlass verbleibt kein Aktivnachlass, aus dem die Klägerin vorliegend eine Ergänzung ihres Pflichtteils verlangen könnte.

33 d) Auch ein Herausgabeanspruch aus § 2329 Abs. 1 BGB gegen den Beklagten als Beschenkten scheidet vorliegend aus. Insoweit kann dahinstehen, dass der Klagantrag derzeit nur auf Geldzahlung lautet, der Anspruch aus § 2329 BGB jedoch auf Herausgabe (Duldung der Zwangsvollstreckung) gerichtet ist, weil ggf. ein entsprechender Hilfsantrag der Klägerin hätte angeregt werden können (vgl. BGH, Urteil vom 8.2.1961, V ZR 137/59, MDR 1961, 491). Denn in dem – hier gegebenen – Fall, dass der (Netto-)Nachlass auch bei Hinzurechnung des verschenkten Gegenstands nicht aktiv wird, scheidet ein Pflichtteilergänzungsanspruch sowohl nach § 2325 als auch nach § 2329 aus (BGH, Urteil vom 8.2.1961, V ZR 137/59, MDR 1961, 491; Palandt/Weidlich, § 2329 Rdnr. 2; Staudinger/Olshausen, Neub. 2015, § 2329 Rdnr. 7). Dies begründet sich damit, dass der Pflichtteilsberechtigte auch mit dem Ergänzungsanspruch nicht bessergestellt werden soll, als er stünde, wenn das Geschenk sich noch im Nachlass befände (Staudinger/Olshausen, § 2325 Rdnr. 61). Wären die Bezugsrechte nicht verschenkt worden und daher im Nachlass verblieben, würde sich dies vermögensichtlich jedoch nicht zugunsten der Klägerin auswirken.

34 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf den § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

35 Die Revision ist gemäß § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und 2 ZPO nicht zuzulassen. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts.

36 Die Wertfestsetzung beruht auf den § 3 ZPO, § 47 Abs. 1 Satz 1, § 48 Abs. 1 Satz 1 GKG.

ANMERKUNG:

Von Notarassessor **Andreas Friedberger**, München

Das OLG Saarbrücken hatte über die Frage zu entscheiden, wie sich die Rückübertragung eines überlassenen Grundbesitzes an den Erblasser aufgrund eines vertraglichen Rückforderungsrechts auf einen gegenständig beschränkten Pflichtteilsverzicht eines weichenden Geschwisterteils auswirkt.

Nicht Gegenstand der Entscheidung war hingegen der Pflichtteilsverzicht des Erwerbers.

1. Ausgangslage

In Überlassungsverträgen werden häufig sowohl (gegenständlich beschränkte) Pflichtteilsverzicht des Erwerbers und der weichenden Geschwister sowie vertragliche Rückforderungsrechte des Veräußerers vereinbart. Wird das vertragliche Rückforderungsrecht ausgeübt, stellt sich die Frage nach dem Schicksal des Pflichtteilsverzichts. Ist der Veräußerer bereits vorverstorben und fehlt eine ausdrückliche vertragliche Regelung im Überlassungsvertrag, ist der abgegebene Pflichtteilsverzicht auszulegen.

Das OLG München kam in seinem Urteil vom 14.5.2014 zu dem Ergebnis, dass der Pflichtteilsverzicht der weichenden Geschwister unter einer auflösenden Bedingung abgegeben wurde und durch die Ausübung des Rückerwerbsrechts entfallen ist, da im zugrunde liegenden Fall der Pflichtteilsverzicht der weichenden Geschwister im Zusammenhang mit der Verpflichtung des Erwerbers zur Pflege des Veräußerers abgegeben worden ist und mit dem Tod des Erwerbers diese Verpflichtung nicht mehr erfüllt werden konnte.¹ Dies sei jedoch stillschweigende Bedingung für den Pflichtteilsverzicht gewesen, da die weichenden Geschwister keine Abfindung erhalten und den Pflichtteilsverzicht aus altruistischen Gründen abgegeben hätten.²

2. Auffassung des Gerichts

Das OLG Saarbrücken hat dagegen entschieden, dass der Pflichtteilsverzicht der weichenden Geschwister nicht durch die Rückübertragung entfallen ist. Dies begründet es damit, dass – anders als im Fall des OLG München – die Rückübertragung gegen Zahlung an den Erwerber durchgeführt worden, also das Anwesen wirtschaftlich bei dem Erwerber verblieben ist. Zudem haben die weichenden Erben ihren Abfindungsbetrag behalten, während im Fall des OLG München von vornherein kein Abfindungsbetrag an die weichenden Geschwister gezahlt worden ist.

Die Regelung des Pflichtteilsverzichts gegen Zahlung eines Abfindungsbetrags sei eine vorgezogene Erbauseinsetzung. Es sei deshalb nach einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu klären, ob die Gegenleistung für den Betroffenen durch die Ausübung des Rückerwerbsrechts beeinträchtigt worden ist.

3. Stellungnahme

a) Die Entscheidungen des OLG München und des OLG Saarbrücken weichen zwar hinsichtlich ihrer Ergebnisse voneinander ab, hinsichtlich der Begründung stehen sie grundsätzlich im Einklang.

Zwar weist das OLG Saarbrücken – zurecht – neben der Beweislastverteilung auf die Möglichkeit der vertraglichen

Regelung des Schicksals des Pflichtteilsverzichts hin und warnt vor dem leichtfertigen Hineinlesen von konkludenten Bedingungen in den Pflichtteilsverzicht mittels Auslegung.

Nach beiden Entscheidungen kommt es allerdings zur Auslegung der Frage, ob ein Pflichtteilsverzicht unter der konkludenten auflösenden Bedingung abgegeben wurde, entscheidend darauf an, ob der Erwerber und das weichende Geschwister dasjenige, das sie erhalten haben, auch nach der Rückübertragung behalten dürfen.

Dürfen also Erwerber und weichende Geschwister ihre erhaltenen Leistungen – sei es auch nur wirtschaftlich – behalten, werden wohl die Pflichtteilsverzicht der weichenden Geschwister bestehen bleiben. Dürfen sie sie nicht behalten oder haben – wie im Fall des OLG München – die weichenden Geschwister keine Abfindungen erhalten, entfallen die Pflichtteilsverzicht. Beide Gerichte gehen dabei von einer quasi wirtschaftlichen Sichtweise auf den Pflichtteilsverzicht aus, indem sie danach fragen, ob der Pflichtteilsverzicht aufgrund einer Gegenleistung abgegeben wurde und ob diese Gegenleistungen dem verzichtenden weichenden Geschwister (und dem Erbwerber) auch nach Ausübung des Rücktrittsrechts verbleibt.

b) Bei der Auslegung der Frage, ob ein abgegebener Pflichtteilsverzicht eine konkludente auflösende Bedingung enthält, kommt es gemäß §§ 133, 157 BGB maßgeblich auf den Willen der Vertragsteile zum Zeitpunkt der Beurkundung an.

Vorweggestellt sei, dass bei der Annahme eines stillschweigenden Pflichtteilsverzichts nicht nur aus Beweislastgründen grundsätzlich Zurückhaltung geboten ist.³

aa) Die Beteiligten vereinbaren Pflichtteilsverzicht in der Regel zum einen deshalb, um Unklarheiten und Streitigkeiten nach dem Versterben des Veräußerers unter seinen Abkömmlingen zu vermeiden. Die Ansprüche hinsichtlich des überlassenen Gegenstandes und ggf. des übrigen Vermögens sollen abschließend und endgültig geklärt werden. Durch die Annahme von konkludenten auflösenden Bedingungen wird dieses Regelungsziel konterkariert.

bb) Zum anderen geben die weichenden Geschwister den Pflichtteilsverzicht in der Regel aufgrund ihrer Beziehung zu den Eltern, sprich dem Erblasser, ab und nicht um den Erwerber zu begünstigen.

Davon ging auch der historische Gesetzgeber aus. Der Pflichtteilsverzicht dient nur dazu, dem Erblasser möglichst unbeschränkte Testierfreiheit zu verschaffen.⁴ Macht der Erblasser von dieser Freiheit keinen Gebrauch, bleibt es bei der gesetzlichen Erbfolge.⁵ Diese Wertung greift auch für den gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzicht. Denn auch hier verbleibt es dem Erblasser zu entscheiden, ob er vom Rückforderungsrecht Gebrauch macht oder nicht, und für den Fall, dass er davon Gebrauch macht, über den Ver-

1 OLG München, Urteil vom 14.5.2014, 7 U 2983/13, MittBayNot 2015, 240.

2 OLG München, Urteil vom 14.5.2014, 7 U 2983/13, MittBayNot 2015, 240.

3 Hierzu ausführlich *Weidlich*, MittBayNot 2015, 193.

4 Motive V, S. 472 f.; MatK-ErbR/*Horn*, 1. Aufl. 2020, § 2346 Rdnr. 16.

5 Motive V, S. 472 f.; MatK-ErbR/*Horn*, § 2346 Rdnr. 16.

tragsgegenstand anderweitig zu verfügen oder ihn bis zum Erbfall zu behalten mit der Folge, dass – ohne entsprechende Verfügung von Todes wegen – auch der Verzichtende als gesetzlicher Erbe davon profitiert.

Anders als der Pflichtteilsverzicht des Erwerbers steht also der Pflichtteilsverzicht der weichenden Geschwister nicht im Synallagma mit der Zuwendung des Erblassers an den Erwerber.

Zieht man den Vergleich mit einer Überlassung ohne Vorbehaltung eines Rückerwerbsrechts wird dies deutlich:

Das den Pflichtteilsverzicht abgebende weichende Geschwisterteil wird seine Entscheidung, ob es den Pflichtteilsverzicht abgibt, in aller Regel nicht davon abhängig machen, ob der Erwerber den überlassenen Gegenstand mit oder ohne Rückerwerbsrecht zugewendet bekommt, sondern ob und ggf. gegen welche Gegenleistung es dem Erblasser diesen Wunsch erfüllt. Daran ändert sich durch die Ausübung des vorbehaltenen Rückerwerbsrechts gegenüber dem Erwerber nichts.

Zwar wird der Erblasser durch die Aufrechterhaltung des Pflichtteilsverzichts begünstigt, weil er neben einer umfassenden Testierfähigkeit auch das überlassene Vertragsobjekt zurückerhält.⁶ Geben die weichenden Geschwister aber den Pflichtteilsverzicht ohne Gegenleistung ab, werden sie bei Aufrechterhalten des Pflichtteilsverzichts durch die Rückübertragung des überlassenen Gegenstands aber auch nicht schlechter gestellt. Sie stehen vielmehr genauso wie sie ohne Ausübung des Rückerwerbsrechts stünden.

Es ist folglich nicht einzusehen, warum die weichenden Geschwister, obwohl sie, bewusst ohne dafür eine Gegenleistung zu bekommen, einen Pflichtverzicht abgegeben haben, davon profitieren sollen, dass der Erwerber den überlassenen Gegenstand an den Erblasser zurückgeben muss.

c) Hinzukommt, dass eine sinnvolle Abgrenzung zwischen einem entgeltlichen und einem unentgeltlichen Pflichtteilsverzicht oft nicht möglich ist.

In vielen Fällen dürfte die Gegenleistung keine wirtschaftlich adäquate Gegenleistung für den abgegebenen Pflichtteilsanspruch darstellen, sondern vielmehr dem Willen des Erblassers entsprechen, auch den weichenden Kindern etwas (sei es nun mehr oder weniger als der damit abgegebene Pflichtteilsanspruch) zukommen zu lassen. Warum also derjenige Pflichtteilsverzicht, der ohne Gegenleistung abgegeben wird, anders zu beurteilen ist, als derjenige, der zwar gegen eine Gegenleistung, aber gegen eine auch nicht nur annähernd wirtschaftliche adäquate, abgegeben wird, anders zu beurteilen ist, ist nicht einzusehen.

d) Meines Erachtens nach überzeugt es daher jedenfalls im Grundsatz nicht, danach zu differenzieren, ob die weichenden Geschwister für ihren Pflichtteilsverzicht ein Abfindungs- oder Gleichstellungsgeld erhalten haben.⁷ Vielmehr dürfte in der Regel der Wille der Vertragsteile zum maßgeblichen Zeitpunkt darauf gerichtet sein, den Pflichtteilsver-

zicht bedingungslos abzugeben, unabhängig davon, ob die verzichtenden weichenden Geschwister dafür eine Gegenleistung erhalten, auch wenn der Erwerber das Überlassene auch wirtschaftlich verliert.

4. Fazit

Hinsichtlich der Vertragsgestaltung empfiehlt es sich jedenfalls dringend, diese Problematik nicht aufkommen zu lassen und sie ausdrücklich zu regeln,⁸ sei es durch eine ausdrückliche auflösende Bedingung des Pflichtteilsverzichts oder durch einen ausdrücklichen Verzicht auf eine solche.

Dabei ist zwischen dem hier diskutierten Pflichtteilsverzicht der weichenden Geschwister und dem Pflichtteilsverzicht des Erwerbers zu differenzieren.⁹ Ob von den Parteien eine Aufrechterhaltung oder eine Aufhebung der Verzichte für den Fall der Rückforderung gewünscht ist, wird wohl im Einzelfall geklärt werden müssen.

Im Zweifel dürfte der Wille der Parteien hinsichtlich des Pflichtteilsverzichts der weichenden Geschwister meines Erachtens aufgrund oben genannter Gründe eher auf eine Aufrechterhaltung der Pflichtteilsverzichte gerichtet sein, auch wenn er ohne Gegenleistung abgegeben werden soll.

⁸ Formulierungsvorschläge bei: *Weidlich*, MittBayNot 2015, 193.

⁹ *Weidlich*, MittBayNot 2015, 193; BeckOGK-BGB/Everts, § 2351 Rdnr. 31.

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

15. Namensänderung der Titelgläubigerin bei der „Beischreibung“ eines Vollstreckungstitels einer Titelgläubiger-GbR in eine OHG

BGH, Beschluss vom 13.1.2021, VII ZB 30/18 (Vorinstanz: LG Berlin, Beschluss vom 12.4.2018, 54 T 14/17)

ZPO §§ 727, 750 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Zu den Anforderungen an den Nachweis der Namensänderung der Titelgläubigerin bei der „Beischreibung“ eines Vollstreckungstitels (Fortführung von BGH, Beschluss vom 30.8.2017 VII ZB 23/14, MDR 2017, 1206; Beschluss vom 22.5.2019 VII ZB 87/17, MDR 2019, 959).
2. Ein in einem Titel bezeichneter Gläubiger kann bei identitätswahrender Änderung seiner Bezeichnung beim Klauselerteilungsorgan beantragen, dass seine neue Rechtsform bzw. sein neuer Name auf dem Titel vermerkt werden, sog. Beischreibung. (Leitsatz der Schriftleitung)

⁶ BeckOGK-BGB/Everts, Stand: 1.9.2020, § 2351 Rdnr. 35.

⁷ A. A.: BeckOGK-BGB/Everts, § 2351 Rdnr. 35.

- 3. Die kraft Gesetzes eintretende Umwandlung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in eine offene Handelsgesellschaft stellt eine identitätswahrende Umwandlung dar, bei der die Beischreibung der Firma der offenen Handelsgesellschaft zu der bereits erteilten Vollstreckungsklausel möglich ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 4. In Fällen der identitätswahrenden Umwandlung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in eine offene Handelsgesellschaft ist nicht von vornherein ausgeschlossen, auch Erklärungen der Gesellschafter bei einer Beschreibung zum Zwecke der Nachweisführung zu berücksichtigen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Antragstellerin begehrt die Anbringung einer klarstellenden Klausel hinsichtlich der Gläubigerbezeichnung auf einem Vollstreckungsbescheid des AG Schöneberg vom 5.10.1987. Dieser Vollstreckungsbescheid lautete zunächst auf eine Firma I AG. Am 11.3.2013 wurde gemäß § 727 ZPO eine Rechtsnachfolgeklausel für die F GbR, G Straße 21, H, erteilt.

2 Die als F OHG firmierende Antragstellerin ist seit dem 13.10.2015 in das Handelsregister des AG Ludwigshafen am Rhein mit den persönlich haftenden Gesellschaftern He V und We J eingetragen. Unter dem 10.11.2015 erstellte der Notar Dr. P W eine Bescheinigung gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 2 BNotO. Aus dieser ergibt sich, dass die Gesellschafter der Antragstellerin in ihren Handelsregisteranmeldungen erklärt haben, dass die Gesellschaft in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts bereits zuvor bestanden habe, unter der Bezeichnung V und J GbR 1995 gegründet worden sei und diese Bezeichnung später in We J u. a. GbR und dann in F-V und J GbR geändert worden sei. In einer notariellen Urkunde des Notars Dr. P W vom 15.7.2016 erklärt der Gesellschafter J im eigenen und auch im Namen des Mitgesellschafters V, die Antragstellerin sei bereits im Jahr 1995 als Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter der Bezeichnung F-V und J GbR gegründet worden und sodann unter – in der Urkunde im Einzelnen genannten – elf weiteren Bezeichnungen, darunter auch der Bezeichnung „F GbR“, aufgetreten. Er erklärt ferner, dass die Gesellschafter V und J keine weiteren Gesellschaften gegründet oder geführt hätten und lediglich die ursprünglich als F-V und J GbR gegründete Gesellschaft bürgerlichen Rechts diese Bezeichnungen geführt habe.

3 Die Antragstellerin hat – anwaltlich vertreten – beim AG Schöneberg die Anbringung einer klarstellenden Klausel bezüglich der Gläubigerbezeichnung auf dem oben genannten Titel beantragt, da sie mit der Titelgläubigerin, der F GbR, identisch sei. Das AG hat den Antrag zurückgewiesen. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist erfolglos geblieben. Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde begehrt die Antragstellerin weiterhin, die der F GbR am 11.3.2013 erteilte vollstreckbare Ausfertigung des Vollstreckungsbescheids dahin gehend klarstellend zu ergänzen, dass die Antragstellerin Gläubigerin sei, hilfsweise, den Vollstreckungsbescheid nach § 727 Abs. 1 ZPO durch Rechtsnachfolgeklausel auf die Antragstellerin umzuschreiben.

4 II. Die zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

5 1. Das Beschwerdegericht hat die Identität der Antragstellerin mit der F GbR nicht als zweifelsfrei nachgewiesen erachtet.

6 Die Umwandlung einer GbR in eine OHG stelle keinen Fall der Rechtsnachfolge dar, sondern eine identitätswahrende Umwandlung. Eine Gesellschaft, die ein Gewerbe betreibe, werde von Gesetzes wegen ohne jeden Publizitätsakt zu einer personen- und strukturgleichen OHG, sobald das Unternehmen nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordere. Dieser Rechtsformwechsel kraft Gesetzes vollziehe sich unter voller Wahrung der Identität. Er und die damit verbundene Firmenänderung könne im Wege der Beischreibung auf einem Titel vermerkt werden. Voraussetzung sei jedoch, dass die Identität der betreffenden Gesellschaft zweifelsfrei nachgewiesen werde.

7 Daran fehle es. Die Notarbescheinigung vom 10.11.2015 in Verbindung mit der Anmeldung zum Handelsregister genüge ebenso wenig wie die Namensgleichheit bis auf den Zusatz GbR bzw. OHG für einen zweifelsfreien Identitätsnachweis. Insoweit werde auf die hierzu ergangene Entscheidung des BGH vom 17.5.2017, VII ZB 64/16 Bezug genommen.

8 Auch durch die notarielle Urkunde vom 15.7.2016 sei der Nachweis nicht geführt. Die Urkunde selbst biete nach § 415 Abs. 1 ZPO lediglich vollen Beweis des vom Notar beurkundeten Vorgangs, in diesem Fall also lediglich dafür, dass der Gesellschafter J der Antragstellerin diese Erklärung abgegeben habe. Ein Beweis für die inhaltliche Richtigkeit dieser Erklärung sei damit gerade nicht geführt. An dieser inhaltlichen Richtigkeit beständen Zweifel, und zwar insbesondere dann, wenn man die in der notariellen Urkunde vom 15.7.2016 abgegebenen Erklärungen mit denen vergleiche, die bei der Anmeldung der Antragstellerin in das Handelsregister von ihren Gesellschaftern abgegeben worden seien. Zum einen fehle die Firmenbezeichnung F GbR in der notariellen Bescheinigung vom 10.11.2015 völlig. Dort würden lediglich drei andere Firmierungen genannt. In der Erklärung ein Jahr später sei die Zahl der unterschiedlichen Firmierungen der GbR bereits auf zwölf angewachsen. Zum anderen solle nach der notariellen Bescheinigung vom 10.11.2015 die GbR als „V & J GbR“ gegründet worden sein, während die Gründungsbezeichnung der GbR laut notarieller Urkunde vom 15.7.2016 „F-V und J GbR“ gelautet haben solle. Weitere Unterlagen, anhand derer sich die unterschiedlichen Umfirmierungen nachvollziehen ließen, wie beispielsweise entsprechende Gesellschafterbeschlüsse, habe die Antragstellerin nicht eingereicht.

9 2. Das hält der rechtlichen Überprüfung stand.

10 a) Zutreffend nimmt das Beschwerdegericht an, ein in einem Titel bezeichneter Gläubiger könne bei identitätswahrender Änderung seiner Bezeichnung beim Klauselerteilungsorgan beantragen, dass sein neuer Name auf dem Titel vermerkt wird (sog. Beischreibung). Zwar ist eine solche Beischreibung verzichtbar, wenn die Identität des Vollstreckungsgläubigers mit der im Titel bezeichneten Person für das Vollstreckungsorgan durch entsprechende Urkunden zweifelsfrei nachgewiesen wird. Jedoch können die Vollstreckungsorgane mit der Prüfung der Identität der betreffenden Person überfordert sein, sodass der Beginn der Vollstreckung (§ 750

Abs. 1 ZPO) gefährdet sein könnte; dieser Gefahr kann ein Gläubiger durch eine Beischreibung seines neuen Namens auf dem Titel vorbeugen (vgl. BGH, Beschluss vom 17.5.2017, VII ZB 64/16, MDR 2017, 905 Rdnr. 9 m. w. N.).

11 Ebenfalls zutreffend geht das Beschwerdegericht davon aus, dass die kraft Gesetzes eintretende Umwandlung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in eine offene Handelsgesellschaft eine solche identitätswahrende Umwandlung darstellt, bei der die Beischreibung der Firma der offenen Handelsgesellschaft auf der bereits erteilten Vollstreckungsklausel möglich ist.

12 b) Das Beschwerdegericht nimmt weiter zu Recht an, Voraussetzung für eine solche Beischreibung sei der Nachweis, dass die antragstellende offene Handelsgesellschaft mit der im Titel – hier in der Rechtsnachfolgeklausel – genannten Gesellschaft bürgerlichen Rechts identisch ist.

13 Das Beschwerdegericht hat den Nachweis als nicht geführt angesehen. Das Rechtsbeschwerdegericht ist an diese Feststellung grundsätzlich gebunden, § 577 Abs. 2 Satz 4, § 559 Abs. 2 ZPO. Es überprüft sie auf eine entsprechende Verfahrensrüge nur darauf, ob sich der Tatrichter mit dem Prozessstoff und etwaigen Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Beweiswürdigung also vollständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt. Die hierzu erhobenen Rügen der Rechtsbeschwerde greifen nicht durch.

14 aa) Dem Beschwerdegericht hat die Notarbescheinigung vom 10.11.2015 in Verbindung mit der Anmeldung zum Handelsregister zum Nachweis der Identität ebenso wenig genügt wie die Namensgleichheit bis auf den Zusatz GbR bzw. OHG. Hiergegen erhebt die Rechtsbeschwerde zu Recht keine Rügen. Auf den Beschluss des Senats vom 17.5.2017, VII ZB 64/16, MDR 2017, 905 Rdnr. 10-12, der dieselbe Antragstellerin betrifft, wird verwiesen.

15 bb) Ohne Rechtsfehler hat das Beschwerdegericht den zweifelsfreien Nachweis der Identität auch nicht unter Berücksichtigung der notariellen Urkunde vom 15.7.2016 als erbracht angesehen.

16 (1) Die Rechtsbeschwerde rügt erfolglos, das Beschwerdegericht überspanne die Anforderungen, die an den Nachweis einer Personenidentität gestellt werden dürften, weil es verkenne, dass es für die Frage, ob die Gesellschafter eine oder mehrere Gesellschaften gegründet haben, allein auf den Willen der Gesellschafter ankomme, sodass nur diese ihn – wie in der Urkunde vom 15.7.2016 geschehen – bestätigen könnten.

17 Zwar ist selbst der Nachweis einer Rechtsnachfolge gemäß § 727 ZPO durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden bereits dann geführt, wenn aufgrund der Beweiskraft dieser Urkunden mit dem Eintritt der nachzuweisenden Tatsache dem gewöhnlichen Geschehensablauf nach gerechnet werden kann (vgl. BGH, Beschluss vom 30.8.2017, VII ZB 23/14, MDR 2017, 1206 Rdnr. 15; Beschluss vom 22.5.2019, VII ZB 87/17, MDR 2019, 959 Rdnr. 28). Dieser Grundsatz gilt in gleicher Weise, wenn keine Rechtsnachfolge festzustellen ist, sondern der Vermerk einer Namensänderung beantragt wird und diese nachzuweisen ist. Deshalb ist es in Fällen der identitätswahrenden Umwandlung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in eine offene

Handelsgesellschaft nicht von vornherein ausgeschlossen, auch Erklärungen der Gesellschafter zu berücksichtigen.

18 Die Entscheidung des Beschwerdegerichts steht jedoch mit diesem Grundsatz in Einklang. Es hat festgestellt, dass es unter Berücksichtigung aller Umstände des Streitfalls an den Voraussetzungen für die Annahme fehlt, von der Identität der Gesellschaften könne nach dem gewöhnlichen Geschehensablauf ausgegangen werden. Dabei hat es – wie geboten – alle, auch die besonderen, Umstände des Einzelfalls berücksichtigt und die festgestellten – unterschiedlichen – Erklärungen der Gesellschafter, für die es zudem nachvollziehbare Erläuterungen vermisst hat, rechtsfehlerfrei gewürdigt.

19 (2) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde hat das Beschwerdegericht nicht verkannt, dass eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts auch ohne Gesellschafterbeschlüsse verschiedene Bezeichnungen führen könne, da sie keine Firma habe. Ersichtlich hat das Beschwerdegericht mit „Firma“ den Namen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemeint und Gesellschafterbeschlüsse deshalb erwähnt, weil sich aus ihnen möglicherweise eine Plausibilität der Vielzahl der Bezeichnungen mit der Folge einer Ableitung der Identität bis hin zur offenen Handelsgesellschaft hätte ergeben können. Deshalb musste es – entgegen der nicht näher erläuterten Rüge der Rechtsbeschwerde – auch nicht darauf eingehen, dass sich in der Urkunde vom 15.7.2016 die Erklärungen der Gesellschafter der Antragstellerin auch in der Form eines Gesellschafterbeschlusses der Antragstellerin finden. Die Relevanz dieses Umstands ist nicht ersichtlich.

20 (3) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde musste das Beschwerdegericht die Tatsache, dass die Antragstellerin über die der F GbR erteilte vollstreckbare Ausfertigung verfügt, nicht als starkes Indiz für die Identität der Gesellschaften werten. Vielmehr schließt im Gegenteil der von der Antragstellerin selbst behauptete Umstand, dass beide Gesellschaften von denselben alleinigen Gesellschaftern vertreten wurden oder werden, es aus, aus den Besitzverhältnissen etwas für die Zuordnung zu einem bestimmten Gesellschaftsvermögen abzuleiten. Es kommt deshalb nicht darauf an, dass dieselben Gesellschafter in ihrer Anmeldung der F OHG zum Handelsregister ausweislich der vom Beschwerdegericht in Bezug genommenen Notarbescheinigung vom 10.11.2015 zudem zum Gesellschaftsvermögen der F OHG ausdrücklich erklärt haben:

„Bisher wurden die Geschäfte in der Rechtsform der bisher bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit dem Namen ‚F V und J GbR‘, Sitz: H, geführt, bestehend aus dem Gesellschafter Herrn He V und dem Gesellschafter Herrn We J. Diese Gesellschaft hat folgende wesentliche Aktiva: Sie ist Inhaberin von titulierten Geldforderungen, bezüglich derer auch auf die Gesellschaft, und zwar unter den Bezeichnungen ‚V und J GbR‘, ‚We J u. a. GbR‘ und ‚F-V und J GbR‘, als Gläubigerin lautende Vollstreckungsbescheide ausgestellt sind. Alle Rechte hieran und hierauf stehen der Gesellschaft künftig in der Rechtsform der OHG und unter deren Firma ‚F OHG‘, Sitz: Ha, zu.“

Vollstreckungsbescheide, die auf die „F GbR“ als Gläubigerin lauten, sind hier gerade nicht enthalten.

21 c) Die erstmals in der Rechtsbeschwerdebegründung ausdrücklich – hilfsweise – beantragte Erteilung einer Rechtsnachfolgeklausel gemäß § 727 ZPO kommt nicht in Betracht. Der Antrag der anwaltlich vertretenen Antragstellerin lautete in den Tatsacheninstanzen ausschließlich auf die Beischreibung ihrer behaupteten Namensänderung auf dem Titel. Dieser Antrag kann entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht dahin ausgelegt werden, dass hilfsweise eine qualifizierte Vollstreckungsklausel gemäß § 727 ZPO beantragt worden ist. Die notarielle Urkunde vom 15.7.2016 ist von dem Rechtsanwalt der Antragstellerin ohne weiteren Kommentar vorgelegt worden. Nachdem das AG den „Antrag (...) auf Anbringung einer klarstellenden Klausel bezüglich der Gläubigerbezeichnung (...)“ zurückgewiesen hatte, hat der Verfahrensbevollmächtigte hiergegen „sofortige Beschwerde“ eingelegt, ohne einen neuen Antrag zu stellen oder zu rügen, das AG hätte (jedenfalls) eine Rechtsnachfolge feststellen müssen. Vielmehr hat er die Beschwerde ausschließlich wie folgt begründet:

„Die Identität zwischen F OHG und F GBR ergibt sich aus der dem Gericht bereits vorgelegten notariellen Urkunde vom 15.7.16.“

22 Damit bestand auch für das Beschwerdegericht kein Anlass, einen stillschweigend gestellten Hilfsantrag auf Erteilung einer Rechtsnachfolge anzunehmen und zu bescheiden. Die Tatsache, dass in der notariellen Urkunde vom 15.7.2016 auch von einer „vorsorglichen Übertragung von Forderungen“ die Rede ist, ändert daran nichts. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde handelt es sich bei dem Begehren auf Anbringung einer klarstellenden Klausel bezüglich der Gläubigerbezeichnung und dem Begehren, eine Rechtsnachfolgeklausel gemäß § 727 ZPO zu erteilen, um unterschiedliche Rechtsschutzziele.

23 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

ANMERKUNG:

Von Notar Prof. Dr. **Christoph Reymann**, LL.M. Eur., Landsberg am Lech

Der VII. Zivilsenat des BGH musste sich in seinem Beschluss vom 13.1.2021 mit den an die „Beischreibung“ einer Vollstreckungsklausel zu stellenden Anforderungen befassen. Die Entscheidung enthält auch für die notarielle Praxis wichtige Hinweise.

1. „Beischreibung“ eines Vollstreckungstitels

Anders als zur Erteilung einer qualifizierten Klausel nach § 726 Abs. 1 ZPO oder § 727 Abs. 1 ZPO findet sich in der ZPO keine explizite Regelung zu dem Fall, dass sich lediglich die Bezeichnung des im Titel ausgewiesenen Vollstreckungsschuldners oder -gläubigers geändert oder eine sonstige Änderung ohne Rechtsträgerwechsel stattgefunden hat. Anerkannt ist jedoch, dass der Gläubiger bei einer identitätswahrenden Änderung auf Schuldner- oder Gläubigerseite Antrag stellen kann, den geänderten Namen bzw. Rechtsformzusatz in die Vollstreckungsklausel anstelle des vormaligen Namens bzw. Rechtsformzusatzes im Wege

einer sog. „Beischreibung“ aufzunehmen.¹ Allerdings muss dem Klauselerteilungsorgan die Änderung entsprechend der in § 726 Abs. 1, § 727 Abs. 1 ZPO niedergelegten Nachweismöglichkeiten (von denen auch der BGH ausgeht, ohne sich dogmatisch festzulegen) nachgewiesen werden.² Im Falle einer solchen Beschreibung wird vorsorglich dazu geraten, die Nachweisunterlagen in beglaubigter Abschrift beizufügen, damit sie entsprechend § 750 Abs. 2 ZPO dem Schuldner zugestellt werden können.³

Wurde die Änderung, insbesondere durch öffentliche Urkunden, nachgewiesen, besteht nach herrschender Meinung Anspruch des Gläubigers auf Beischreibung durch das Klauselerteilungsorgan (Anbringung eines klarstellenden Zusatzes über die identitätswahrende Änderung auf Schuldner- oder Gläubigerseite).⁴ Diese Beischreibung ist bei Urteilen und Vollstreckungsbescheiden durch das Gericht (Urkundsbeamter⁵) vorzunehmen, bei vollstreckbaren notariellen Urkunden durch den Notar bzw. die verwahrende Behörde (§ 797 Abs. 2 ZPO). Nur teilweise wird bei schon erteilter Klausel ein Korrekturanspruch verneint, weil sich das Vollstreckungsorgan bei entsprechender Nachweisführung durch eigene Prüfung in gleicher Weise wie das Klauselerteilungsorgan von der Änderung überzeugen könnte.⁶ Aus verfahrensökonomischen Gründen sprechen jedoch bessere Gründe dafür, zumindest bei einer § 726 Abs. 1, § 727 Abs. 1 ZPO entsprechenden Nachweisführung eine Pflicht zur Klauselbeischreibung anzunehmen. Dies ergibt sich im Grunde schon aus einem *argumentum a maiore ad minus* aus den Regelungen zur qualifizierten Klauselerteilung (§ 726 Abs. 1, § 727 Abs. 1 ZPO).

Bei BGB-Gesellschaften gibt es identitätsstiftende Angaben in der Klausel, deren Änderung trotz fehlenden Rechtsträgerwechsels keine Beischreibung sondern eine Umschreibung analog § 727 Abs. 1 ZPO nach sich ziehen können. So kann sich aus einer Änderung des im Titel ausgewiesenen Gesellschafterbestands einer Schuldner-GbR die Erfor-

1 BGH, Beschluss vom 21.7.2011, I ZB 93/10, NJW-RR 2011, 1335, 1336 Rdnr. 13; Beschluss vom 14.1.2016, V ZB 148/14, DNotZ 2016, 517, 519 Rdnr. 20; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.1.2015, I-3 W 221/13, BeckRS 2015, 2725; BeckOK-ZPO/Ulrici, Stand: 1.12.2020, § 727 Rdnr. 18.

2 Winkler, RNotZ 2019, 117, 130 f.; für eine entsprechende Anwendung von § 726 Abs. 1 ZPO: Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 4. Aufl. 2019, Rdnr. 40.17; MünchKomm-ZPO/Wolfsteiner, 6. Aufl. 2020, § 726 Rdnr. 75; eine entsprechende Anwendung von § 727 Abs. 1 ZPO erörternd (BayObLG, Beschluss vom 26.6.1956, BReg. 2 Z 65/56, NJW 1956, 1800; Lindemeier, RNotZ 2002, 41) bzw. befürwortend (Würzburger Notarhandbuch/Volmer, 5. Aufl. 2018, Teil 1 Kap. 3 Rdnr. 101).

3 Lindemeier, RNotZ 2002, 41; MünchKomm-ZPO/Wolfsteiner, § 726 Rdnr. 75; gegen das Erfordernis einer Zustellung gemäß § 750 Abs. 2 ZPO: DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2014, 105, 106; Zöller/Seibel, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 727 Rdnr. 31.

4 BGH, Beschluss vom 21.7.2011, I ZB 93/10, NZG 2011, 1073, 1074 Rdnr. 13; Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, 18. Aufl. 2021, § 727 Rdnr. 1a; AG Ottendorf, Beschluss vom 16.8.2017, 8 M 220/17, DGVZ 2017, 247; AG Strausberg, Beschluss vom 21.10.2019, 11 M 3071/19, DGVZ 2020, 31.

5 So Kindl/Meller-Hannich/Giers/Haas, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 4. Aufl. 2021, § 727 Rdnr. 40.

6 Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, Rdnr. 40.21.

derlichkeit einer Klauselumschreibung analog § 727 Abs. 1 ZPO ergeben, jedenfalls wenn im Grundbuch mittlerweile der geänderte Gesellschafterbestand berichtend eingetragen wurde (§ 47 Abs. 2 Satz 2, § 22 GBO). Denn nach der vom V. Zivilsenat des BGH geprägten Dogmatik ist eine Änderung des ausgewiesenen Gesellschafterbestands nicht als bloße Beischreibung sondern als „Rechtsnachfolge“ analog § 727 Abs. 1 ZPO einzustufen.⁷ Zwar habe der Gesetzgeber anders als im Grundbuchverfahren, wo § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO den Gesellschafterwechsel wie eine „Rechtsnachfolge“ behandle, keine die besondere Identifikationsfunktion der GbR-Gesellschafter berücksichtigende Vorschrift zur Anpassung der Vollstreckungsklausel an die Berichtigung des Grundbuchs geschaffen. Bei einer Änderung des Gesellschafterbestandes sei jedoch eine Klauselanpassung analog § 727 Abs. 1 ZPO möglich.⁸

2. Nachweisführung für die Beischreibung

Im vorliegenden Fall sollte die beantragte Beischreibung durch das Klauselerteilungsorgan auf einem Vollstreckungsbescheid angebracht werden, der 2013 bereits gläubigerseits auf die in Frage stehende „F GbR“ gemäß § 727 Abs. 1 ZPO umgeschrieben worden war. Die jetzige Beischreibung wurde beantragt, weil wohl im Nachgang diese „F GbR“ in eine OHG identitätswahrend umgewandelt worden war und mittlerweile unter der Bezeichnung „F OHG“ firmierte. In einem anderen Verfahren aus dem Jahre 2017 hatte der BGH schon einmal in einem ähnlich gelagerten Umwandlungsfall (GbR in OHG) die entsprechenden Nachweisvoraussetzungen verneint, auch wenn es damals nicht um die Vornahme einer Beischreibung durch das Klauselerteilungsorgan, sondern um das Betreiben der Zwangsvollstreckung und die Prüfung der Umwandlung durch das Vollstreckungsorgan ging.⁹ Auch im jetzigen Beischreibungsverfahren prüft der BGH – wie vorgelagert schon das LG Berlin – die Anforderungen an die Beischreibung auf der Grundlage der von § 726 Abs. 1, § 727 Abs. 1 ZPO geforderten Nachweise.

Auf dieser Grundlage hält der BGH den Nachweis für nicht erbracht. Ähnlich wie in der BGH-Entscheidung aus 2017 ließ sich die Umwandlung anhand der folgenden vorgelegten öffentlichen Urkunden nämlich nicht zweifelsfrei nachweisen. Die Antragstellerin legte erstens eine auf der Grundlage des § 21 Abs. 1 Nr. 2 BNotO erteilte Notarbescheinigung aus dem Jahre 2015, zweitens die Handelsregisteranmeldung der OHG und drittens eine weitere notarielle Urkunde vom 15.7.2016 vor. Aus sämtlichen Urkunden ging die identitätswahrende Umwandlung der im Vollstreckungsbescheid ausgewiesenen „F GbR“ in die „F OHG“ aber nicht hinreichend klar hervor. In der Notarbescheinigung fehlte die Angabe, dass die „F OHG“ vor ihrer Umwandlung bereits als

„F GbR“ im Rechtsverkehr aufgetreten war – eine Angabe, die in eine Bescheinigung nach § 21 BNotO übrigens gar nicht hätte Eingang finden dürfen.¹⁰ In der Handelsregisteranmeldung wurde an keiner Stelle der frühere Name „F GbR“ erwähnt und die notarielle Urkunde vom 15.7.2016 enthielt lediglich Erklärungen eines der Gesellschafter über die Umwandlung, ohne einen hinreichenden Nachweis über das identitätswahrende Fortbestehen zu erbringen.

Angesichts dieses Nachweisdefizits stellt sich die Frage, wie die identitätswahrende Umwandlung der GbR in die OHG dem Klauselerteilungsorgan überhaupt entsprechend § 726 Abs. 1, § 727 Abs. 1 ZPO hätte nachgewiesen werden können. Der BGH betont in seiner Entscheidung, es sei „in Fällen der identitätswahrenden Umwandlung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in eine offene Handelsgesellschaft nicht von vornherein ausgeschlossen, auch Erklärungen der Gesellschafter zu berücksichtigen“. Meines Erachtens sollten derartige Erklärungen ohne Weiteres nachweistauglich sein, wenn alle Gesellschafter der umgewandelten GbR die Identität zwischen Gläubiger-GbR und im Handelsregister eingetragener OHG in der Form des § 726 Abs. 1, § 727 Abs. 1 ZPO zum Ausdruck bringen. Eine derartige „Umwandlungsbestätigung“ aller Gesellschafter erscheint als konsequente Fortsetzung einer sog. „Abtretungsbestätigung“, die der BGH jüngst im Rahmen des § 727 Abs. 1 ZPO als ausreichenden Nachweis gelten gelassen hat.¹¹ Um ganz sicher zu gehen, können die GbR-Gesellschafter vorsorglich die Übertragung der titulierten Forderung auf die OHG erklären und den Beischreibungsantrag hilfsweise um einen Antrag auf Erteilung einer qualifizierten Klausel gemäß § 727 Abs. 1 ZPO ergänzen.

In der Praxis erfolgversprechend erscheint eine Umwandlungsbestätigung durch sämtliche GbR-Gesellschafter freilich nur dann, wenn eine identitätswahrende Umwandlung auf Gläubigerseite stattfand. Denn nur dann werden die Gesellschafter entsprechende Bestätigungs- bzw. vorsorgliche Abtretungserklärungen überhaupt abgeben wollen. Wurde dagegen eine Schuldner-GbR identitätswahrend in eine OHG umgewandelt, wird eine Nachweisführung für den Gläubiger regelmäßig ausscheiden. Die Schuldneridentität ist dann abschließend durch das Vollstreckungsorgan zu prüfen. Notwendig ist eine Prüfung der Schuldneridentität aber wiederum nur dann, wenn der Vermögensbestandteil, in den vollstreckt werden soll, bereits auf den Namen der OHG als Inhaber lautet. Ist dagegen als Eigentümerin im Grundbuch nach wie vor die GbR vermerkt und geht es um die Vollstreckung aus einem Grundpfandrecht, ist eine Beischreibung wegen der von § 1148 Satz 1 BGB ausgehenden Fiktionswirkung nicht nur überflüssig, sondern, solange eine Richtigstellung des Grundbuchs noch nicht stattgefunden hat, sogar schädlich.¹²

7 BGH, Beschluss vom 2.12.2010, V ZB 84/10, DNotZ 2011, 765; Beschluss vom 24.2.2011, V ZB 253/10, DNotZ 2011, 936; Beschluss vom 19.11.2015, V ZB 201/14, DNotZ 2016, 368; hierzu *Reymann*, NJW 2011, 1412.

8 BGH, Beschluss vom 2.12.2010, V ZB 84/10, DNotZ 2011, 765, 767.

9 BGH, Beschluss vom 17.5.2017, VII ZB 64/16, NJW 2017, 2917 = MittBayNot 2018, 595 (Ls.).

10 Zu den Grenzen der Registerbescheinigung bei einer GbR: BeckOK-BNotO/*Sander*, Stand: 1.2.2021, § 21 Rdnr. 7.

11 BGH, Beschluss vom 22.5.2019, VII ZB 87/17, DNotZ 2019, 919.

12 BGH, Beschluss vom 22.5.2019, VII ZB 87/17, DNotZ 2019, 919; BeckOGK-BGB/*Volmer*, Stand: 1.5.2021, § 1148 Rdnr. 15 ff.

3. Ausblick auf den MoPeG-Regierungsentwurf

Eine neue Dimension werden Anträge auf Beischiebung bzw. gemäß § 727 Abs. 1 ZPO in Bezug auf BGB-Gesellschaften erlangen, sollte das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) verabschiedet werden.¹³

Nach dem derzeitigen Regierungsentwurf zum MoPeG wird das Gesamthandsprinzip abgelöst, indem § 713 BGB-E fortan das Gesellschaftsvermögen der rechtsfähigen GbR selbst zugeordnet. Dementsprechend kommt es zum Wegfall des bisherigen § 736 ZPO, der in prozessualer Fortsetzung des Gesamthandsprinzips eine Vollstreckung in das Gesamthandsvermögen bislang auch dann zulässt, wenn Einzeltitel gegen sämtliche GbR-Gesellschafter vorliegen. Der Umstand, dass das Vermögen nach dem MoPeG nicht mehr der Gesamthand sondern der Gesellschaft selbst zugeordnet wird (§ 713 BGB-E), bringt es mit sich, dass das bei einer Gesetzesverabschiedung bestehende Aktiv- und Passivvermögen einer GbR aus dem Gesamthandsvermögen in das der Gesellschaft selbst zugeordnete Vermögen ex lege übergeht. In Anbetracht dieser Quasi-Gesamtrechtsnachfolge dürfte ein Titel, der in der Vergangenheit einheitlich gegen sämtliche Gesellschafter erwirkt wurde, nach Inkrafttreten der MoPeG analog § 727 Abs. 1 ZPO gegen die Gesellschaft umgeschrieben werden können.

Bei Titeln, die in der Vergangenheit bereits gegen die GbR selbst erwirkt wurden, würde sich dagegen die Nachweiserleichterung des neuen § 736 ZPO-E auswirken, wenn die GbR nach Inkrafttreten des MoPeG in dem neu geschaffenen Gesellschaftsregister registriert wird. Eine derartige Registrierung ist zwar für das Entstehen bzw. den Fortbestand der Gesellschaft nicht erforderlich, aber unerlässlich, wenn die GbR als Inhaberin von Rechten im Grundbuch oder als Gesellschafterin einer anderen registrierten Gesellschaft im Handelsregister oder in der GmbH-Gesellschafterliste eingetragen werden soll. Existierte bereits vor der Eintragung im Gesellschaftsregister ein Titel für oder gegen die vormals nicht registrierte GbR, ist die Zwangsvollstreckung gemäß § 736 ZPO-E auch nach Registrierung für oder gegen die GbR ohne weitere Nachweise möglich, wenn „1. der in dem Vollstreckungstitel genannte Name und Sitz oder die Anschrift der Gesellschaft identisch sind mit dem Namen und Sitz oder der Anschrift der im Gesellschaftsregister eingetragenen Gesellschaft und 2. die ggf. in dem Vollstreckungstitel aufgeführten Gesellschafter der Gesellschaft identisch sind mit den Gesellschaftern der im Gesellschaftsregister eingetragenen Gesellschaft.“ Die Beschreibung einer bereits erteilten Klausel erübrigt sich in diesen Fällen.

¹³ Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, <https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Personengesellschaftsrecht.html> (Stand: 10.6.2021).

16. Streit um Einziehung eines nach der Gesellschafterliste nicht existenten Geschäftsanteils

BGH, Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19 (Vorinstanz: OLG Brandenburg, Entscheidung vom 21.8.2019, 7 U 169/18)

AktG § 241 Nr. 3
GmbHG § 16 Abs. 1 Satz 1

LEITSATZ:

Eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist durch die negative Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG nicht gehindert, einen nach einem möglicherweise fehlgeschlagenen Einziehungsversuch aus der Gesellschafterliste entfernten, aber materiell bestehenden Geschäftsanteil aus einem in der Person des materiell berechtigten Gesellschafters liegenden wichtigen Grund einzuziehen.

SACHVERHALT:

1 Der Kläger gründete am 9.6.2011 mit L die beklagte GmbH mit einem Stammkapital von 25.000 €. Jeder Gesellschafter hielt einen Geschäftsanteil von 12.500 €, in der Gesellschafterliste eingetragen mit den laufenden Nummern 1 und 2. In der Gesellschafterversammlung vom 17.4.2015 beschloss L die Einziehung des Geschäftsanteils des Klägers. Am 26.5.2015 wurde R anstelle von L als Inhaber des Geschäftsanteils mit der laufenden Nr. 1 in die Gesellschafterliste eingetragen. Am 4.6.2015 wurde eine neue Gesellschafterliste in den Registerordner eingestellt, nach deren Inhalt lediglich R als Inhaber eines Geschäftsanteils mit dem Nennbetrag von 12.500 € eingetragen war, während der Anteil des Klägers mit der laufenden Nr. 2 durchgestrichen und als „nach Einziehung erloschen“ gekennzeichnet war. Am 30.8.2016 beschloss R erneut die Einziehung des Geschäftsanteils des Klägers. Der Kläger klagte erfolgreich auf Feststellung der Nichtigkeit der Beschlüsse über die Einziehung seines Geschäftsanteils. Die Berufung der Beklagten wurde mit Urteil vom 20.6.2019 zurückgewiesen (OLG Brandenburg, GmbHR 2019, 830).

2 Mit Vertrag vom 20.9.2016 übertrug R seinen Geschäftsanteil auf die N GmbH. Am 18.10.2016 wurde eine Gesellschafterliste in den Registerordner eingestellt, in der die N GmbH mit einem Geschäftsanteil von 12.500 € mit der laufenden Nr. 1 ausgewiesen war. Der Geschäftsanteil mit der laufenden Nr. 2 wurde weiterhin als „nach Einziehung erloschen“ geführt.

3 Am 20.10.2017 wurde eine „Zwischenliste“ in den Registerordner eingestellt, die die N GmbH als Inhaberin eines einzigen Geschäftsanteils mit einem Nennbetrag von 25.000 € und der laufenden Nr. 1 auswies. Der Geschäftsanteil mit der laufenden Nr. 2 war in der Liste nicht mehr enthalten. Auf einer Gesellschafterversammlung vom selben Tag, zu der der Kläger eingeladen war, beschlossen die N GmbH und die H GmbH die Einziehung des Geschäftsanteils des Klägers, weil dieser gepfändet worden war. Der Einziehungsbeschluss wurde dem Kläger am Tag der Versammlung bekannt gegeben.

4 Am 23.10.2017 wurde eine „2. Zwischenliste“ in den Registerordner eingestellt, die die Bildung von 25.000 Geschäftsanteilen mit einem Nennwert von jeweils 1 € und den laufenden Nummern 1 bis 25.000 auswies, die von der N GmbH gehalten wurden. Am 24.10.2017 wurde eine Gesellschafterliste in den Registerordner eingestellt, nach der die N GmbH 80 % der Anteile (20.000 €, laufende Nummern 1 bis 20.000) und die H GmbH 20 % der Anteile (5.000 €, laufende Nummern 20.001 bis 25.000) hielten.

5 Das LG hat die Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses vom 20.10.2017 festgestellt. Die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

AUS DEN GRÜNDEN:

6 Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

7 I. Das Berufungsgericht (OLG Brandenburg, GmbHR 2020, 98) hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

8 Bis zum Tag der Beschlussfassung am 20.10.2017 sei allein die N GmbH als Anteilsinhaberin mit einem Anteil von 12.500 € eingetragen gewesen. Die Mitteilung über die Aufstockung des Geschäftsanteils auf 25.000 € sei am 20.10.2017, die in die Liste eingetragene Bildung der Geschäftsanteile zu je 1 € am 23.10.2017 und die Liste nach Anteilsübertragung von Geschäftsanteilen mit einem Nennbetrag von insgesamt 5.000 € an die H GmbH am 24.10.2017 in das Handelsregister aufgenommen worden. Gemäß § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG gelte eine vom Erwerber in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vorgenommene Rechtshandlung als von Anfang an wirksam, wenn die Liste unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen werde. In der Gesellschafterversammlung hätten die Gesellschafter N GmbH und H GmbH ausdrücklich auf diese bereits angemeldete Anteilsübertragung abgestellt. Sie hätten festgestellt, dass das „Stammkapital von 25.000 € i. H. v. 25.000 € vertreten“ sei, zugleich aber auch, dass der Kläger mit einem Anteil von 12.500 € nicht erschienen sei. Sie hätten beschlossen, dass der Geschäftsanteil des Klägers eingezogen werde. Da weder die zum Zeitpunkt der Beschlussfassung gültige noch die geänderte Gesellschafterliste, deren Einstellung in den Registerordner veranlasst worden sei, den Kläger als Gesellschafter ausgewiesen habe, habe die Beklagte eine wirksame Einziehung seines Geschäftsanteils am 20.10.2017 nicht beschließen können.

9 II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht angenommen, der Einziehungsbeschluss vom 20.10.2017 sei ins Leere gegangen, weil die Einziehung einen nach der Gesellschafterliste nicht existenten Geschäftsanteil betroffen habe. Eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist durch die negative Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 GmbHG nicht gehindert, einen nach einem möglicherweise fehlgeschlagenen Einziehungsversuch aus der Gesellschafterliste entfernten, aber materiell bestehenden Geschäftsanteil aus einem in der Person des materiell berechtigten Gesellschafters liegenden wichtigen Grund einzuziehen.

10 1. Der Einziehungsbeschluss vom 20.10.2017 ging nicht deshalb ins Leere, weil der Geschäftsanteil des Klägers bereits am 17.4.2015 und am 30.8.2016 eingezogen worden war. Aufgrund der Entscheidung des Berufungsgerichts vom 8.5.2019 steht rechtskräftig fest, dass diese Einziehungsbeschlüsse nichtig waren (vgl. BGH, Urteil vom 17.2.1997, II ZR 41/96, BGHZ 134, 364, 366; Urteil vom 13.10.2008, II ZR 112/07, ZIP 2008, 2215 Rdnr. 8).

11 Dass bei der Beschlussfassung am 20.10.2017 unklar war, ob die vorangehenden Einziehungsbeschlüsse wirksam waren und der Geschäftsanteil noch bestand, steht der erneuten Einziehung nicht entgegen. Der neue Beschluss ist erkennbar für

den Fall gefasst, dass die Unwirksamkeit der früheren Einziehungsbeschlüsse festgestellt wird und der Kläger damit entgegen der im Vorprozess vertretenen Auffassung der Beklagten noch Inhaber der Geschäftsanteile ist. In der neuerlichen Beschlussfassung liegt kein widersprüchliches Verhalten der Beklagten; vielmehr hat sie ein anerkanntes Interesse, Zweifel an der Wirksamkeit eines Einziehungsbeschlusses durch die Neuvernahme des Beschlusses auszuräumen oder für den Fall des Fehlschlagens eines Einziehungsversuchs wegen neu aufgetretener oder bekannt gewordener Einziehungsgründe den Geschäftsanteil vorsorglich noch einmal einzuziehen.

12 2. Der Einziehungsbeschluss vom 20.10.2017 ging auch nicht deshalb ins Leere, weil der eingezogene Geschäftsanteil mit der Nr. 2 in der Gesellschafterliste nicht mehr einem Inhaber zugeordnet war. Es war nicht erforderlich, dass die Gesellschaft vor der Einziehung eine korrigierte Gesellschafterliste zum Handelsregister einreichte, in der der materiell berechtigte Gesellschafter wieder als Inhaber des einzuziehenden Geschäftsanteils eingetragen war. Da die im Geschäftsanteil verkörperte materiellrechtliche Gesellschafterstellung nicht von der Eintragung des einzuziehenden Geschäftsanteils in die Gesellschafterliste abhängt, war auch die Wirksamkeit der Einziehung allein vom materiellen Bestehen des Geschäftsanteils abhängig.

13 a) Durch die Löschung des Geschäftsanteils des Klägers aus der Gesellschafterliste der Beklagten wurde dessen durch § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG vermittelte formale Gesellschafterstellung unabhängig von der Wirksamkeit der ersten Einziehungsversuche beendet, sodass er der Beklagten gegenüber keine Mitgliedschaftsrechte mehr geltend machen konnte.

14 Nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG gilt im Verhältnis zur Gesellschaft im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung als Inhaber eines Geschäftsanteils nur, wer als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Greift diese Vermutung, stehen dem als Inhaber eines Geschäftsanteils in die Gesellschafterliste Eingetragenen sämtliche Mitgliedschaftsrechte zu, ohne dass es auf seine wahre Berechtigung ankommt (vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 Rdnr. 23; Urteil vom 2.7.2019, II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 Rdnr. 35). Diese Legitimationswirkung greift auch bei einem eingezogenen Geschäftsanteil (BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 Rdnr. 25 ff., 45; Urteil vom 2.7.2019, II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 Rdnr. 38). Wird der Inhaber eines Geschäftsanteils nach dessen Einziehung in der Gesellschafterliste gestrichen, kann der Gesellschafter ab dem Zeitpunkt der Aufnahme einer ihn nicht mehr aufführenden Gesellschafterliste zum Handelsregister seine mitgliedschaftlichen Rechte nicht länger ausüben (BGH, Urteil vom 2.7.2019, II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 Rdnr. 35).

15 Die Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG greift nicht nur bei der Ausübung der Mitgliedschaftsrechte. Der in die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste eingetragene Inhaber eines Geschäftsanteils darf auch für mitgliedschaftliche Pflichten herangezogen werden (vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 Rdnr. 35;

zu § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. Urteil vom 27.1.2015, KZR 90/13, ZIP 2015, 678 Rdnr. 19 ff. m. w. N. – Dentalartikel; Urteil vom 18.9.2018, II ZR 312/16, BGHZ 219, 327 Rdnr. 19 ff.). Der Senat hat bisher offengelassen, ob die Gesellschaft bei der Einziehung statt auf den Listengesellschafter auch auf die Person des materiell berechtigten Gesellschafters abstellen darf, weil § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG seinem Wortlaut nach nur das Verhältnis des Gesellschafters zur Gesellschaft (d. h. für die Geltendmachung von Mitgliedschaftsrechten) regelt und daher im Verhältnis der Gesellschaft zum Gesellschafter (d. h. bei Mitgliedschaftspflichten, Kaduzierung, Einziehung u. a.) die Gesellschaft neben einem in der Liste eingetragenen den wahren Anteilsinhaber in Anspruch nehmen kann (vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, BGHZ 222, 323 Rdnr. 71; krit. *Lieder/Becker*, GmbHR 2020, 441, 447 f.; *Miller*, ZIP 2020, 62, 64). Nicht entschieden ist auch, ob aus diesen Gründen die sog. negative Legitimationswirkung infolge des Streichens in der Gesellschafterliste nur bedeutet, dass die Gesellschaft dem Gesellschafter keine Mitgliedschaftsrechte gewähren muss, oder ob sie ihn nicht mehr als Gesellschafter behandeln darf.

16 b) Der Einziehungsbeschluss vom 20.10.2017 ging aber nicht schon deshalb ins Leere, weil der Geschäftsanteil infolge der Streichung in der Gesellschafterliste nicht mehr existent und der Kläger nicht mehr Inhaber des Geschäftsanteils war. Zwar ist die formale Gesellschafterstellung des von der Einziehung Betroffenen nach Streichung des Geschäftsanteils aus der Liste beendet. Dies wirkt sich jedoch nicht auf die materielle Berechtigung des Gesellschafters aus, auf die sich die Einziehung bezieht.

17 Materielle und formale Gesellschafterstellung können entkoppelt sein. Der materiell Berechtigte, aber nicht mehr in der Gesellschafterliste Aufgeführte ist zwar in der Ausübung seiner Rechte gegenüber der Gesellschaft gehindert, verliert aber nicht seine materiellrechtliche Gesellschafterstellung. Die materiellrechtliche Gesellschafterstellung ist unabhängig von der Eintragung in der Gesellschafterliste (BGH, Urteil vom 18.10.2016, II ZR 314/15, ZIP 2017, 14 Rdnr. 10; Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 Rdnr. 35; Urteil vom 15.1.2019, II ZR 392/17, BGHZ 220, 377 Rdnr. 3, 38; Urteil vom 2.7.2019, II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 Rdnr. 39, 43; zu § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. Urteil vom 18.9.2018, II ZR 312/16, BGHZ 219, 327 Rdnr. 38 m. w. N.; Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen [MoMiG], BT-Drucks. 16/6140, S. 37). Auch wenn der Gesellschafter im Hinblick auf die negative Legitimationswirkung keine Mitgliedschaftsrechte gegenüber der Gesellschaft mehr geltend machen kann, ist er als materiell Berechtigter Inhaber des Geschäftsanteils, sodass er ihn beispielsweise wirksam abtreten und verpfänden kann und auch seine Gläubiger den Geschäftsanteil pfänden können (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 37; BeckOK-GmbHG/*Wilhelmi*, Stand: 1.2.2020, § 16 Rdnr. 25, 26; Henssler/Strohn/*Verse*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 16 GmbHG Rdnr. 10; Baumbach/Hueck/*Servatius*, GmbHG, 22. Aufl., § 16 Rdnr. 14; Michalski/Heidinger/*Leible*/J. Schmidt/*Ebbing*, GmbHG, 3. Aufl., § 16 Rdnr. 50, 92; Lutter/Hommelhoff/*Bayer*, GmbHG, 20. Aufl., § 16 Rdnr. 30; MünchKomm-GmbHG/*Heidinger*, 3. Aufl., § 16 Rdnr. 172).

18 Der Einziehungsbeschluss vom 20.10.2017 ging danach nicht ins Leere, weil der Geschäftsanteil in der Gesellschafterliste als eingezogen gestrichen war, sondern betraf trotz Streichung in der Liste einen materiellrechtlich existenten Geschäftsanteil. Die vorausgegangenen Einziehungsbeschlüsse vom 17.4.2015 und vom 30.8.2016 waren, wie das Berufungsgericht in seinem Urteil vom 8.5.2019 festgestellt hat, nichtig und konnten damit den Geschäftsanteil des Klägers nicht vernichten.

19 c) Der Einziehungsbeschluss vom 20.10.2017 konnte gegenüber dem Kläger gefasst werden, obwohl dieser mit seinem Geschäftsanteil nicht mehr in der aktuellen Gesellschafterliste aufgenommen war. Dabei kann dahinstehen, ob die negative Legitimationswirkung von § 16 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich bedeutet, dass die Gesellschaft einen zwar materiell berechtigten, aber nicht in der Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafter weder in Anspruch nehmen noch gegen ihn vorgehen darf. Jedenfalls nach einem möglicherweise gescheiterten Einziehungsversuch kann die Gesellschaft vorsorglich erneut die Einziehung eines Geschäftsanteils beschließen, auch wenn dieser Geschäftsanteil nicht mehr in der Gesellschafterliste eingetragen oder einem Gesellschafter zugeordnet ist.

20 aa) Die Gesellschaft muss einen materiell möglichen, vorsorglichen erneuten Einziehungsbeschluss fassen können. Jedenfalls in diesem Fall ist daher die vorherige Wiederaufnahme in die Gesellschafterliste entbehrlich.

21 Im Regelfall verursacht das Auseinanderfallen von formaler und materieller Gesellschafterstellung für die Gesellschaft keine Schwierigkeiten, weil ihr Geschäftsführer gemäß § 40 Abs. 1 GmbHG berechtigt und verpflichtet ist, eine unzutreffende Gesellschafterliste zu korrigieren, unabhängig davon, wer sie eingereicht hat (vgl. BGH, Urteil vom 17.12.2013, II ZR 21/12, ZIP 2014, 216 Rdnr. 33). Sie kann damit den Inhaber eines Geschäftsanteils, wenn der Geschäftsführer die Überzeugung gewinnt, dass er zu Unrecht gelöscht oder sonst nicht als Anteilsinhaber aufgenommen ist, vor einem Einziehungsbeschluss wieder in eine Gesellschafterliste aufnehmen und diese einreichen.

22 Wenn nach einem Einziehungsversuch vorsorglich erneut die Einziehung beschlossen werden soll, ist dies nicht ohne Weiteres möglich. Denn die Wiederaufnahme des Anteilsinhabers in die Gesellschafterliste setzt voraus, dass die Gesellschaft durch ihren Geschäftsführer die Löschung für unrichtig hält. Solange nicht rechtskräftig über die Wirksamkeit des Einziehungsbeschlusses entschieden ist, darf sie diesen und die darauf beruhende Löschung in der Gesellschafterliste aber für zutreffend erachten. Damit liegen die Voraussetzungen für eine Änderung der Gesellschafterliste, ihre Unrichtigkeit, aus der Sicht des Geschäftsführers nicht vor. Bei einer Neueintragung müsste die Gesellschaft sich auch ein widersprüchliches Verhalten vorwerfen lassen. Bei einer vorsorglichen Beschlussfassung ist dagegen der Beschluss nur für den Fall gefasst, dass der Geschäftsanteil noch besteht, und steht nicht im Widerspruch dazu, dass der vorangehende Einziehungsbeschluss für wirksam erachtet wird. Eine lediglich vorsorgliche Wiederaufnahme in die Gesellschafterliste ist, anders als die vorsorgliche Annahme der materiellen Gesellschafterstellung als Voraussetzung des erneuten Einziehungsbeschlusses, nicht möglich.

23 Wird eine Einziehung vorsorglich wiederholt, weil Zweifel an der Wirksamkeit der ersten Einziehung bestehen, ein Einziehungsgrund indes fortbesteht, ist es der Gesellschaft auch nicht zumutbar, vor der Einziehung allein zur Schaffung einer formalen Einziehungsgrundlage eine neue Liste zum Handelsregister einzureichen, die den materiell Berechtigten als Inhaber des einzuziehenden Geschäftsanteils ausweist. Dem Gesellschafter würde in diesem Fall seine formale Gesellschafterstellung einschließlich der damit verbundenen Möglichkeit, seine Mitgliedschaftsrechte gegenüber der Gesellschaft auszuüben, wieder eingeräumt, obwohl ein wichtiger Grund in seiner Person zur Einziehung berechtigt. Damit würde ermöglicht, dass er den Betrieb der Gesellschaft durch obstruktive Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte stört (vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 Rdnr. 39). Die Begründung der formalen Gesellschafterstellung würde dem von der Einziehung betroffenen Gesellschafter zudem erleichtern, sich durch Übertragung seines Geschäftsanteils der Einziehung zu entziehen.

24 bb) Der Normzweck des § 16 Abs. 1 GmbHG steht der Einziehung eines nach unwirksamer Einziehung bestehenden, aber nicht mehr in der Gesellschafterliste eingetragenen Geschäftsanteils nicht entgegen.

25 (1) Die Regelung soll zum einen zur Missbrauchs- und Geldwäschebekämpfung Transparenz über die Anteilseigner bewirken und damit Vermögensverschiebungen mit kriminellem Hintergrund auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage verhindern. Zum anderen dient sie der Rechtssicherheit und -klarheit, indem innerhalb der Gesellschaft eindeutige Verhältnisse geschaffen werden, wer im Verhältnis zur Gesellschaft berechtigt und verpflichtet ist (vgl. BGH, Beschluss vom 24.2.2015, II ZB 17/14, ZIP 2015, 732 Rdnr. 20; Beschluss vom 26.6.2018, II ZB 12/16, ZIP 2018, 1591 Rdnr. 21; Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 Rdnr. 35, 41; BT-Drucks. 16/6140, S. 37; Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, BT-Drucks. 18/11555, S. 173). Der Einziehung eines bestehenden, aber nicht mehr in der Gesellschafterliste eingetragenen Geschäftsanteils steht dieses Ziel nicht entgegen, weil die Liste nach erneuter wirksamer Einziehung der materiellen Rechtslage entspricht und damit sowohl eine zutreffende Darstellung der Anteilseigner nach außen als auch Rechtssicherheit nach innen herstellt.

26 (2) Dass die formale und die materielle Gesellschafterstellung bis zur Fassung eines wirksamen Einziehungsbeschlusses möglicherweise auseinanderfallen und damit eine korrekte Nachvollziehung der Entwicklung nicht möglich ist, ist auch unter Berücksichtigung des Normzwecks hinnehmbar.

27 Es bestünde auch dann ein den Normzweck des § 16 Abs. 1 GmbHG beeinträchtigender Schwebezustand, wenn man verlangen würde, dass vor der Einziehung eine korrigierte Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht werden muss, in der der Gesellschafter wieder als Inhaber des einzuziehenden Geschäftsanteils eingetragen ist (so *Miller*, ZIP 2020, 62, 64). Die materielle Berechtigung ist nach einer ersten, möglicherweise unwirksamen Einziehung unklar, sodass der Schwebezustand schon vorher besteht und ungewiss ist, ob die Eintragung des Gesellschafters in eine neu eingereichte

Liste den materiellen Zustand richtig wiedergibt. Wenn der erste Einziehungsbeschluss wirksam war, würde eine Aufnahme in die Gesellschafterliste vor erneuter Einziehung unzutreffend einen nicht existenten Geschäftsanteil ausweisen.

28 Durch die erneute wirksame Einziehung fielen nach Voreintragung des materiell berechtigten Gesellschafters materielle und die formale Gesellschafterstellung zunächst wieder auseinander und müssten durch neuerliche Aufnahme einer geänderten Liste angepasst werden.

29 cc) Der Zulässigkeit eines vorsorglichen Einziehungsbeschlusses ohne Voreintragung des betroffenen Gesellschafters steht auch nicht entgegen, dass die Gesellschaft sich durch die vorschnelle Einreichung einer Gesellschafterliste ohne den betroffenen Gesellschafter nach den ersten Einziehungen selbst in die Lage gebracht hat, dass der vorsorglich einzuziehende Geschäftsanteil formell nicht mehr besteht.

30 Die Einreichung einer neuen Liste war verfrüht, weil sie nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG das Wirksamwerden der Veränderung voraussetzt. Ein Einziehungsbeschluss wird mit der Mitteilung an den Betroffenen aber nur wirksam, wenn er nicht nichtig ist oder für nichtig erklärt wird (BGH, Urteil vom 24.1.2012, II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rdnr. 8). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im Vorprozess war der Einziehungsbeschluss nichtig. Vor Ablauf der Anfechtungsfrist und ggf. des Anfechtungsprozesses konnte der Geschäftsführer nicht sicher davon ausgehen, dass er nicht für nichtig erklärt wird.

31 Eine Pflichtverletzung des Geschäftsführers führt nach § 40 Abs. 3 GmbHG aber nur zur Schadensersatzverpflichtung des Geschäftsführers und hindert eine erneute Beschlussfassung der Gesellschafter nicht.

32 III. Das Berufungsurteil ist nicht aus anderen Gründen richtig.

33 1. Der Kläger war ausweislich der Feststellung des Berufungsgerichts zur Gesellschafterversammlung am 20.10.2017 geladen worden, sodass insoweit kein Nichtigkeitsgrund besteht. Die Rechte des von der Einziehung betroffenen Gesellschafters müssen durch Ladung wie ein Gesellschafter gewahrt werden, wenn die Gesellschaft ihn hinsichtlich der Einziehung wieder als Gesellschafter behandeln will (vgl. OLG Brandenburg, GmbHR 1998, 1037, 1038; Scholz/*Seibt*, GmbHG, 12. Aufl., § 48 Rdnr. 14; *Wagner*, GmbHR 2016, 463, 468).

34 2. Der Kläger ist zur Erhebung der Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage gegen den Einziehungsbeschluss vom 20.10.2017 befugt, obwohl er im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Einziehung nicht mehr als Inhaber eines Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste der Beklagten eingetragen war.

35 Es ist in der Rechtsprechung des BGH anerkannt, dass dem Gesellschafter die Anfechtungsbefugnis für die Klage gegen seinen Ausschluss oder die Einziehung seines Geschäftsanteils trotz sofortiger Wirksamkeit erhalten bleibt, um der verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutzmöglichkeit Geltung zu verschaffen (BGH, Urteil vom 24.1.2012, II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rdnr. 24; Urteil vom 2.7.2019, II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 Rdnr. 41, beide m. w. N.). Diese

Rechtsschutzmöglichkeit hängt nicht von der Eintragung des materiell berechtigten, von einem Einziehungsbeschluss betroffenen Gesellschafters als Inhaber eines Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste ab (vgl. BGH, Beschluss vom 29.1.2019, II ZR 234/18, juris; Urteil vom 2.7.2019, II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 Rdnr. 41). Das gilt nicht nur dann, wenn zwischen der Einziehung und der Erhebung der Anfechtungsklage eine von der Gesellschaft eingereichte geänderte Gesellschafterliste, in der der betroffene Gesellschafter nicht mehr eingetragen ist, im Handelsregister aufgenommen worden ist. Der Rechtsschutz muss auch dann gewährleistet werden, wenn der Geschäftsanteil bereits im Zeitpunkt der Einziehung in der Gesellschafterliste nicht mehr geführt wird, da der Gesellschafter in gleicher Weise in seiner materiellen Gesellschafterstellung betroffen ist, wie ein Gesellschafter, dessen Geschäftsanteil nach der Einziehung, aber vor Klageerhebung aus der Gesellschafterliste gestrichen wurde.

36 Dem steht nicht entgegen, dass, wie der Senat zur Rechtslage vor dem MoMiG bereits ausgeführt hat, die Anfechtungsbefugnis nur dem nach § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. zu bestimmenden rechtlichen, nicht auch dem wirtschaftlichen Gesellschafter oder dem Treugeber zusteht (vgl. BGH, Urteil vom 13.10.2008, II ZR 112/07, ZIP 2008, 2215 Rdnr. 11), weil damit nicht die Frage beantwortet wird, wem die Anfechtungsbefugnis zusteht, wenn eine formale Gesellschafterstellung nicht mehr begründet ist.

37 IV. Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 ZPO), weil sie noch nicht zur Endentscheidung reif ist. Das Berufungsgericht wird zu prüfen haben, ob die Einziehung aus anderen Gründen unwirksam ist.

38 Das LG hat die Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses vom 20.10.2017 festgestellt, weil im Zeitpunkt der Einziehung festgestanden habe, dass die Beklagte das dem Kläger zustehende Einziehungsentgelt nicht aus freiem Vermögen habe begleichen können. Dies ist im rechtlichen Ausgangspunkt zutreffend. Auszahlungen an ausgeschiedene Gesellschafter dürfen nicht zur Entstehung oder Vertiefung einer Unterbilanz führen (BGH, Urteil vom 4.8.2020, II ZR 171/19, ZIP 2020, 1757 Rdnr. 31 m. w. N.). Nach der Rechtsprechung des Senats ist ein Einziehungsbeschluss entsprechend § 241 Nr. 3 AktG wegen eines Verstoßes gegen § 30 Abs. 1 Satz 1, § 34 Abs. 3 GmbHG nichtig, wenn bereits bei Beschlussfassung feststeht, dass das Einziehungsentgelt nicht aus freiem, die Stammkapitalziffer nicht beeinträchtigenden Vermögen der Gesellschaft gezahlt werden kann (BGH, Urteil vom 26.6.2018, II ZR 65/16, ZIP 2018, 1540 Rdnr. 13 m. w. N.). Dazu ist eine Entscheidung durch den Senat nicht möglich, weil die Parteien zu dieser Frage im Berufungsrechtszug umfangreich vorgetragen haben und das Berufungsgericht dazu, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, keine Feststellungen getroffen hat.

39 Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht darüber hinaus Gelegenheit, ggf. auch von der Revisionserwiderung aufgeworfenen Nichtigkeitsgründen nachzugehen.

17. Zum Umfang des Prüfungsrechts bei angemeldeten Satzungsänderungen – hier: satzungsmäßig statuierte Mindestfrist für Einberufung einer Mitgliederversammlung

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.8.2020, 3 Wx 130/19

BGB §§ 32, 56, 58 Nr. 4 Var. 3, §§ 60, 71 Abs. 1 Satz 3 Var. 2 FamFG § 382

LEITSÄTZE:

1. Enthält die beim Registergericht eingereichte Satzung eines (Kultur-)Vereins (entgegen der Soll-Vorschrift des § 58 Nr. 4 3. Fall BGB) keine Bestimmungen über die Beurkundung der Beschlüsse der Mitgliederversammlung, so ist die Satzung diesbezüglich zu ergänzen, um ihre Eintragungsfähigkeit herbeizuführen.
2. Für die Beurteilung, ob eine satzungsmäßig statuierte Mindestfrist von (lediglich) fünf Tagen zur Einberufung der Mitgliederversammlung einer rechtlichen Überprüfung standhält, ist ausschlaggebend, welche Gegebenheiten anlässlich der Einberufung einer Mitgliederversammlung der Satzungsgeber als typischerweise vorhanden annehmen durfte (hier: kurze Einberufungsfrist zu billigen mit Blick auf Traditionsverein mit stark lokalem Bezug; seit Jahren zeitlich auf einen abstrakt bestimmten Tag im Januar habitualisierte Abhaltung der Mitgliederversammlungen; besondere Sachkunde von Mitgliedern in Bezug auf den Vereinszweck; kein Widerstand gegen die Kürze der Einberufungsfrist).

18. Abweichungen vom Musterprotokoll bei der Gründung einer GmbH im vereinfachten Verfahren

OLG Stuttgart, Beschluss vom 7.7.2020, 8 W 188/20

GmbHG § 2 Abs. 1a Satz 2

LEITSATZ:

Voraussetzung für die Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung im vereinfachten Verfahren ist die Verwendung des Musterprotokolls ohne inhaltliche Änderungen. Auch wenn sich die inhaltliche Änderung wie vorliegend in der Sache nicht auswirkt, hat die inhaltliche Abweichung dennoch zur Folge, dass nicht von einer im Sinne von § 2 Abs. 1a GmbHG privilegierten GmbH-Gründung auszugehen ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

- 1 I. Am (...) 2020 wurde die Gründung der (...) GmbH zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Einzige Gesell-

schafterin ist die Antragstellerin, die auch zur alleinigen Geschäftsführerin bestellt wurde. Die Gesellschaft soll im vereinfachten Verfahren nach § 2 Abs. 1a GmbHG gegründet werden. Die als Musterprotokoll bezeichnete notariell beurkundete Gründung enthält u. a. folgende Regelungen:

„1. Die Erschienene errichtet hiermit nach § 2 Abs. 1a GmbHG eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter der Firma (...) GmbH mit dem Sitz in (...).

(...)

3. Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 25.000 € (i. W. fünfundzwanzigtausend Euro) und wird vollständig von Frau (...) (Geschäftsanteil Nr. 1) übernommen. (...)

(...)

5. Die Gesellschaft trägt die mit der Gründung verbundenen Kosten bis zu einem Gesamtbetrag von 300 €. Darüber hinausgehende Kosten trägt der Gesellschafter.“

2 Mit Zwischenverfügung vom 14.5.2020 beanstandete das AG Ulm als zuständiges Registergericht, dass Ziffer 5 der Gründungsurkunde nicht dem Musterprotokoll entspreche, da dessen Bestandteil „höchstens jedoch bis zum Betrag ihres Stammkapitals“ gestrichen wurde. Wegen der unzulässigen Abweichung vom Musterprotokoll liege nunmehr eine „normale“ Gründung vor, weshalb Ziffer 1 des Gesellschaftsvertrages zu ändern sei und zudem eine Gesellschafterliste eingereicht werden müsse.

3 Gegen diese der Antragstellerin am 20.5.2020 zugestellten Entscheidung hat der Notar mit Schriftsatz vom 14.5.2020 namens der Verfahrensbeteiligten Beschwerde eingelegt. Er ist der Auffassung, der gestrichene Bestandteil des Musterprotokolls sei vorliegend sinnlos, da das Stammkapital höher sei als 300 €. Unter dieser Voraussetzung sei der Zusatz sogar irreführend.

4 Mit Beschluss vom 22.5.2020 hat das Registergericht der Beschwerde nicht abgeholfen.

5 II. Die gemäß § 382 Abs. 4, § 374 Nr. 1, §§ 58 ff. FamFG zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Entgegen der Beschwerdebegründung sind die Regeln des vereinfachten Verfahrens gemäß § 2 Abs. 1a GmbHG vorliegend nicht anwendbar.

6 Voraussetzung für die Gründung einer Einpersonengesellschaft im vereinfachten Verfahren nach § 2 Abs. 1a GmbHG ist die Verwendung des in der Anlage zu der Vorschrift bestimmten Musterprotokolls (§ 2 Abs. 1a Satz 2 GmbHG). Dabei dürfen nach § 2 Abs. 1a Satz 3 „keine vom Gesetz abweichenden Bestimmungen“ getroffen werden. Gemeint ist damit, dass Abweichungen oder Ergänzungen grundsätzlich nur zulässig sind, wenn dies im Musterprotokoll ausdrücklich vorgesehen ist (BT-Drucks. 16/6140, S. 27; Scholz/Wicke, GmbHG, 12. Aufl. 2018, 2020, § 2 Rdnr. 140). Keine unzulässigen Änderungen des Musterprotokolls stellen nach der Rechtsprechung völlig unbedeutende Abwandlungen bei Zeichensetzung, Satzstellung und Wortwahl dar, die keinerlei Auswirkungen auf den Inhalt haben (OLG München, Beschluss vom 28.9.2010, 31 Wx 173/10; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.7.2011, I-3 Wx 75/11; Scholz/Wicke, GmbHG, § 2

Rdnr. 140; BeckOK-GmbHG/C. Jaeger, Stand: 1.5.2020, § 2 Rdnr. 74a; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbH-Gesetz Kommentar, 20. Aufl. 2020, § 2 Rdnr. 52). Ebenso wenig liegen abweichende Bestimmungen im Sinne des § 2 Abs. 1a Satz 3 vor, soweit es sich um beurkundungsrechtlich gebotene Zusätze handelt (OLG Düsseldorf, a. a. O.), wenn der Urkundeneingang aus Zweckmäßigkeitsgründen anders formuliert (OLG München, a. a. O.) oder die Notarurkunde mit einer Überschrift versehen wird (Scholz/Wicke, GmbHG, § 2 Rdnr. 140). Nicht vereinbar mit dem vereinfachten Verfahren ist es hingegen, den Text des Musterprotokolls umzuformulieren oder andere als die im Musterprotokoll vorgesehenen oder das Beurkundungsverfahren betreffende Ergänzungen vorzunehmen, wenn diese Auswirkungen auf den Inhalt haben (MünchKomm-GmbHG/Heinze, 3. Aufl. 2018, § 2 Rdnr. 232c; Scholz/Wicke, GmbHG, § 2 Rdnr. 140). Wird das Musterprotokoll entgegen § 2 Abs. 1a Satz 3 GmbHG abgeändert oder ergänzt, so liegt eine „normale GmbH-Gründung“ vor, für die die Erleichterungen im Sinne des § 2 Abs. 1a GmbHG nicht gelten, sondern die allgemeinen Regelungen für die Gründung einer GmbH Anwendung finden (OLG München, Beschluss vom 12.5.2010, 31 Wx 19/10; OLG Düsseldorf, a. a. O.).

7 Vorliegend enthält die Gründungsurkunde vom 4.5.2020 nicht nur unbedeutende Abwandlungen in der Wortwahl, sondern sie ändert das Musterprotokoll auch inhaltlich dadurch, dass die von der Gesellschaft zu tragenden, mit der Gründung übernommenen Kosten nicht mehr – wie im Musterprotokoll vorgesehen – in Höhe des Stammkapitals gedeckelt werden. Auch wenn sich diese inhaltliche Änderung vorliegend nicht auswirkt, da das Stammkapital 25.000 € beträgt, hat die inhaltliche Abweichung dennoch zur Folge, dass nicht von einer im Sinne von § 2 Abs. 1a privilegierten GmbH-Gründung auszugehen ist. Dem Gesetzeszweck, die Gründung einer GmbH in unkomplizierten Standardfällen zu erleichtern (BT-Drucks. 16/9737, S. 54, 16/6140 S. 27), wird nur dann Rechnung getragen, wenn das vorgesehene Musterprotokoll ohne inhaltliche Änderungen übernommen wird, um dadurch schon die Prüfung, ob sich die vorgenommene Änderung im konkreten Fall auswirkt, im Beschleunigungsinteresse zu vermeiden. Wenn inhaltliche Änderungen des Musterprotokolls sich nicht auswirken, besteht auch kein Bedarf, sie überhaupt vorzunehmen.

8 Die Zwischenverfügung ist daher zu Recht ergangen.

ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Daniel Widmann**, LL.M. (LUISS), Passau

1. Der zugrunde liegende Fall

Das Urteil des OLG Stuttgart betrifft die Frage, ob und ggf. inwieweit das Musterprotokoll nach § 2 Abs. 1a GmbHG abgeändert werden darf, ohne der diesem gewährten Privilegierungen verlustig zu werden.

Im vorliegenden Fall sollte eine Einpersonen-GmbH mit einem Stammkapital von 25.000 € gegründet werden. Im Zusammenhang mit dem Gründungsaufwand wurde formuliert:

„Die Gesellschaft trägt die mit der Gründung verbundenen Kosten bis zu einem Gesamtbetrag von 300 €. (...)“

Der vom Musterprotokoll vorgesehene Zusatz „höchstens jedoch bis zum Betrag ihres Stammkapitals“ fehlt demnach. Das Registergericht lehnte die Eintragung ab mit der Begründung, aufgrund der Änderung des Musterprotokolls läge eine Gründung im Regelverfahren vor. Folglich sei Ziffer 1 des Gesellschaftsvertrags durch Streichung des Hinweises auf § 2 Abs. 1a GmbHG zu ändern und eine Gesellschafterliste einzureichen.¹

Hiergegen legte die Gründerin Beschwerde ein. Der beurkundende Notar führte im Verfahren aus, der weggelassene Zusatz sei letztlich sogar irreführend, da das Stammkapital mehr als 300 € betrage. Das OLG Stuttgart hielt die Beschwerde für unbegründet. Es führte aus, dem Gesetzeszweck werde nur Rechnung getragen, wenn das vorgesehene Musterprotokoll ohne inhaltliche Änderung übernommen werde, um dadurch schon die Prüfung, ob sich eine vorgenommene Änderung im konkreten Fall auswirke, im Beschleunigungsinteresse zu vermeiden.

2. Rechtliche Würdigung

Der Auffassung des OLG Stuttgart ist letztlich beizupflichten. Der Gesetzgeber hat mit § 2 Abs. 1a GmbHG die Möglichkeit eröffnet, eine GmbH schnell und aufgrund der kostenrechtlichen Privilegierung nach § 105 Abs. 6, § 107 Abs. 1 Satz 2 GNotKG kostengünstig zu gründen. Diese Möglichkeit besteht vor dem Hintergrund der Standardisierung der Gründung,² die letztlich den materiellen Entwurfsaufwand beim Notar und den Prüfungsaufwand beim Registergericht deutlich verringert.³ Wird der durch das vereinfachte Verfahren gesetzte Rahmen verlassen, liegt hingegen eine reguläre GmbH-Gründung vor.

Demgemäß entspricht es heute nahezu einhelliger Meinung, dass Änderungen am Musterprotokoll nur in höchst eingeschränktem Maße möglich sind.⁴ Zum einen betrifft dies vom Musterprotokoll selbst in den Fußnoten vorgesehenen Fälle sowie die Fußnoten selbst.⁵ Überdies sind freilich diejenigen Zusätze möglich, die aus beurkundungsrechtlicher Sicht erforderlich sind.⁶ Die bisherige Rechtsprechung hat nur unbedeutende Änderungen bei Zeichensetzung, Satz-

stellung und Wortwahl akzeptiert, so diese keine Auswirkungen auf den Inhalt hatten.⁷

Diesen Grundsätzen genügt der Beschluss des OLG Stuttgart. Die Streichung des Zusatzes zur Beschränkung des von der Gesellschaft zu tragenden Gründungsaufwands auf das Stammkapital ist nicht alleine sprachlicher Natur. Die Überwälzung solcher Kosten auf die zu gründende GmbH ist nicht nur gelegentlich Gegenstand von Rechtsprechung gewesen und damit im Grunde keineswegs trivial.⁸ Dem Standardisierungs- und Beschleunigungsgedanken des Gesetzes widerspräche es daher, einen solchen Eingriff in das Musterprotokoll zu gestatten.

3. Praxishinweis

Der Praxishinweis in diesem Zusammenhang ist klar: Finger weg von Änderungen des Musterprotokolls! Dies gilt umso mehr, als mit solchen ohnehin kein Blumentopf zu gewinnen ist. Der Gesetzgeber hat mit § 2 Abs. 1a GmbHG zwar eine kostenrechtlich privilegierte Möglichkeit der GmbH-Gründung geschaffen – über die Sinnhaftigkeit ist damit aber längst nichts gesagt, Konfektionsware passt nicht jedem. Gerade bei einer Gesellschaftermehrheit stößt das Musterprotokoll schnell an seine Grenzen, fehlen doch insbesondere Regelungen zu Vinkulierung, zu Einziehung und zu Wettbewerbsverboten bzw. der Möglichkeit der Befreiung hiervon. In solchen Fällen wird der Notar ohnehin zur Inanspruchnahme weiterer Beratung und der Gestaltung eines für den Einzelfall passenden Gesellschaftsvertrags raten.

⁷ Siehe etwa OLG München, Beschluss vom 28.9.2010, 31 Wx 173/10, DNotZ 2011, 69; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.7.2011, I-3 Wx 75/11, ZIP 2011, 2468; LG Chemnitz, Beschluss vom 11.8.2009, 2 HKT 546/09, ZIP 2010, 34.

⁸ Ausführlich etwa *Cramer*, NZG 2015, 373.

19. Eintragung einer identitätswahrenden grenzüberschreitenden Sitzverlegung mit Formwechsel

OLG Oldenburg, Beschluss vom 30.6.2020, 12 W 23/20 (HR)

FamFG §§ 26, 58

HGB § 2 Satz 3, §§ 15, 105 Abs. 2 Satz 2, § 161 Abs. 1, §§ 172, 176

HRV § 20

LEITSÄTZE:

1. Die fehlende Regulierung im Umwandlungsgesetz bedeutet nicht, dass das deutsche Recht den Wechsel einer Personengesellschaft in die Rechtsform einer anderen Personengesellschaft – sei es im Inland oder grenzüberschreitend – nicht ermöglichen würde.
2. Eine Gesellschaft, die nach dem Recht Luxemburgs und somit nach dem Recht eines Mitgliedsstaats der Europäischen Union gegründet wurde, kann sich nach deutscher Rechtslage in Deutschland nieder-

¹ Nach Ansicht des OLG München ist überdies auch ein neuer Gesellschaftsvertrag vorzulegen, da die Befreiung des Geschäftsführers von § 181 BGB ein materieller Satzungsbestandteil und bedarf gesellschaftsvertraglicher Grundlage, OLG München, Beschluss vom 12.5.2010, 34 Wx 19/10, GmbHR 2010, 755 m. krit. Anm. v. *Wachter*.

² Baumbach/Hueck/*Fastrich*, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 2 Rdnr. 16.

³ Zur kostenrechtlichen Privilegierung siehe ausführlich MünchKomm-GmbHG/*Heinze*, 3. Aufl. 2018, § 2 Rdnr. 226.

⁴ Siehe nur Scholz/*Wicke*, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 2 Rdnr. 140; MünchKomm-GmbHG/*Heinze*, § 2 Rdnr. 232c; Beck'sches Notarhandbuch/*Mayer/Weiler*, 7. Aufl. 2019, § 22 Rdnr. 25 ff.; BeckOK-GmbHG/C. *Jaeger*, Stand: 1.2.2021, § 2 Rdnr. 74, jew. m. w. N.

⁵ Beck'sches Notarhandbuch/*Mayer/Weiler*, § 22 Rdnr. 25.

⁶ Ebenda.

lassen, ohne dass dies notwendig einen Formwechsel zur Folge haben muss; ihr ist der Weg, der jeder anderen ausländischen Gesellschaft mit Gründungssitz außerhalb der Europäischen Union bzw. des EWR offensteht, aber nicht versperrt, durch Sitzverlegung und Aufnahme ihrer Geschäftstätigkeit in Deutschland hier Rechtsfähigkeit in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder einer OHG zu erlangen.

3. Das luxemburgische Recht sieht die Möglichkeit eines identitätswahrenden Formwechsel durch grenzüberschreitende Sitzverlegung vor.
4. Der Umstand, dass im luxemburgischen Register keine Gesellschafterliste geführt wird und damit eine Überprüfung einer wirksamen Beteiligung nicht möglich ist, hindert die Eintragung nicht.

Die Entscheidung ist abgedruckt in der DNotZ 2021, 148.

INTERNATIONALES PRIVATRECHT

20. Aufnahme einzelner Nachlassgegenstände in das Europäische Nachlasszeugnis

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.10.2020, I-3 Wx 158/20, mitgeteilt von **Peter von Wnuck-Lipinski**, Richter am OLG a. D.

*BGB §§ 433, 1371 Abs. 1, § 2371
EuErbVO Art. 21 Abs. 1, Art. 67, 68, 69
FamFG §§ 58, 84*

LEITSATZ:

Bei Erbfällen mit Auslandsberührung kommt nach der vom Senat geteilten herrschenden Meinung (vgl. u. a. OLG München, ZEV 2017, 580 f.; OLG Nürnberg, ZEV 2017, 579 f.) die Angabe einzelner Nachlassgegenstände (hier: Eigentumswohnung in Polen) im Europäischen Nachlassverzeichnis unter Anwendung deutschen Erbrechts (Art. 21 Abs. 1 EuErbVO) nicht in Betracht, insbesondere dann nicht, wenn dem Übergang des gesamten Eigentums ein Erbschafts Kauf zugrunde liegt.

ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

21. Haftung der Kommanditisten für vor Insolvenzeröffnung begründete Gesellschaftsverbindlichkeiten

BGH, Urteil vom 15.12.2020, II ZR 108/19 (Vorinstanz: OLG Hamm, Urteil vom 8.4.2019, 8 U 91/18)

HGB §§ 128, 160, 171, 172

LEITSATZ:

Die persönliche Haftung des Kommanditisten nach §§ 171, 172 Abs. 4, § 161 Abs. 2, § 128 HGB besteht bei Insolvenz der Gesellschaft jedenfalls für solche Gesellschaftsverbindlichkeiten, die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet worden sind. Auf die insolvenzrechtliche Einordnung dieser Verbindlichkeiten kommt es dabei nicht an.

22. Restschuldbefreiung begründet keinen Anspruch auf Erteilung einer Löschungsbewilligung hinsichtlich einer vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingetragenen Zwangshypothek

BGH, Urteil vom 10.12.2020, IX ZR 24/20 (Vorinstanz: OLG Koblenz, Entscheidung vom 16.1.2020, 1 U 1536/19)

*BGB § 875 Abs. 1, § 1137 Abs. 1 Satz 2, §§ 1147, 1163 Abs. 1 Satz 2, §§ 1168, 1169
InsO § 301
VerglO § 82 Abs. 2
ZPO §§ 867, 868, 894 Satz 1
ZVG § 10 Abs. 1 Nr. 4*

LEITSATZ:

Die Restschuldbefreiung begründet keinen Anspruch auf Erteilung einer Löschungsbewilligung hinsichtlich einer vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingetragenen Zwangshypothek.

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

23. Keine amtliche Verwahrung einer erbrechtlichen Rücktrittserklärung

OLG Brandenburg, Beschluss vom 22.12.2020, 3 W 115/20

BeurkG § 34

BGB §§ 2271, 2290, 2293, 2296

LEITSÄTZE:

1. **Der Rücktritt von einem Erbvertrag ist nicht in amtliche Verwahrung zu nehmen. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Es entspricht der herrschenden Auffassung in der Literatur – Rechtsprechung hierzu ist, soweit ersichtlich, nicht veröffentlicht –, dass der Anwendungsbereich des § 34 BeurkG die Erklärung des Widerrufs wechselbezoglicher Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments (§ 2271 Abs. 1 BGB), den Erbvertragsrücktritt (§§ 2271, 2293 ff. BGB) und den Aufhebungsvertrag zum Erbvertrag (§ 2290 BGB) nicht umfasst und diese folglich nicht in die amtliche Verwahrung zu bringen sind. (Leitsatz der Schriftleitung)**
3. **Ein Vertrag, durch den ein Erbvertrag aufgehoben wird (§ 2290 BGB), ist zwar ein „actus contrarius“ zum Erbvertrag, jedoch kein Erbvertrag im Sinne des § 34 BeurkG, auch wenn § 2290 Abs. 4 für dessen Errichtung die für den Erbvertrag vorgeschriebene Form verlangt. Gleiches gilt für die Rücktrittserklärung. Herleiten lässt sich dies bereits aus dem Wortlaut des § 34 BeurkG, in dem ausschließlich vom „Abschluss des Erbvertrages“ die Rede ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**
4. **Die besondere amtliche Verwahrung bezweckt die sichere Aufbewahrung einer Verfügung von Todes wegen, deren Inhalt geheim gehalten und vor Manipulationen jeder Art geschützt werden soll. Der Rücktritt vom Erbvertrag setzt für seine Wirksamkeit den Zugang der notariell beurkundeten Rücktrittserklärung an den Vertragspartner voraus (§ 2296 BGB). Die Gefahr einer Manipulation der Rücktrittserklärung oder ein besonderes Geheimhaltungsinteresse besteht also nicht. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Antragsteller, ein Notar, begehrt die Aufnahme einer notariell beurkundeten Rücktrittserklärung von einem Erbvertrag in die amtliche Verwahrung. Das AG hat diesen Antrag zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, § 34 BeurkG sei auf solche Rücktrittserklärungen nicht anwendbar.

2 Hiergegen wendet sich der Antragsteller mit seiner Beschwerde.

3 II. 1. Die Beschwerde des Notars gegen die Ablehnung der amtlichen Verwahrung der Rücktrittserklärung ist zulässig. Der

nach § 34 BeurkG abliefernde Notar hat ein eigenes Beschwerderecht bei der Verweigerung der Annahme (BeckOK-FamFG/Schlögel, Stand: 1.10.2020, FamFG § 346 Rdnr. 14).

4 2. Die Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Der Rücktritt von einem Erbvertrag ist nicht in die amtliche Verwahrung zu nehmen, wie das AG mit zutreffenden Erwägungen ausgeführt hat.

5 Es entspricht der herrschenden Auffassung in der Literatur – Rechtsprechung hierzu ist, soweit ersichtlich, nicht veröffentlicht –, dass der Anwendungsbereich des § 34 BeurkG die Erklärung des Widerrufs wechselbezoglicher Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments (§ 2271 Abs. 1 BGB), den Erbvertragsrücktritt (§§ 2271, 2293 ff. BGB) und den Aufhebungsvertrag zum Erbvertrag (§ 2290 BGB) nicht umfasst und diese nicht in die amtliche Verwahrung zu bringen sind (MünchKomm-BGB/Sticherling, 8. Aufl. 2020, Rdnr. 3; Staudinger/Kanzleiter, Neub. 2019, § 2290 Rdnr. 14; jurisPK-BGB/B. Hamdan/M. Hamdan, Stand: 18.5.2020, § 2290 Rdnr. 11, jeweils für den Aufhebungsvertrag).

6 Soweit der Antragsteller darauf abstellt, dass ein Vertrag, durch den ein Erbvertrag aufgehoben wird, ebenfalls in die amtliche Verwahrung aufzunehmen sei, da auch die Aufhebung eines Erbvertrages ein Erbvertrag im Sinn des § 2274 BGB sei (so *Commichau*, MittBayNot 1998, 235) und dies auch für die Rücktrittserklärung gelten müsse, so folgt der Senat dem nicht.

7 Ein Vertrag, durch den ein Erbvertrag aufgehoben wird (§ 2290 BGB), ist zwar ein „actus contrarius“ zum Erbvertrag, jedoch kein Erbvertrag im Sinne des § 34 BeurkG, auch wenn § 2290 Abs. 4 BGB für dessen Errichtung die für den Erbvertrag vorgeschriebene Form verlangt (Kroiß/Horn/Solomon/Gutfried, Nachfolgerecht, 2. Aufl. 2019, § 34 BeurkG Rdnr. 17). Gleiches gilt für die Rücktrittserklärung. Herleiten lässt sich dies bereits aus dem Wortlaut des § 34 BeurkG, in dem ausschließlich vom „Abschluss des Erbvertrages“ die Rede ist. Bestätigt wird dieses Verständnis durch einen Vergleich des § 34 BeurkG mit § 78d Abs. 2 Satz 1 BNotO, der die Aufnahme von erbfolgerlevanten Urkunden in das Testamentsregister regelt. Hier heißt es:

„Erbfolgerelevante Urkunden sind Testamente, Erbverträge und alle Urkunden mit Erklärungen, welche die Erbfolge beeinflussen können, insbesondere Aufhebungsverträge, Rücktritts- und Anfechtungserklärungen, Erb- und Zuwendungsverzichtsverträge, Ehe- und Lebenspartnerchaftsverträge und Rechtswahlen.“

8 Es wird also ausdrücklich zwischen Verträgen, die den Abschluss eines Erbvertrages beinhalten und anderen erbfolgerlevanten Urkunden, zu denen auch die Erklärung, mit der ein Rücktritt von einem Erbvertrag erfolgt gehört, unterschieden (Burandt/Rojahn/Egerland, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 34 BeurkG Rdnr. 12 unter Aufgabe seiner in der 1. Auflage unter Anschluss an *Commichau* vertretenen gegenteiligen Auffassung).

9 Auch der Zweck der besonderen amtlichen Verwahrung gebietet es nicht, eine Rücktrittserklärung mit dem Abschluss eines Erbvertrages gleichzusetzen.

10 Die besondere amtliche Verwahrung bezweckt die sichere Aufbewahrung einer Verfügung von Todes wegen, deren Inhalt geheim gehalten und vor Manipulationen jeder Art geschützt werden soll (MünchKomm-FamFG/*Muscheler*, § 346 Rdnr. 1). Geschützt wird damit das Interesse der öffentlichen Rechtspflege an einem geordneten Verwahrungsverfahren einerseits und das des Erblassers an Schutz und Geheimhaltung seines letzten Willens andererseits (BeckOK-FamFG/*Schlögel*, § 346 FamFG Rdnr. 1).

11 Der Rücktritt vom Erbvertrag setzt für seine Wirksamkeit den Zugang der notariell beurkundeten Rücktrittserklärung an den Vertragspartner voraus (§ 2296 BGB). Die Gefahr einer Manipulation der Rücktrittserklärung oder ein besonderes Geheimhaltungsinteresse besteht also nicht.

12 Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG, der Verfahrenswert orientiert sich am Auffangwert des § 36 Abs. 2 GNotKG.

24. Interesse an Kenntniserwerb über theoretisch denkbare Urheberrechtsverletzung (hier: durch Überlassung der Architektenplanung an einen Käufer) kein ausreichendes berechtigtes Interesse für Einsicht in Grundakten

OLG Saarbrücken, Beschluss vom 13.1.2020, 5 W 84/19

GBO § 12 Abs. 1

GBV § 46 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Eine Architektin, die auf die Angabe, es bestünden noch Honoraransprüche gegen den bisherigen Grundstückseigentümer, bereits antragsgemäß ein Grundbuchauszug erteilt worden ist, vermag mit dem weiteren Hinweis, es sei für sie von Interesse zu erfahren, ob durch eine Überlassung ihrer Planung an den Käufer Urheberrechte verletzt worden seien, kein ausreichendes berechtigtes Interesse an der Einsicht – auch – in die bei den Grundakten befindliche Verkaufsurkunde darzulegen.
2. Ein „berechtigtes Interesse“ an der Einsicht in Grundbuch und Grundakten setzt voraus, dass bei verständiger Würdigung des Einzelfalls und nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge mit der Einsichtnahme Erkenntnisse gesammelt werden, die für den Antragsteller aus sachlichen Gründen für sein künftiges Handeln erheblich erscheinen; das Interesse des Eigentümers oder sonstigen Berechtigten am Schutz persönlicher und wirtschaftlicher Geheimnisse ist dabei in jedem Einzelfall gegen das Interesse des Antragstellers an der Kenntniserwerb abzuwägen. (Leitsatz der Schriftleitung)

3. Die das Einsichtsverlangen stützenden Sachgründe sind vom Antragsteller darzulegen und zu erläutern. Dieser muss durch nachvollziehbares Tatsachenvorbringen einen Sachverhalt glaubhaft beschreiben, aus dem sich für das Grundbuchamt – und in der Beschwerdeinstanz für das Beschwerdegericht – die Verfolgung eines berechtigten Interesses erschließt und unberechtigte Zwecke oder bloße Neugier bzw. nur irgendein bloß beliebiges Interesse ausgeschlossen erscheinen lässt. (Leitsatz der Schriftleitung)
4. Da dem eingetragenen Grundstückseigentümer gegen die Gewährung der Grundbucheinsicht an einen Dritten ein Beschwerderecht nicht zusteht, ist das Grundbuchamt gehalten, die Darlegung eines berechtigten Interesses an der begehrten Grundbucheinsicht in jedem Einzelfall genau nachzuprüfen, um Einsichtnahmen zu verhindern, durch die das schutzwürdige Interesse Eingetragener daran verletzt werden könnte, Unbefugten keinen Einblick in ihre Rechts- und Vermögensverhältnisse zu gewähren. (Leitsatz der Schriftleitung)

ÖFFENTLICHES RECHT

25. Zum Genehmigungsverfahren nach GrdstVG im Falle eines Wiederkaufs

BGH, Urteil vom 15.5.2020, V ZR 18/19 (Vorinstanz: OLG Oldenburg, Urteil vom 13.12.2018, 1 U 13/18)

BGB § 433 Abs. 1 Satz 1, § 456 Abs. 2, § 883 Abs. 2, § 888 GrdstVG § 6 Abs. 1 Satz 1, § 9

LEITSÄTZE:

1. Wird die Genehmigung eines Wiederkaufs beantragt, reicht der Antragsteller nur dann die Urkunde über das zu genehmigende Rechtsgeschäft im Sinne von § 6 Abs. 1 Satz 1 GrdstVG vollständig ein, wenn er den Vertrag vorlegt, in dem dem Wiederkäufer das Recht des Wiederkaufs eingeräumt worden ist; die Vorlage eines sog. Vollzugsvertrags reicht nicht.
2. Der Vorlage einer Urkunde über die Ausübung des Wiederkaufs bedarf es zur Vollständigkeit der einzureichenden Unterlagen nicht; vielmehr reicht es aus, die Ausübung des Wiederkaufsrechts der Behörde mit dem Genehmigungsantrag mitzuteilen.

SACHVERHALT:

1 Mit notariellem Vertrag vom 20.12.2010 verkaufte der Kläger die in seinem Eigentum stehenden landwirtschaftlichen Flächen an H M. Die Beklagte übte als Siedlungsunternehmen in der Folgezeit ihr gesetzliches Vorkaufsrecht aus. In dem daraufhin am 25.10.2011 geschlossenen notariellen Vertrag übernahm die Beklagte die in dem Kaufvertrag mit H M enthaltene Vereinbarung über ein Wiederkaufsrecht des Klägers. Zur Sicherung der Rückübertragungsansprüche wurden Vormerkungen in das Grundbuch eingetragen. Die Beklagte

verkaufte die Flächen anschließend teils an den einen Streithelfer, teils an den anderen Streithelfer; diese sind im Grundbuch als Eigentümer eingetragen.

2 Mit Schreiben vom 13.7.2015 übte der Kläger sein Wiederkaufsrecht aus. Am 11.6.2018 beantragte er die Genehmigung des Wiederkaufs nach § 9 GrdstVG. Dem Antrag war ein nicht unterschriebener notarieller Entwurf eines Vertrages über den „Rückkauf“ der Grundstücke beigelegt. Unter dem 14.6.2018 sandte die Genehmigungsbehörde dem Kläger die Antragsunterlagen zurück und teilte ihm mit, dass der Antrag nicht bearbeitet werden könne, weil kein unterschriebener Rückkaufvertragsentwurf nebst Auflassung vorgelegt worden sei.

3 Der Kläger verlangt von der Beklagten, die näher bezeichneten Grundstücke an ihn aufzulassen und die Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch zu bewilligen Zug um Zug gegen Zahlung des Wiederkaufpreises von 252.656,41 €. Das LG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das OLG ihr stattgegeben. Mit der von dem Senat zugelassenen und von den Streithelfern eingelegten Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, möchten diese die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen.

AUS DEN GRÜNDEN:

4 I. Das Berufungsgericht meint, dem Kläger stehe gegen die Beklagte ein Rückübertragungsanspruch nach § 456 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB zu. Es liege eine wirksame Wiederkaufabrede vor; der Kläger habe sein Wiederkaufsrecht auch wirksam ausgeübt. Zwar habe die Genehmigungsbehörde den mit der Ausübung des Wiederkaufs zustande gekommenen Kaufvertrag nicht nach § 9 GrdstVG genehmigt. Es greife aber die Genehmigungsfiktion des § 6 Abs. 2 GrdstVG ein. Der Antrag vom 11.6.2018 habe die Monatsfrist des § 6 Abs. 1 GrdstVG in Gang gesetzt. Die Rücksendung der Antragsunterlagen sei zu Unrecht erfolgt. Der Vertragsentwurf habe nicht von beiden Parteien unterzeichnet sein müssen, weil der Wiederkaufvertrag durch einseitige Erklärung des Klägers zustande gekommen und über die Bedingungen des Wiederkaufs bereits im Ursprungsvertrag Einigkeit erzielt worden sei. Da die Behörde weder über den Antrag entschieden noch einen Zwischenbescheid erlassen habe, der zu einer Fristverlängerung geführt hätte, gelte die Genehmigung mit Ablauf des 11.7.2018 als erteilt.

5 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

6 1. Der Kläger könnte von der Beklagten nach § 456 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB die Verschaffung des Eigentums an den streitgegenständlichen Grundstücken verlangen, wenn der Wiederkaufvertrag wirksam zustande gekommen wäre. Dass die Beklagte nicht als Eigentümerin der Grundstücke im Grundbuch eingetragen ist, steht dem nicht entgegen. Der durch die Ausübung des Wiederkaufsrechts entstehende künftige Auflassungsanspruch ist hier durch Vormerkungen gesichert. Zur Erfüllung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs ist nur der Schuldner verpflichtet; die Vormerkung dient lediglich der Sicherung dieses Anspruchs. Dieser Zweck wird nach der gesetzlichen Regelung dadurch erreicht, dass eine Verfügung, die nach der Eintragung der Vormerkung über das Grundstück getroffen wird, insoweit als unwirksam angesehen wird, als sie den gesicherten Anspruch beeinträchtigen würde (§ 883 Abs. 2 BGB). Das bedeutet, dass trotz zwischenzeitlicher Veräußerung des Grundstücks der Veräußerer im Verhältnis zum Vormerkungsberechtigten

weiterhin als Eigentümer gilt, soweit es zur Verwirklichung des vorgemerkten Anspruchs erforderlich ist, und er deshalb den gesicherten Anspruch noch erfüllen kann (vgl. BGH, Urteil vom 10.10.1988, II ZR 92/88, BGHZ 105, 259, 261; siehe auch Senat, Urteil vom 5.10.1979, V ZR 71/78, BGHZ 75, 288, 290). Gegenüber dem vormerkungswidrig Eingetragenen begründet § 888 BGB einen Zustimmungsanspruch und stellt sicher, dass die nach dem formellen Grundbuchrecht notwendige Bewilligung des Betroffenen (§ 19 GBO) erwirkt werden kann (vgl. Senat, Urteil vom 4.12.2015, V ZR 202/14, BGHZ 208, 133 Rdnr. 12 f. m. w. N.). Vor diesem Hintergrund wäre die Beklagte zwar gegenüber dem Kläger zur Auflassung, nicht aber – wie von dem Berufungsgericht angenommen – zur Bewilligung des Eigentumswechsels im Grundbuch verpflichtet.

7 2. Der Wiederkaufvertrag ist aber mangels der nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GrdstVG erforderlichen grundstücksverkehrsrechtlichen Genehmigung schwebend unwirksam.

8 a) Das Berufungsgericht geht im Ausgangspunkt zutreffend davon aus, dass der Wiederkaufvertrag gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 GrdstVG genehmigungsbedürftig ist. Nicht anders als bei einem Vorkaufs- oder einem Ankaufsrecht ist auch bei einem Wiederkaufsrecht das durch dessen Ausübung zustande gekommene Rechtsgeschäft genehmigungspflichtig (vgl. Senat, Beschluss vom 5.5.1983, V BLw 16/82, BGHZ 87, 233, 235 f.; *Ehrenforth*, RSG und GrdstVG, § 2 GrdstVG Anm. 7a, S. 365; *Netz*, GrdstVG, 8. Aufl., Rdnr. 1004). Dagegen bedarf die Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts nicht der Grundstücksverkehrsgenehmigung. Zwar enthält der Vertrag, in dem das Wiederkaufsrecht vereinbart wird, auch Bestimmungen über die Einzelheiten der künftigen Veräußerung, insbesondere stehen die Vertragsparteien, der Vertragsgegenstand und der Kaufpreis (§ 456 Abs. 2 BGB) fest. Der Wiederkauf kommt aber erst mit der Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer zustande, dass er das Wiederkaufsrecht ausübe (§ 456 Abs. 1 BGB). Da sich die für die Genehmigung maßgeblichen tatsächlichen Umstände in der Zeit zwischen Vereinbarung des Wiederkaufsrechts und seiner Ausübung entscheidend verändern können (vgl. BGH, Beschluss vom 8.7.1952, V BLw 89/51, JZ 1952, 661), kann erst in dem Zeitpunkt, in dem das Wiederkaufsrecht ausgeübt wird, sinnvoll geprüft werden, ob gesetzliche Versagungsgründe vorliegen.

9 b) Zu Recht bejaht das Berufungsgericht auch die Antragsberechtigung des Klägers. Nach § 3 Abs. 2 Satz 1 GrdstVG sind zur Stellung des Genehmigungsantrags die Vertragsparteien und ggf. derjenige, zu dessen Gunsten der Vertrag geschlossen worden ist, berechtigt. Es genügt, dass der Antrag auf Erteilung der Genehmigung nur durch eine Vertragspartei gestellt wird (vgl. *Ehrenforth*, RSG und GrdstVG, § 3 GrdstVG Anm. 4, S. 384; *Lange*, GrdstVG, 2. Aufl., § 3 Anm. 3, 6; *Netz*, GrdstVG, Rdnr. 1363; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 4001; vorausgesetzt in BGH, Beschluss vom 23.11.2012, BLw 13/11, NJW 2013, 607 Rdnr. 18). Das gilt, anders als die Revision meint, auch bei einem Vertragsentwurf. Soweit teilweise gefordert wird, dass der eingereichte Vertragsentwurf von allen Vertragsbeteiligten unterschrieben sein müsse, betrifft dies nicht die Antragsberechtigung; die Unterschriften dienen allein dem Nachweis, dass über die wesentlichen Vertrags Elemente zwischen den Betei-

lichten Einigkeit besteht (vgl. OLG Stuttgart, RdL 1981, 103; *Netz*, GrdstVG, Rdnr. 1087 a. E.).

10 c) Rechtsfehlerhaft nimmt das Berufungsgericht allerdings an, dass die grundstücksverkehrsrechtliche Genehmigung gemäß § 6 Abs. 2 GrdstVG infolge Fristablaufs als erteilt gilt.

11 aa) Noch zutreffend geht es zwar davon aus, dass in dem Schreiben der Genehmigungsbehörde vom 14.6.2018, mit dem sie dem Kläger die Antragsunterlagen zurückgesandt hat, keine – zur Unwirksamkeit des Wiederkaufs führende – Versagung der Genehmigung zu sehen ist. Hiergegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

12 (1) Die Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB sind auf öffentlichrechtliche Erklärungen entsprechend anzuwenden. Bei Verwaltungsakten kommt es wie bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen nicht auf den wirklichen Willen des Erklärenden, sondern auf den objektiven Erklärungsinhalt an. Maßgeblich ist, wie der Empfänger die Erklärung nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der für ihn erkennbaren Umstände verstehen musste. Dabei ist von dem Wortlaut der Erklärung auszugehen und deren objektiver Gehalt unter Berücksichtigung des Empfängerhorizonts zu ermitteln (st. Rspr., vgl. BVerwG, NVwZ 2017, 326 Rdnr. 20, insoweit nicht in BVerwGE 155, 261 abgedruckt; BVerwGE 147, 81 Rdnr. 27, jew. m. w. N.). Unklarheiten gehen zulasten der Verwaltung (vgl. BVerwGE 99, 101, 103 f. m. w. N.).

13 (2) Nach diesen Grundsätzen kann das Schreiben der Behörde vom 14.6.2018 weder formal nach dem äußeren Erscheinungsbild noch inhaltlich als verfahrensabschließender Verwaltungsakt qualifiziert werden. Das Schreiben enthält weder eine Entscheidungsformel, die auf eine Zurückweisung des Antrages schließen lässt, noch eine Rechtsbehelfsbelehrung. Auch sein Inhalt deutet nicht auf eine ablehnende Entscheidung hin. Eine Zurückweisung wäre zu diesem Zeitpunkt auch verfahrensfehlerhaft gewesen. Für das Verfahren der nach dem Grundstücksverkehrsgesetz zuständigen Behörden ist das maßgebliche VwVfG anzuwenden, soweit nicht im Grundstücksverkehrsgesetz etwas Abweichendes bestimmt ist (vgl. BGH, Beschluss vom 23.11.2012, BLw 13/11, NJW 2013, 607 Rdnr. 12). Nach § 1 Abs. 1 NVwVfG i. V. m. § 25 Abs. 2 Satz 1 VwVfG erörtert die Behörde, soweit erforderlich, welche Nachweise und Unterlagen von dem Antragsteller zu erbringen sind, und sie soll nach § 25 Abs. 2 Satz 2 VwVfG dem Antragsteller nach Eingang des Antrags unverzüglich Auskunft über die Vollständigkeit der Antragsunterlagen geben (vgl. auch *Netz*, GrdstVG, Rdnr. 1431). Die Behörde ist hiervon ausgegangen. Sie hat unter Hinweis auf die Unvollständigkeit der Unterlagen zu erkennen gegeben, dass es an einer geeigneten Entscheidungsgrundlage fehlt und sie deshalb nicht in der Lage ist, eine Entscheidung zu treffen. Das Schreiben ist daher dahin zu verstehen, dass dem Kläger Gelegenheit zur Ergänzung der Unterlagen gegeben werden sollte.

14 bb) Die Genehmigungsfiktion des § 6 Abs. 2 GrdstVG ist aber nicht eingetreten, weil der Antrag des Klägers die Frist des § 6 Abs. 1 Satz 1 GrdstVG für die Genehmigung des Wiederkaufvertrags mangels Vorlage vollständiger Urkunden nicht in Gang gesetzt hat.

15 (1) § 6 Abs. 1 Satz 1 GrdstVG bestimmt, dass die Entscheidung über die Genehmigung binnen einem Monat nach Eingang des Antrags und der Urkunde über das zu genehmigende Rechtsgeschäft bei der örtlich zuständigen Genehmigungsbehörde zu treffen ist. Nach § 6 Abs. 2 GrdstVG gilt die Genehmigung mit Fristablauf als erteilt, wenn die Genehmigungsbehörde nicht vorher über den Antrag entscheidet oder die Frist verlängert. Die Frist beginnt mit Eingang der vollständigen Unterlagen zu laufen (§ 1 Abs. 1 NVwVfG i. V. m. § 42 a Abs. 2 Satz 2 VwVfG; vgl. *Dombert/Witt/Booth*, AgrR, 2. Aufl., § 8 Rdnr. 198). Die Vollständigkeit der Unterlagen bestimmt sich objektiv nach den gesetzlichen Vorgaben; der Behörde steht kein Beurteilungsspielraum zu (vgl. *BeckOK-VwVfG/Schemmer*, Stand: 1.7.2020, § 42a Rdnr. 12 f.; *NK-VwVfG/Uechtritz*, 2. Aufl., § 42a Rdnr. 58; *Stelkens/Bonk/Sachs/Stelkens*, VwVfG, 9. Aufl., § 42a Rdnr. 75 f.).

16 (2) Vollständig ist der Genehmigungsantrag nur, wenn mit ihm die Urkunde über das zu genehmigende Rechtsgeschäft vorgelegt wird (§ 6 Abs. 1 Satz 1 GrdstVG).

17 (a) Vorzulegen ist jedenfalls die Urkunde über das schuldrechtliche Grundgeschäft. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GrdstVG bedarf nicht nur die rechtsgeschäftliche Veräußerung eines Grundstücks, sondern auch der schuldrechtliche Vertrag hierüber der Genehmigung. Hiervon macht § 2 Abs. 1 Satz 2 GrdstVG nur insoweit eine Ausnahme, als mit der Genehmigung des schuldrechtlichen Vertrages auch die Auflassung als genehmigt gilt. Das dingliche Übertragungsgeschäft kann hingegen – von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen – nicht ohne das schuldrechtliche Grundgeschäft genehmigt werden (vgl. OLG München, RdL 1969, 63, 64; *Düsing/Martinez/Martinez*, AgrarR, § 2 GrdstVG Rdnr. 11; *Netz*, GrdstVG, Rdnr. 772, 777). Denn die Behörde ist zu einer sachlichen Entscheidung über die Genehmigung nur in der Lage, wenn ihr auch die zur lenkungsrechtlichen Beurteilung erforderlichen wesentlichen schuldrechtlichen Vertragsbestimmungen unterbreitet werden (vgl. OLG München, RdL 1969, 63, 64; *Düsing/Martinez/Martinez*, AgrarR, § 2 GrdstVG Rdnr. 11; *Netz*, GrdstVG, Rdnr. 777).

18 Mit Blick auf die Vorschrift des § 2 Abs. 1 Satz 3 GrdstVG, wonach eine Genehmigung auch vor der Beurkundung des Rechtsgeschäfts erteilt werden kann, genügt es, wenn mit dem Antrag nur ein Vertragsentwurf eingereicht wird (vgl. BGH, Beschluss vom 26.5.1964, V BLw 3/64, BGHZ 41, 350, 352). Dabei kann hier offenbleiben, ob dieser von den künftigen Vertragsparteien unterschrieben sein muss (so AG Oschatz, Beschluss vom 23.12.2010, XV 13/10, juris Rdnr. 23; *Netz*, GrdstVG, Rdnr. 1087; *Netz*, RdL 2010, 225, 226; vgl. auch OLG Stuttgart, RdL 1981, 103; zweifelnd OLG Jena, AUR 2010, 85, 86; differenzierend *Bremer/Schultze/Ilsemann*, RdL 2010, 253, 254). Denn bei dem von dem Kläger eingereichten Vertragsentwurf handelt es sich nicht um den Entwurf des zu genehmigenden Rechtsgeschäfts.

19 (b) Wird die Genehmigung eines Wiederkaufs beantragt, reicht der Antragsteller nur dann die Urkunde über das zu genehmigende Rechtsgeschäft im Sinne von § 6 Abs. 1 Satz 1 GrdstVG vollständig ein, wenn er den Vertrag vorlegt, in dem dem Wiederkäufer das Recht des Wiederkaufs eingeräumt worden ist; die Vorlage eines sog. Vollzugsvertrags reicht nicht.

20 (aa) Notwendig vorzulegen ist der Kaufvertrag, in dem sich der Wiederkäufer das Recht des Wiederkaufs vorbehalten hat. Die Vereinbarung eines Wiederkaufs im Sinne von § 456 Abs. 1 BGB stellt eine neben den eigentlichen Kaufvertrag tretende Rückkaufabrede dar, die dem Verkäufer einen aufschiebend bedingten Anspruch auf (Rück-)Übereignung des Kaufgegenstands gewährt. Der Wiederkaufvertrag ist mit dieser Abrede bereits bedingt abgeschlossen und wird mit der Wiederkaufserklärung wirksam (vgl. Senat, Urteil vom 14.1.2000, V ZR 386/98, NJW 2000, 1332). Da die Kriterien, die nach § 9 GrdstVG für eine Versagung der Genehmigung maßgebend sind, erst aus den näheren Einzelheiten des Grundstücksgeschäfts ersichtlich sind (vgl. Senat, Urteil vom 20.11.1981, V ZR 155/80, BGHZ 82, 292, 295) und sich die wesentlichen schuldrechtlichen Vereinbarungen der Parteien für den Wiederkauf aus der Urkunde über den Kaufvertrag ergeben, ist diese Urkunde der Behörde vorzulegen, damit sie die lenkungsrechtliche Beurteilung sachgerecht vornehmen kann. Dies gilt auch dann, wenn – wie hier – eine Vertragsurkunde vorgelegt wird, die zum Zwecke des Vollzugs des – mit der Ausübung des Wiederkaufsrechts zustande gekommenen – Wiederkaufvertrags errichtet worden ist und in der dessen inhaltliche Regelungen wiedergegeben werden. Ein derartiger Vollzugsvertrag hat bezüglich der wiedergegebenen Vereinbarungen des Wiederkaufsvertrags lediglich deklaratorischen Charakter. Er kann zwar im Hinblick auf die in ihm enthaltene Aufassung in dem Genehmigungsverfahren eingereicht werden (und muss eingereicht werden, soweit er neue schuldrechtliche Vereinbarungen enthält). Seine Vorlage macht aber die Vorlage des Vertrags, in dem das Wiederkaufsrecht vereinbart wurde, nicht entbehrlich. Letzterer enthält die für den Inhalt des Wiederkaufvertrags maßgeblichen Vereinbarungen; nur wenn (auch) er vorgelegt wird, ist sichergestellt, dass der Behörde alle Vertragsbestimmungen zur Kenntnis gebracht wurden. Die Genehmigungsbehörde muss deshalb auf der Grundlage der die Vereinbarung des Wiederkaufsrechts enthaltenden Vertragsurkunde ihre Prüfung durchführen.

21 (bb) Hingegen bedarf es der Vorlage einer Urkunde über die Ausübung des Wiederkaufs zu der Vollständigkeit der einzureichenden Unterlagen nicht; es reicht aus, die Ausübung des Wiederkaufsrechts der Behörde mit dem Genehmigungsantrag mitzuteilen. Die Ausübung des Wiederkaufsrechts bedarf – anders als die Wiederkaufabrede – gemäß § 456 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form (vgl. Senat, Urteil vom 14.1.2000, V ZR 386/98, NJW 2000, 1332 f.). Wird das Wiederkaufsrecht mündlich ausgeübt, existiert keine Urkunde über das Zustandekommen des Wiederkaufvertrags, welche der Behörde vorgelegt werden könnte. Die Wirksamkeit der Ausübung des Wiederkaufsrechts hat die Behörde im Genehmigungsverfahren ohnehin nicht zu prüfen, solange das zu genehmigende Rechtsgeschäft nicht offensichtlich unwirksam ist (vgl. BGH, Beschluss vom 3.6.1976, V BLw 16/75, WM 1976, 849, 850). Zudem ergeben sich die Vereinbarungen der Parteien, welche für die lenkungsrechtliche Beurteilung durch die Behörde maßgeblich sind, nicht aus der Erklärung über die Ausübung des Wiederkaufsrechts, sondern aus der Wiederkaufabrede.

22 (3) Nach diesen Maßstäben ist der Genehmigungsantrag des Klägers unvollständig und konnte die Frist des § 6 Abs. 1

Satz 1 GrdstVG für die Genehmigung des Wiederkaufvertrags nicht in Gang setzen. Der von dem Kläger mit dem Genehmigungsantrag vorgelegte Vertragsentwurf setzt den bereits zustande gekommenen Wiederkaufvertrag voraus, mag er auch dessen Vereinbarungen in deklaratorischer Weise wiedergeben. Konstitutiv sind in ihm aber nur die zur Abwicklung des ausgeübten Wiederkaufs notwendigen Erklärungen, wie die Aufassung und Vollzugsvollmachten. Den notariellen Vertrag vom 25.10.2011, der die Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts zwischen dem Kläger und der Beklagten enthält, hat der Kläger der Genehmigungsbehörde ebenso wenig vorgelegt wie den Kaufvertrag vom 20.12.2010. Auf letzteren wird in der Vertragsurkunde vom 25.10.2011 im Zusammenhang mit der Vereinbarung des Wiederkaufsrechts Bezug genommen. Damit fehlt es an der erforderlichen Vorlage der Urkunden über das nach § 6 Abs. 1 Satz 1 GrdstVG zu genehmigende Rechtsgeschäft.

23 III. Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat hat in der Sache selbst zu entscheiden, weil die Aufhebung des Urteils nur wegen einer Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf den festgestellten Sachverhalt erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Dies führt zur Zurückweisung der Berufung des Klägers gegen das landgerichtliche Urteil, da ihm mangels Genehmigung des Wiederkaufs derzeit kein Rückübertragungsanspruch gegen die Beklagte zusteht.

24 IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1, § 101 Abs. 1 ZPO.

STEUERRECHT

26. Grunderwerbsteuer bei Auflösung nichtehelicher Lebensgemeinschaften

BFH, Beschluss vom 1.12.2020, II B 53/20 (Vorinstanz: FG Schleswig-Holstein, Urteil vom 6.8.2020, 3 K 86/20)

GrEStG § 3 Nr. 5a

LEITSÄTZE:

- § 3 Nr. 5 a GrEStG erfasst den Grundstückserwerb durch den früheren Lebenspartner im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetzes.**
- Die Vorschrift erfasst nicht den Grundstückserwerb durch den früheren Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft.**

27. Grundstücksschenkung und Gleichstellungsverpflichtung

BFH, Urteil vom 16.9.2020, II R 33/19 (Vorinstanz: FG Baden-Württemberg, Urteil vom 21.11.2018, 7 K 1602/18)

BGB §§ 181, 275, 311b, 525, 1629, 1795, 1909
ErbStG § 7 Abs. 1 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1, § 15

LEITSÄTZE:

- 1. Die Grunderwerbsteuerrechtlichen Grundsätze über die Zusammenschau von Befreiungsvorschriften finden im Schenkungsteuerrecht keine Anwendung.**
- 2. Wer lediglich über einen Eigentumsverschaffungsanspruch verfügt, aber nicht Eigentümer ist, kann das Eigentum nicht im Wege der Schenkung übertragen.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) hat insgesamt acht Kinder. Nach der Geburt des vierten Kindes schenkte er den vier Kindern mittels notariell beurkundeten Vertrags vom 20.12.1984 ein Grundstück. Für den Fall, dass dem Kläger weitere Kinder nachgeboren werden sollten, verpflichteten sie sich, diese ab Geburt so zu stellen, dass alle gleichmäßig am Grundstück beteiligt sind.

2 Nach der Geburt zweier weiterer Kinder übertrugen die vier erstgenannten Kinder mit notariellem Vertrag vom 16.5.1989 entsprechende Bruchteile auf die beiden nachgeborenen Geschwister, sodass alle sechs Kinder jeweils zu einem Sechstel Miteigentümer waren. Der Gleichstellungsanspruch bestand fort. Die Übertragungen wurden grundbuchlich vollzogen.

3 In den Jahren 2001 und 2004 wurden in zweiter Ehe zwei weitere Kinder geboren. Eine anteilige Eigentumsübertragung auf diese Kinder entsprechend der Gleichstellungsverpflichtung erfolgte jedoch nicht mehr.

4 Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 12.6.2014 übertrugen die sechs ersten Kinder das Eigentum wieder auf den Kläger zurück. Zur Gegenleistung bestimmt der Vertrag:

„Eine Gegenleistung hat der Erwerber nicht zu erbringen.“

Der Grundbucheintrag erfolgte am 10.7.2014. Mit notariellem Vertrag vom 17.7.2014 übertrug der Kläger den beiden jüngsten Kindern (dem siebenten und achten Kind) unentgeltlich das Eigentum an dem Grundstück.

5 Das erste und fünfte Kind waren im Bezirk des Beklagten und Revisionsbeklagten (FA) wohnhaft. Der Grundbesitzwert auf den 12.6.2014 wurde i. H. v. 225.192 € unter Zurechnung von je $\frac{1}{6}$ auf die ersten sechs Kinder (jeweils 37.532 €) gesondert festgestellt. Nach Auffassung des FA unterlag der Erwerb der entsprechenden Miteigentumsanteile von jeweils $\frac{1}{6}$ durch den Kläger der Schenkungsteuer, die es nach mehrfachen Änderungen im Hinblick auf die mittlerweile nicht mehr streitige Bewertung von Wohnrechten schließlich für die Erwerbe von dem ersten und dem fünften Kind durch Bescheide vom 2.11.2018 (im Klageverfahren) auf jeweils 1.140 € festsetzte. Im Einspruchs- und Klageverfahren berief sich der Klä-

ger darauf, dass wegen der Gleichstellungsansprüche der beiden jüngsten Kinder die Zuwendungen durch die ersten sechs Kinder eigentlich nur $\frac{1}{8}$ des Grundstücks umfassten.

6 Das FG hat die Klage abgewiesen. Zuwendende seien die beiden im Bezirk des FA wohnhaften Kinder aus der ersten Ehe. Die beiden jüngsten Kinder aus der zweiten Ehe seien mangels Eigentums am Grundstück nicht Zuwendende. Der lediglich schuldrechtliche Gleichstellungsanspruch sei nicht geltend gemacht, eingefordert oder eingeklagt worden und berühre die Eigentumsverhältnisse nicht. Die zur Grunderwerbsteuer ergangene Rechtsprechung des BFH zur interpolierenden Betrachtungsweise sei auf die Schenkungsteuer nicht übertragbar und bewirke keine Anknüpfung an fiktive Sachverhalte. Das FG-Urteil ist in EFG 2019, 192 veröffentlicht.

7 Mit seiner Revision rügt der Kläger die Verkennung der schenkungsteuerrechtlichen Leistungsbeziehungen sowie eine unzutreffende Erfassung des Werts der Zuwendung und damit sinngemäß eine Verletzung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG sowie des § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG.

8 So wie in der Grunderwerbsteuer in interpolierender Betrachtung der abgekürzte Weg steuerfrei sein könne, wenn die unterbliebenen Zwischenerwerbe es wären, sei in der Schenkungsteuer bei einem zur Weitergabe verpflichteten Zwischenerwerber nur der Dritte steuerpflichtig. Weder für den ersten Schritt, die Gleichstellung der beiden nachgeborenen Kinder durch Übertragung von $\frac{1}{8}$ Miteigentumsanteil, noch für den zweiten Schritt, die Übertragung des Eigentums von allen acht Kindern auf den Kläger, noch für den dritten Schritt, die Übertragung von dem Kläger auf die beiden nachgeborenen Kinder allein, wäre Schenkungsteuer angefallen.

9 Zumindest sei die Gleichstellungsverpflichtung vom Gesamtwert der Schenkung abzuziehen. Den Anspruch habe der Kläger als Vormund für die Kinder geltend gemacht.

10 Der Kläger beantragt,

die Vorentscheidung aufzuheben und die Bescheide vom 2.11.2018 betreffend die Schenkungen des ersten und des fünften Kindes dahin zu ändern, dass die Schenkungsteuer jeweils auf 0 € festgesetzt wird.

11 Das FA beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

12 Schenker eines Grundstücks sei, wer im Grundbuch eingetragen sei. Eine Interpolation erlaube keine abweichende Betrachtung.

13 Die Gleichstellungsverpflichtungen zugunsten der nachgeborenen Geschwister seien nicht bereicherungsmindernd abzuziehen. Es handele sich um persönliche Schulden, deren Übernahme durch den Kläger besonderer Vereinbarung bedürft hätte. Die Ansprüche der jüngsten Kinder seien durch die Rück-schenkung vom 12.6.2014 entweder vertraglich aufgehoben worden oder die Erfüllung unmöglich geworden. Sie hätten bei dem Kläger jedenfalls keine Belastung mehr dargestellt.

14 II. Die Revision ist nach § 126 Abs. 4 FGO zurückzuweisen. Das FG hat im Ergebnis zu Recht erkannt, dass die mit Vertrag

vom 12.6.2014 von den Kindern aus erster Ehe bewirkten Schenkungen der Miteigentumsanteile an dem Grundstück sich auf jeweils $\frac{1}{6}$ des Grundstücks bezogen und die Gleichstellungsansprüche der beiden jüngsten Kinder nicht abzuziehen sind.

15 1. Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gilt als Schenkung unter Lebenden jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird.

16 a) Eine freigebige Zuwendung setzt in objektiver Hinsicht voraus, dass die Leistung zu einer Bereicherung des Bedachten auf Kosten des Zuwendenden führt und die Zuwendung objektiv unentgeltlich ist und in subjektiver Hinsicht den Willen des Zuwendenden zur Freigebigkeit. Erforderlich ist eine Vermögensverschiebung, d. h. eine Vermögensminderung auf der Seite des Zuwendenden und eine Vermögensmehrung auf der Seite des Bedachten. Objektive Unentgeltlichkeit erfordert, dass der Empfänger über das Zugewendete im Verhältnis zum Leistenden tatsächlich und rechtlich frei verfügen kann. Ob dies der Fall ist und welche Personen als Zuwendender und als Bedachter an einer freigebigen Zuwendung beteiligt sind, bestimmt sich grundsätzlich nach der Zivilrechtsslage (vgl. BFH, Urteil vom 5.2.2020, II R 9/17, BFH/NV 2020, 1161, Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge 2020, 570, Rdnr. 14 m. w. N.).

17 b) Sind an einer freigebigen Zuwendung mehr als zwei Parteien beteiligt, kann eine Kettenschenkung oder eine Schenkung unter Auflage vorliegen.

18 aa) Die Anknüpfung an die Zivilrechtsslage bedeutet, dass als Zuwendender zunächst der Inhaber des jeweiligen Vermögensgegenstandes in Betracht kommt, als Bedachter dessen Empfänger. Das gilt indes nicht ausnahmslos. Wird ein Vermögensgegenstand einer Person im Wege der Schenkung übertragen und wendet diese sodann den Vermögensgegenstand einem Dritten zu, können sowohl zwei nacheinander geschaltete Schenkungen als auch eine Schenkung von dem ursprünglichen Zuwendenden an den Dritten vorliegen.

19 bb) Für die Bestimmung des Zuwendenden und des Bereicherten ist darauf abzustellen, ob die weitergebende Person eine eigene Entscheidungsbefugnis bezüglich der Verwendung des geschenkten Gegenstandes hat. Erhält jemand als Durchgangs- oder Mittelsperson eine Zuwendung, die er entsprechend einer Verpflichtung in vollem Umfang an einen Dritten weitergibt, liegt schenkungsteuerrechtlich nur eine Zuwendung aus dem Vermögen des Zuwendenden an den Dritten vor (st. Rspr. zur Kettenschenkung, vgl. BFH-Urteile vom 10.3.2005, II R 54/03, BFHE 208, 447 = BStBl. II 2005, S. 412 unter II. 1. m. w. N., und vom 6.5.2015, II R 35/13, BFH/NV 2015, 1412 Rdnr. 15, 16 m. w. N.). Ob ein Bedachter über einen zugewendeten Gegenstand frei verfügen kann oder diesen einem Dritten zuwenden muss, ist nach der Gesamtheit der objektiven Gegebenheiten unter Berücksichtigung der abgeschlossenen Verträge, ihrer inhaltlichen Abstimmung untereinander sowie der mit der Vertragsgestaltung erkennbar angestrebten Ziele der Vertragsparteien zu entscheiden. Es reicht nicht aus, dass der Zuwendende weiß oder damit einverstanden ist, dass der Bedachte den zugewendeten Gegen-

stand weiterschwenkt. Entscheidend ist das Fehlen einer Dispositionsmöglichkeit des zuerst Bedachten (BFH, Urteil vom 18.7.2013, II R 37/11, BFHE 242, 158 = BStBl. II 2013, S. 934 Rdnr. 17 bis 19).

20 cc) Umgekehrt muss, wie sich daraus zwangsläufig ergibt, bei der Übertragung eines Vermögensgegenstandes nicht dessen Inhaber Zuwendender sein. Ist er nur Mittelsperson, ist ein Dritter Zuwendender. Das ist der Fall, wenn der Inhaber der Vermögensposition dem Empfänger nicht aufgrund einer Rechtsbeziehung mit dem Empfänger etwas zuwendet, sondern aufgrund einer Rechtsbeziehung mit einem Dritten, etwa aufgrund einer Schenkung unter Auflage gemäß § 525 BGB. In diesem Fall ist der Beschenkte (und Auflagenbeschwerte) mindestens gegenüber dem Schenker nach § 525 Abs. 1 BGB zur Erbringung der Auflage verpflichtet. Führt er die ihm auferlegte Leistung durch Zuwendung an den Dritten aus, so ist für die Besteuerung der Zuwendung an den Dritten dessen Verhältnis zum ursprünglichen Schenker, der die Auflage angeordnet hat, maßgeblich. Der Beschwerte hat die ihm auferlegte Leistung nur zu vollziehen (BFH, Urteil vom 17.2.1993, II R 72/90, BFHE 171, 316 = BStBl. II 1993, S. 523 unmittelbar für die Schenkungsteuer; ebenso im Rahmen von Entscheidungen zur Grunderwerbsteuer[befreiung] BFH-Urteile vom 16.12.2015, II R 49/14, BFHE 251, 513 = BStBl. II 2016, S. 292 Rdnr. 11 sowie vom 7.11.2018, II R 38/15, BFHE 263, 459 = BStBl. II 2019, S. 325 Rdnr. 17).

21 c) Die für die Grunderwerbsteuer entwickelten Grundsätze über die Zusammenschau (früher: Interpolation) von Befreiungsvorschriften (dazu insbesondere BFH-Urteile in BFHE 251, 513 = BStBl. II 2016, S. 292 und in BFHE 263, 459 = BStBl. II 2019, S. 325) finden bei der Festsetzung von Schenkungsteuer keine Anwendung. Für die schenkungsteuerrechtliche Beurteilung von Leistungsketten und Dreiecksverhältnissen gelten die zur Kettenschenkung und Schenkung unter Auflage entwickelten Grundsätze.

22 d) Ob der Bedachte i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG bereichert ist, richtet sich ausschließlich nach zivilrechtlichen Maßstäben (BFH, Urteil vom 27.8.2014, II R 43/12, BFHE 246, 506 = BStBl. II 2015, S. 241 Rdnr. 37, 45). Als Bereicherung kommt jede Vermögensmehrung und jede Minderung von Schulden oder Belastungen beim Bedachten in Betracht (BFH, Urteil vom 17.3.2004, II R 3/01, BFHE 204, 311 = BStBl. II 2004, S. 429 unter II. 1.).

23 Das bedeutet, dass alle dinglichen und schuldrechtlichen Rechte und Pflichten Gegenstand freigebiger Zuwendungen sein können. So kann der Schenker dem Beschenkten eine Forderung gegen einen Dritten freigebig zuwenden. In einem Forderungsverzicht kann eine freigebige Zuwendung liegen. Die Vorstellung des FG, auf schuldrechtliche Rechtsbeziehungen komme es nicht an, trifft in dieser Allgemeinheit daher nicht zu.

24 e) Die steuerrechtliche Bereicherung nach § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG, die von der objektiven, die Tatbestandsmäßigkeit nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG begründenden Bereicherung zu unterscheiden ist (vgl. BFH-Urteil in BFHE 204, 311 = BStBl. II 2004, S. 429 unter II. 2.), folgt den Bewertungsvorschriften nach §§ 11, 12 ErbStG einschließlich der dortigen

Verweisungen (BFH-Urteil in BFHE 246, 506 = BStBl. II 2015, S. 241 Rdnr. 49, 57).

25 2. Nach diesen Maßstäben haben die sechs Kinder aus der ersten Ehe mit Vertrag vom 12.6.2014 dem Kläger jeweils $\frac{1}{6}$ Miteigentumsanteil an dem Grundstück freigebig zugewandt. Für den Wert der Zuwendung ist der gesondert festgestellte Grundbesitzwert mit jeweils $\frac{1}{6}$ zugrunde zu legen. Die beiden jüngsten Kinder aus der zweiten Ehe sind an der Grundstücks-schenkung an den Kläger nicht beteiligt; ihre Gleichstellungsansprüche sind nicht bereicherungsmindernd abzuziehen.

26 a) Gegenstand der Schenkungen waren allein die den älteren Kindern jeweils gehörenden $\frac{1}{6}$ Miteigentumsanteile an dem Grundstück, nicht hingegen die Gleichstellungsansprüche der jüngsten Kinder.

27 aa) Die Kinder aus der ersten Ehe waren zivilrechtlich Eigentümer des Grundstücks und haben ihre Miteigentumsanteile dem Kläger übertragen. Der Umstand, dass sie verpflichtet gewesen wären, den beiden jüngsten Kindern jeweils $\frac{1}{48}$ Miteigentumsanteil zu übertragen, sodass jedes der Kinder zu $\frac{1}{8}$ Miteigentümer des Grundstücks geworden wäre, macht die jüngsten Kinder noch nicht zu Miteigentümern.

28 bb) Die beiden jüngsten Kinder waren auf Empfängerseite nicht an der Schenkung beteiligt.

29 Es lag keine Schenkung unter Auflage in der Weise vor, dass der Kläger im Umfang der Gleichstellungsverpflichtung ($2 * \frac{1}{48}$ Miteigentumsanteil für jede der streitgegenständlichen Schenkungen) Auflagenbeschwerter, die beiden jüngsten Kinder auflagenbegünstigte Dritte und damit Beschenkte gewesen wären. In diesem Falle wäre der Kläger insoweit (in Ansehung dieser Miteigentumsanteile) nur Mittelsperson und damit schenkungsteuerrechtlich nicht Bedachter gewesen. Eine solche Auflage war aber nicht vereinbart. Der Kläger war in seiner Entscheidung über das Grundstück frei. Eine Verpflichtung gegenüber den sechs Kindern, den der Gleichstellungsverpflichtung entsprechenden Anteil an dem Grundstück an die beiden jüngsten Kinder zu übertragen, ist dem Vertrag vom 12.6.2014 ausdrücklich nicht zu entnehmen. Sie wäre nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB beurkundungspflichtig gewesen. Zwar wäre ein Interesse der sechs Kinder erkennbar, die nachgeborenen Geschwister zu begünstigen, um ihre schuldrechtliche Verpflichtung zu bedienen. Es ist allerdings nicht erkennbar, warum sie eine solche etwa beabsichtigte Zuwendung nicht sogleich haben beurkunden lassen. Die Steuerklasse ist nach § 15 Abs. 1 „Steuerklasse II“ Nr. 1, 2 ErbStG bei Eltern und Geschwistern identisch. Allein der Umstand, dass der Kläger kurz darauf das Grundstück insgesamt tatsächlich den beiden jüngsten Kindern geschenkt hat, reicht für den Rückschluss auf die Übernahme einer entsprechenden Verpflichtung nicht aus. Dem Anschein nach haben die älteren Kinder auf einen reibungslosen Ablauf der Grundstücksangelegenheit vertraut. Hierin kann aber nicht die Übernahme einer rechtlich bindenden Verpflichtung durch den Kläger gesehen werden.

30 Erst recht kann aus denselben Gründen in der Vertragsgestaltung vom 12.6.2014 keine Schenkung unter Auflage in der Weise gesehen werden, dass der Kläger das Grundstück insgesamt – und nicht nur im Umfang der Gleichstellungsver-

pflichtung – auf die jüngsten Kinder zu übertragen verpflichtet gewesen wäre.

31 cc) Die jüngsten Kinder waren schließlich auch nicht auf der Geberseite an der Schenkung beteiligt. Das Grundstück war zwar Zuwendungsgegenstand, die jüngsten Kinder insoweit aber nicht Eigentümer. Die Gleichstellungsansprüche standen ihnen zwar zu, waren aber nicht Zuwendungsgegenstand. Die jüngsten Kinder haben im Rahmen des Vertrags vom 12.6.2014 niemandem etwas zugewendet. Sie haben nicht über diese Ansprüche disponiert, insbesondere nicht darauf verzichtet. Zwar hätte ein Forderungsverzicht eine schenkungsteuerpflichtige Zuwendung darstellen können (vgl. BFH-Urteile vom 8.5.1985, II R 119/82, BFH/NV 1985, 84 und vom 24.8.2005, II R 28/02, BFH/NV 2006, 63). Ein solcher Verzicht seitens der jüngsten Kinder hat aber nicht stattgefunden, denn sie waren an dem Vertrag nicht beteiligt. Die Erklärungen des Klägers können nicht als Erklärungen im Namen der Kinder ausgelegt, insbesondere nicht im Sinne von Zuwendungen an ihn – den Kläger – verstanden werden. Dafür hätte es nach § 1909 Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. m. § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1795 Abs. 2, § 181 BGB eines Ergänzungspflegers bedurft, der für diesen Vertrag nicht bestellt worden war.

32 b) Die schenkungsteuerrechtliche Bereicherung nach § 10 ErbStG entspricht für jede der Schenkungen dem gesondert festgestellten Wert des Grundstücks zu $\frac{1}{6}$. Die Gleichstellungsverpflichtung zugunsten der jüngsten Kinder ist nicht bereicherungsmindernd abzuziehen.

33 aa) Ein solcher Abzug wäre zum einen in Betracht gekommen, wenn der Kläger, der nach § 525 Abs. 1 BGB Gläubiger der Gleichstellungsansprüche war, im Gegenzug zu der getätigten Schenkung auf diese Ansprüche verzichtet hätte. In diesem Falle hätte nur noch eine gemischte Schenkung vorgelegen (vgl. zu gegenläufigen Vereinbarungen BFH, Urteil vom 17.10.2001, II R 60/99, BFHE 197, 260 = BStBl. II 2002, S. 165) und sich der Wert der Zuwendung um den Wert des Forderungsverzichts reduziert. Der Kläger hat einen solchen Verzicht aber nicht ausgesprochen. Der Vertrag vom 12.6.2014 bestimmt ausdrücklich eine Grundstücksübertragung ohne Gegenleistung. Es müsste sich deshalb aus anderen Vertragsklauseln eindeutig ergeben, dass der Kläger gleichwohl einen als Gegenleistung zu verstehenden Forderungsverzicht hat erklären wollen. Daran fehlt es.

34 bb) Der Abzug wäre zum anderen möglich, wenn die Gleichstellungsverpflichtung mit dem Grundstück auf den Kläger übergegangen und somit fortbestanden hätte. Auch daran fehlt es. Ein solcher Übergang hätte stattgefunden, wenn die Gleichstellungsverpflichtung nach Art einer dinglichen Belastung auf dem Grundstück bestanden hätte. Sie war jedoch nur schuldrechtlicher Natur. Als schuldrechtliche Verpflichtung hätte es für den Übergang auf den Kläger einer entsprechenden vertraglichen Schuldübernahme bedurft. Diese hätte erklärt werden müssen, was nicht geschehen ist. Vielmehr ist mit der Rückübertragung des Grundstücks auf den Kläger die Gleichstellung nach § 275 BGB unmöglich geworden.

35 3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 2 FGO.

28. Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs nach dem Tod des Pflichtteilsverpflichteten

BFH, Urteil vom 5.2.2020, II R 17/16 (Vorinstanz:
FG Schleswig-Holstein, Urteil vom 4.5.2016, 3 K 148/15)

AO § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2

BGB § 2317 Abs. 1

ErbStG § 10 Abs. 3, § 10 Abs. 5

LEITSÄTZE:

1. Im Erbschaftsteuerrecht gelten die infolge des Erb-anfalls durch Vereinigung von Recht und Verbind-lichkeit oder von Recht und Belastung zivilrechtlich erloschenen Rechtsverhältnisse gemäß § 10 Abs. 3 ErbStG als nicht erloschen. Diese Fiktion umfasst auch das Recht des Pflichtteilsberechtigten, der Alleinerbe des Pflichtteilsverpflichteten ist, die Gel-tendmachung des Pflichtteils fiktiv nachzuholen.
2. Die Fiktion des § 10 Abs. 3 ErbStG reicht jedoch nicht so weit, dass der zivilrechtlich aufgrund Kon-fusion erloschene Pflichtteilsanspruch auch dann noch geltend gemacht werden kann, wenn er im Zeitpunkt der Geltendmachung zivilrechtlich verjährt war.

SONSTIGES

TAGUNGSBERICHT

„WEG-Reform – Einführung und erster Zugriff auf akute Rechtsfragen“

Digitale Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 10.11.2020

Von **Johannes Gansmeier**¹

Am 23.2.2020 fand die zweite Tagung des Wintersemesters 2020/21 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Angesichts der nach wie vor geltenden Kontaktbeschränkungen wurde die Tagung erneut digital abgehalten. Das Thema der Veranstaltung lautete „WEG-Reform – Einführung und erster Zugriff auf akute Rechtsfragen“. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle, Professor Dr. Hans Christoph Grigoleit, begrüßte die zahlreichen Teilnehmerinnen und Teilnehmer und führte in das Tagungsthema ein. Danach stellte er die Referenten, Professor Dr. *Martin Häublein*, Lehrstuhlinhaber an der Universität Innsbruck, und Notar Dr. *Felix Wobst*, Gerolzhofen, vor. Anschließend übergab er das Wort an die Referenten, die im Vorfeld der Tagung ihre Vorträge als ineinandergreifend konzipiert hatten, um so einen möglichst breiten Überblick über die verschiedenen Themen der am 1.12.2020 in Kraft getretenen WEG-Reform präsentieren zu können.

Den Anfang machte *Wobst* mit den Rechtsbeziehungen innerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft einschließlich des einschlägigen Prozessrechts. Die durch das WEMoG begründete neue Rechtslage bedeute eine grundlegende Systemänderung des WEG: Bei Einführung des WEG im Jahr 1951 habe der Gesetzgeber die Wohnungseigentümergeinschaft dogmatisch als besonders ausgestaltete Bruchteilsgemeinschaft verstanden. Entsprechend sei die Wohnungseigentümergeinschaft selbst nicht rechtsfähig gewesen und alle Rechtsbeziehungen seien zwischen den einzelnen Wohnungseigentümern verlaufen. Praktische Probleme aus dieser dogmatischen Konzeption hätten sich insbesondere beim Wohnungseigentümerwechsel ergeben: Der neue Wohnungseigentümer habe (theoretisch) in jede bestehende Rechtsbeziehung gesondert durch mehrseitige Übertragungsvereinbarung eintreten müssen. Um derartige Probleme zu lösen, sprach der BGH – in Parallele zur entsprechenden Rechtsprechung zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR)² – in einer Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 2005³ der Wohnungseigentümergeinschaft eine eigen-

ständige partielle Rechtsfähigkeit zu. Diese – mit der WEG-Novelle 2007 nur bedingt nachvollzogene – Rechtslage verursachte allerdings ebenso zahlreiche Schwierigkeiten in der Praxis (insbesondere: unterschiedliche Gläubigerstellung in Bezug auf verschiedene Ansprüche innerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft). Mit dem WEMoG sei die dogmatische Struktur der Wohnungseigentümergeinschaft deshalb in weiten Teilen an diejenige von Kapitalgesellschaften angenähert worden: Die Wohnungseigentümergeinschaft sei seither ein eigenständiger rechtsfähiger Verband, der Verwalter Vollzugs- und Vertretungsorgan (nur noch) dieses Verbandes und die einzelnen Wohnungseigentümer Mitglieder und in Summe zugleich zentrales Willensbildungsorgan der Gemeinschaft. (Fast) alle Rechtsbeziehungen verliefen nunmehr über die Gemeinschaft. Diese Modifikation führte zu weitreichenden Veränderungen in den Rechtsbeziehungen zwischen allen beteiligten Akteuren.

Neben Änderungen in der Zuständigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft für die Geltendmachung von Rechten der Wohnungseigentümer (vgl. dazu § 9a Abs. 2 WEG) ergäben sich nach *Wobst* aus der neuen Rechtslage insbesondere für die notarielle Gestaltung zahlreiche Konsequenzen: So müsse in Zukunft bei der Gestaltung von Gemeinschaftsordnungen besonders darauf geachtet werden, dass im Zuge der Begründung von Rechten und Pflichten die zutreffenden Berechtigten und Verpflichteten klar adressiert würden. Besonders virulent sei dies etwa bei der Gestaltung einer Veräußerungsbeschränkung (vgl. § 12 WEG): Hier müssten die Zustimmungsberechtigten präzise bezeichnet werden; statt eine Zustimmung „des Verwalters“ zu normieren, sollte – entsprechend der neuen Gesetzeslage – die Zustimmung „der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer vertreten durch den Verwalter“ vorgesehen werden. Die BGH-Rechtsprechung zum Bauträgervertragsrecht, wonach die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer nach Beschlussfassung bestimmte Mängelrechte ausüben kann,⁴ behielte dagegen entsprechend dem expliziten Willen des Gesetzgebers auch unter der neuen Gesetzeslage ihre Gültigkeit.⁵

¹ Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Geschäftsführer der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

² BGH, Urteil vom 29.1.2001, II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 = MittBayNot 2001, 192.

³ BGH, Beschluss vom 2.6.2005, V ZB 32/05, MittBayNot 2005, 495 = DNotZ 2005, 776.

⁴ Vgl. hierzu grundlegend BGH, Urteil vom 10.5.1979, VII ZR 30/78, MittBayNot 1979, 153 (Ls.); vgl. auch Urteil vom 12.4.2007, VII ZR 236/05, DNotZ 2007, 939 = DNotl-Report 2007, 86.

⁵ Vgl. Begr. RegE BT-Drucks. 19/18791, S. 47.

Im Anschluss übernahm *Häublein*, der in seinem Vortrag auf die Willensbildung der Wohnungseigentümer, insbesondere in der Versammlung, einging. Einleitend wies *Häublein* darauf hin, dass durch das WEMoG die Textform weitgehend die bis dahin in vielen Bereichen des WEG normierte Schriftform ersetzt habe. Dies betreffe neben dem Einberufungsverlangen (§ 24 Abs. 2 WEG) auch die Stimmabgabe im Umlaufverfahren (§ 23 Abs. 3 Satz 1 WEG). Vollmachten zur Vertretung der Wohnungseigentümer innerhalb der Versammlung bedürften nach § 25 Abs. 3 WEG nunmehr ebenso der Textform. Die Einhaltung dieser Formvorschrift müsse nach Ansicht *Häubleins* zukünftig von den Verwaltern überwacht werden. Unklar sei aber, welche Rechtsfolgen ein diesbezüglicher Formverstoß zeitige.

Anschließend ging *Häublein* auf die Verlängerung der Ladungsfrist ein. Diese betrage nach § 24 Abs. 4 Satz 2 WEG nunmehr drei Wochen. Für Gemeinschaftsordnungen aus der Zeit vor Inkrafttreten des WEMoG, die eine davon abweichende Ladungsfrist enthielten, ordne § 47 WEG an, dass im Zweifel die neuen Ladungsfristen geltend sollten. Ein diesbezüglicher Abweichungswille könne freilich festgestellt werden.

Mit Blick auf die Beschlussfähigkeit der Wohnungseigentümersammlung stelle eine der großen Änderungen des WEMoG die Aufhebung des Kriteriums der Beschlussfähigkeit dar. Jede Versammlung sei – wie sich aus der Aufhebung von § 25 Abs. 3 und 4 WEG a. F. ergebe – unabhängig von der Anzahl der erschienenen Wohnungseigentümer beschlussfähig. Außerdem existiere keine Hinweispflicht nach § 25 Abs. 4 Satz 2 Hs. 2 WEG a. F. mehr, der Verwalter müsse entsprechend nicht mehr in der Ladung darauf hinweisen, dass jede Versammlung beschlussfähig ist. Allerdings sollte nach Ansicht *Häubleins* zumindest in der ersten Wohnungseigentümersammlung nach Inkrafttreten des WEMoG in der Ladung auf die unbedingte Beschlussfähigkeit der Versammlung hingewiesen werden.⁶ Eine weitere Änderung sehe § 23 Abs. 1 Satz 2 WEG vor, nach welchem zukünftig – entsprechend dem Vorbild des § 118 Abs. 1 Satz 2 AktG – die virtuelle Teilnahme an der Wohnungseigentümersammlung zulässig sei, sofern dies durch die Wohnungseigentümer beschlossen wurde. Der Entschluss zur Zulässigkeit einer virtuellen Teilnahme stelle eine Mehrheitsentscheidung dar, die im Ermessen der Mehrheit liege; insoweit bestehe kein Anspruch des Einzelnen. Die Vorschrift räume allerdings nicht die Kompetenz zur Einführung einer *reinen* Online-Wohnungseigentümersammlung ein. Der Beschluss über die virtuelle Teilnahme sollte nach *Häublein* nicht nur das „Ob“, sondern auch das „Wie“ der virtuellen Teilnahme beinhalten (etwa: Beschränkung auf Ausübung nur einzelner Teilhaberechte, Beschränkung auf einzelne Tagesordnungspunkte, Art der „elektronischen Kommunikation“ usw.). Die Möglichkeit der virtuellen Teilnahme werfe strukturell grundlegende Fragen auf, inwiefern am Grundsatz der Nichtöffentlichkeit der Wohnungseigentümersammlung auch unter Bedingungen einer derartigen Teilnahme festgehalten bzw. dessen Durchsetzung garantiert werden könne.

Neben einer Willensbildung auf der Wohnungseigentümersammlung könnten Beschlüsse schließlich auch im Umlaufverfahren herbeigeführt werden. Allerdings gelte hier nach wie vor (bewusst) das Einstimmigkeitserfordernis. Nur „für einen einzelnen Gegenstand“ könne nach § 23 Abs. 3 Satz 2 WEG durch Mehrheitsbeschluss auch im Umlaufverfahren entschieden werden. Nach dem Vortrag *Häubleins* eröffnete *Grigoleit* die erste Diskussions- und Fragerunde mit den Referenten, die sich den Fragen des digital zugeschalteten Auditoriums stellten.

Anschließend übernahm erneut *Wobst* und referierte zu den aus der neuen Rechtslage resultierenden sachenrechtlichen Änderungen. An abgeschlossenen Räumen könne nach wie vor Sondereigentum begründet werden (vgl. § 3 Abs. 3 Alt. 1 WEG). Größere Änderungen ergäben sich allerdings in Bezug auf die ansonsten erweiterten Möglichkeiten zur Begründung von Sondereigentum: Neben Garagenstellplätzen könne nach § 3 Abs. 1 Satz 2 WEG nunmehr auch an allen anderen Stellplätzen (auch im Freien) Sondereigentum begründet werden („fiktive Raumeigenschaft von Stellplätzen“). Formale Voraussetzung hierfür sei keine Markierung, sondern lediglich die Bestimmung von Maßangaben im Aufteilungsplan (vgl. § 3 Abs. 3 Alt. 1 WEG). Die Begründung von Sondernutzungsrechten bleibe zwar als Gestaltungsalternative weiterhin bestehen, *Wobst* hob in diesem Kontext allerdings die Vorteile des Sondereigentums als Gestaltungsoption hervor. Darüber hinaus könne nach neuer Rechtslage auch an anderen Freiflächen – etwa Terrassen und Gärten – Sondereigentum begründet werden (§ 3 Abs. 2 WEG), sofern eine Verbindung mit einem Raum-Sondereigentum bestehe („Annex-Sondereigentum“). Letztgenannte Voraussetzung solle die eingeschränkte Verkehrsfähigkeit von Freiflächen sicherstellen. Auch hier bleibe zwar die Begründung von Sondernutzungsrechten als Gestaltungsalternative weiterhin möglich, allerdings plädierte *Wobst* aus gestalterischer Perspektive erneut für die Begründung von Sondereigentum. Neben Änderungen in Bezug auf den Aufteilungsplan nach § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WEG ging *Wobst* abschließend auf die mit der erweiterten Möglichkeit zur Begründung von Sondereigentum einhergehenden Modifikationen von flächenbezogenen Rechten und Pflichten ein (insbesondere Dienstbarkeiten und Abstandsflächenübernahme).

Im letzten thematischen Block der Tagung stellte abschließend wiederum *Häublein* die neuen Regelungen zu baulichen Veränderungen dar. Zunächst bedürfe jede bauliche Veränderung am gemeinschaftlichen Eigentum eines Beschlusses der Wohnungseigentümer. Alle baulichen Veränderungen könnten dabei mit einfacher Mehrheit beschlossen werden. Für bestimmte bauliche Veränderungen (etwa solche, die dem Gebrauch durch Menschen mit Behinderung oder dem Laden elektrisch betriebener Fahrzeuge dienen) könne darüber hinaus jeder Wohnungseigentümer einzeln nach § 20 Abs. 2 Satz 1 WEG die Zustimmung der anderen Wohnungseigentümer im Rahmen der Beschlussfassung verlangen, sofern die jeweilige Maßnahme angemessen sei. Da über die Durchführung der infrage stehenden baulichen Veränderung gemäß § 20 Abs. 2 Satz 2 WEG „im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung“ zu beschließen sei, stehe den übrigen Wohnungseigentümern allerdings im Hinblick auf die konkrete Umsetzung und Ver-

⁶ Dazu auch *Häublein*, ZWE 2021, 103.

wirklich der Maßnahme ein erhebliches Mitentscheidungsrecht zu.

Die Anforderungen an die Rechtmäßigkeit eines Beschlusses zur Vornahme baulicher Veränderungen würden durch das WEMoG zum Teil gesenkt: Nur wenn die Wohnanlage durch die infrage stehende bauliche Veränderung grundlegend umgestaltet oder einer der Wohnungseigentümer durch die Maßnahme gegenüber den anderen Wohnungseigentümern unbillig benachteiligt würde, könne sich der Einzelne gegen die beschlossene Maßnahme durch Anfechtung zu Wehr setzen (vgl. § 20 Abs. 4 WEG). Ein Ausgleich der Interessen unter den Wohnungseigentümern erfolge nach der neuen Gesetzeskonzeption maßgeblich über die Regelungen der Kostentragung (vgl. § 21 WEG). Hieraus ergäben sich unter anderem besondere Anforderungen an die Ausgestaltung eines entsprechenden Kostenverteilungsbeschlusses, für welchen *Häublein* einen Formulierungsvorschlag unterbreitete.

Nach dem Vortrag eröffnete *Grigoleit* die zweite Diskussions- und Fragerunde mit den Referenten. Die Tagung wurde aufgezeichnet und ist auf der Homepage der Forschungsstelle abrufbar (www.notarrechtsinstitut.de, dort unter „Veranstaltungen“).

Aufsätze

Buchbesprechungen

Rechtsprechung

Sonstiges

Standesnachrichten

Dr. Hans Wolfsteiner verstorben

Am 2.6.2021 verstarb in München im 84. Lebensjahr unser Kollege Dr. **Hans Wolfsteiner**.

Er wurde am 29.11.1937 in München geboren und studierte nach seiner Schulzeit Rechtswissenschaften in Freiburg und München. Zum 1.1.1966 trat er in den bayerischen Notardienst ein und begann seine Laufbahn als Notarassessor in Ebersberg und München, bis er am 1.2.1969 seine erste eigene Notarstelle im unterfränkischen Ebern übernahm. Schon zum 1.11.1970 verlegte er seinen Amtssitz an eine neu geschaffene Notarstelle nach München, wo er dann auch bis zum November 2007 amtierte.

Trotz der Herausforderung, die der Aufbau der neu geschaffenen Notarstelle darstellte, stellte er in dieser Zeit seine Dissertation „Die vollstreckbare Urkunde“ fertig, die er als wissenschaftlicher Assistent von Prof. Rudolf Pohle begonnen hatte, und wurde 1977 an der LMU zum Dr. jur. promoviert. Als „Handbuch mit Praxishinweisen und Musterformulierungen“ ist die Arbeit 2019 in der 4. Auflage – weitgehend neu bearbeitet und aktualisiert – erschienen, ein Werk das für die notarielle Praxis nach wie vor unentbehrlich ist und sich wohl in fast jedem Notariat nicht nur in Bayern findet. Im Vorwort zur zweiten Auflage 2006, mehr als 25 Jahre nach der Erstveröffentlichung, erklärt Wolfsteiner, was ihn – nicht nur bei diesem wegweisenden Werk – treibt:

„Auch in der vorliegenden (weitgehend neu bearbeiteten) zweiten Auflage habe ich mich bemüht, wissenschaftliche Verarbeitung und Praxis zu verbinden. Ich bin der festen Überzeugung, dass eine saubere Dogmatik das unübertroffen beste Werkzeug für die Praxis ist, dass aber in der angewandten Wissenschaft Jurisprudenz nur eine solche Theorie etwas taugt, die der Praxis standhält. (...) Nicht selten macht es mehr Mühe, ein einziges praktikables Formular zu entwerfen als ein hochfliegendes Gedankengebäude.“

Konsequenterweise hat er sich auch an der Aktualisierung des althehrwürdigen Formularbuches Kersten/Bühling in neuerer Zeit beteiligt.

Seit Ende der 1970er Jahre hat Dr. Wolfsteiner sein profundes Wissen und seine juristische Brillanz in verschiedenen Ausschüssen der BNotK dem Berufsstand zur Verfügung gestellt und zahlreiche Gesetzgebungsvorhaben des Bundes (u. a. Schuldrechtsmodernisierung, Sachenrechtsbereinigung, WEG-Reform, MoMiG) und der EU (Dienstleistungsrichtlinie, Europäisches Vertragsgesetzbuch) aktiv begleitet: zunächst im Ausschuss für Zweifelsfragen des Gesetzes zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG), dann im Bauträgerausschuss, schließlich im Ausschuss für Schuld- und Liegenschaftsrecht der BNotK, dessen Vorsitz er sodann übernahm.

Daneben veröffentlichte er unzählige rechtswissenschaftliche Beiträge in Kommentaren, Handbüchern und Fachzeitschriften. Von 1994 bis 2000 gehörte er dem Herausgeberbeirat der MittBayNot an.

Er ließ es jedoch nicht bei der wissenschaftlichen Durchdringung (nicht nur notarspezifischer) Rechtsprobleme bewenden. Sein Engagement zur praktischen Aus- und Fortbildung im Fachinstitut für Notare beim DAI und bei den Assessoren in Bayern und im Rheinland haben Generationen junger Kolleginnen und Kollegen begeistert und geprägt. Legendäres wird von den Kursen der bayerischen Assessorinnen und Assessoren in „Fischbachau II“ berichtet, wo sich „die Jungen“ nach den Fachvorträgen der Diskussion stellen mussten, bevor sie in ihre eigenen Ämter entlassen wurden.

Daneben hat er sich über viele Jahrzehnte im beruflichen Ehrenamt engagiert. Für den Bayerischen Notarverein war er als Stellvertreter des Bezirksgruppenobmanns, als Mitglied des Vorstands, als stellvertretender Vorsitzender und schließlich als Vorsitzender tätig. Dem Präsidium des nach der Wiedervereinigung erneut gegründeten Deutschen Notarvereins gehörte er vom Anfang an in unterschiedlichen Funktionen, auch als langjähriger Vizepräsident an. Mit hohem persönlichem Einsatz und dem Mut zu klaren, auch unbequemen Stellungnahmen hat er sich dabei auf allen Ebenen für die Belange des bayerischen und des deutschen Notariats eingesetzt, über die nationalen Grenzen hinaus auf europäischer Ebene für die Interessen des gesamten hauptberuflichen Notariats. In Anerkennung dieser Verdienste wurde er 2005 Ehrenpräsident des Deutschen Notarvereins und 2006 Ehrenvorsitzender des Bayerischen Notarvereins.

Dem Beirat der Forschungsstelle für Notarrecht an der LMU diente er als Vorsitzender, der Internationale Rechtsbibliothek e. V., The Leo-Goodman-Library als einfaches Vorstandsmitglied, der Herrmann Schmitt Heime Stiftung als Mitglied des Verwaltungsrates.

In Anerkennung aller seiner Verdienste erhielt er den Verdienstorden der Bundesrepublik Deutschland 1. Klasse.

Daneben fand er als Träger der goldenen Ehrennadel des Luftsportverbandes noch Zeit für das Segelfliegen, für persönliches Engagement im heimischen Schützenverein und Beschäftigung mit Philosophie, Literatur und Musik.

Sein Kölner Kollege Stefan Zimmermann hat ihn anlässlich seines 70. Geburtstages als „Meister des juristischen Floretts, Rechtspolitiker mit Fleisch und Blut, berufspolitisches Urgestein“ bezeichnet. Er wird uns fehlen als Diskussionspartner und als Gast auf dem Notartag. Aber er wird Spuren hinterlassen als eine der Persönlichkeiten des bayerischen Notariats. Wir werden ihn nicht vergessen.

Notarin *Eva Maria Brandt*, Friedberg

Veranstaltungen des DAI

1. **Online-Vortrag LIVE: Intensivkurs Grundstücksrecht**
(Sikora/Berkefeld)
1.7.2021 bis 2.7.2021 online
2. **Online-Vortrag LIVE: Praxis der WEG-Reform**
(Elzer/Hügel)
1.7.2021 online
3. **Klausurenkurs zur Vorbereitung auf die notarielle Fachprüfung – Gesellschaftsrecht – Juli 2021**
(Berkefeld)
6.7.2021 online
4. **Klausurenkurs zur Vorbereitung auf die notarielle Fachprüfung – Immobilienrecht – August 2021**
(Aigner)
3.8.2021 online
5. **Modularer Lehrgang für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat: Modul 2 – Wohnungseigentum und Erbbaurecht einschl. GNotKG**
(Tondorf)
16.8.2021 bis 17.8.2021 in Bochum und als Livestream

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.

Aufsätze

Buchbesprechungen

Rechtsprechung

Sonstiges

Standesnachrichten

NEUERSCHEINUNGEN

1. Bayerischer Notarverein e. V. (Hrsg.): Kostentabelle für Notare. Bäuerle Tabelle. 35. Aufl., Nomos, 2021. 159 S., 29,00 €
2. Bormann/Diehn/Sommerfeldt: Gesetz über Kosten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für Gerichte und Notare. GNotKG. Kommentar. 4. Aufl., Beck, 2021. 1192 S., 149,00 €
3. Elzer: Stichwortkommentar Wohnungseigentumsrecht. Alphabetische Gesamtdarstellung. 1. Aufl., Nomos, 2021. 1611 S., 148,00 €
4. Elzer/Hinz/Riecke/Skauradszun: Die WEG-Reform 2020/2021. 1. Aufl., Luchterhand, 2021. 200 S., 49,00 €
5. Frieser: Formularbuch des Fachanwalts Erbrecht. 4. Aufl., Luchterhand, 2021. 1700 S., 139,00 €
6. Gesellschaftsrechtliche Vereinigung (Hrsg.): Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2020. 1. Aufl., Otto Schmidt, 2021. 177 S., 54,80 €
7. Götz/Hülsmann/Markwald/Stinn: Die Erbengemeinschaft im Steuerrecht. 2. Aufl., NWB Verlag, 2021. 385 S., 59,90 €
8. Gottwald/Behrens/Böing/Seemaier: Grunderwerbsteuer. Handbuch für die Gestaltungs- und Beratungspraxis. 6. Aufl., Heymanns, 2021. 672 S., 89,00 €
9. Haase/Hofacker: UmwStG. Umwandlungssteuergesetz. Praxiskommentar. 3. Aufl., ESV, 2021. 1362 S., 164,00 €
10. Happ/Bednarz: Umwandlungsrecht. Formularbuch – Mustertexte – Kommentar. 2. Aufl., Heymanns, 2021. 1784 S., 169,00 €
11. Jeromin/Klose/Ring/Schulte Beerbühl: Stichwortkommentar Nachbarrecht. Zivilrecht, Öffentliches Recht, Strafrecht. Alphabetische Gesamtdarstellung. 1. Aufl., Nomos. 2021. 1200 S., 128,00 €
12. Kanzler/Kraft/Bäumli/Marx/Hechtner/Geserich: Einkommensteuergesetz. Kommentar. 6. Aufl., NWB Verlag, 2021. 3627 S., 199,00 €
13. Kirchhof/Seer: Einkommensteuergesetz (EStG). Kommentar. 20. Aufl., Otto Schmidt, 2021. 2800 S., 179,00 €
14. Langenberg/Zehlein: Schönheitsreparaturen, Instandsetzung und Rückbau bei Wohn- und Gewerberaum. 6. Aufl., Beck, 2021. 433 S., 69,00 €
15. Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch. HGB, Band 5. Viertes Buch. Handelsgeschäfte §§ 343-406, CISG. 5. Aufl., Beck, 2021. 1644 S., 269,00 €
16. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. BGB, Band 8a, WEG nF. 8. Aufl., Beck, 2021. 581 S., 99,00 €
17. Roemer/Vaupel/Stephany: NotarFormulare Übergabe landwirtschaftlicher Betriebe. Muster, Verträge, Erläuterungen. 1. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2021. 260 S., 99,00 €
18. Saenger: Zivilprozessordnung. ZPO. Familienverfahren, Gerichtsverfassung, Europäisches Verfahrensrecht. Handkommentar. 9. Aufl., Nomos, 2021. 3480 S., 128,00 €
19. Sauter/Schweyer/Waldner. Der eingetragene Verein. Gemeinverständliche Erläuterung des Vereinsrechts unter Berücksichtigung neuester Rechtsprechung mit Formulareteil. 21. Aufl., Beck, 2021. 414 S., 39,00 €
20. Schütze/Thümmel: Schiedsgericht und Schiedsverfahren. 7. Aufl., Beck, 2021. 346 S., 85,00 €
21. Semler/Stengel/Leonard: Umwandlungsgesetz. UmwG. Mit internationalen Umwandlungsrecht und Umwandlungssteuerrecht. 5. Aufl., Beck, 2021. 2193 S., 249,00 €
22. Staub: Handelsgesetzbuch. HGB, Band 2/1: §§ 84-88a. Großkommentar. 6. Aufl., De Gruyter, 2021. 1309 S., 289,00 €
23. Staub: Handelsgesetzbuch. HGB, Band 2/2: §§ 89-104. Großkommentar. 6. Aufl., De Gruyter, 2021. 1203 S., 279,00 €
24. Stöber/Otto: Handbuch zum Vereinsrecht. 12. Aufl., Otto Schmidt, 2021. 1100 S., 98,00 €
25. Thomas/Putzo: Zivilprozessordnung. ZPO. FamFG Verfahren in Familiensachen, EGZPO, GVG, EGGVG, EU-Zivilverfahrensrecht. Kommentar. 42. Aufl., Beck, 2021. 2725 S., 65,00 €
26. Toussaint: Kostenrecht. KostR. GKG, RVG, FamGKG, GNotKG, GvKostG, JVEG, sowie Kostenvorschriften für einzelne Verfahrensarten und sonstige kostenrechtliche Vorschriften. 51. Aufl., Beck, 2021. 2615 S., 159,00 €
27. Völker/Clausius: Sorge- und Umgangsrecht. Handbuch für die familienrechtliche Praxis. Rechtsgrundlagen, Erläuterungen, Muster. 8. Aufl., Nomos. 2021. 1144 S., 98,00 €

STANDESNACHRICHTEN

PERSONALÄNDERUNGEN

1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Helmut Reiner
verstorben am 12.4.2021

Notar a. D. Josef Massinger
verstorben am 2.5.2021

Dr. Hans Wolfsteiner
verstorben am 2.6.2021

2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 1.8.2021:

Notar Martin Wachter, Günzburg

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 7.6.2021:

Monheim	der Notarin a. D. Stephanie Pelzer
---------	---------------------------------------

Mit Wirkung zum 1.7.2021:

Landsberg a. Lech (in Sozietät mit Notar Patrick Schneider)	dem Notar Prof. Dr. Christoph Reymann (bisher Neustadt b. Coburg)
---	--

Wolfratshausen	dem Notar Stefan Braun (bisher in Erlangen)
----------------	---

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.5.2021:

Dr. Matthias Bogner, Füssen
(Notarstellen Dr. Malzer/Dr. Wälzholz)

Thomas Dziwis, Mindelheim
(Notarstelle Strümpell)

Andreas Kriesmair, Würzburg
(Notarstellen Dr. Baumann/Sorge)

Veronika Maier, Regensburg
(Notarstellen Dr. Thalhammer/Schünemann)

Philip Steigleiter, Kaiserslautern
(Notarstellen Dietrich/Oltmanns)

Dr. Thomas Weierer, Kelheim
(Notarstelle Dr. Benz)

Dr. Daniel Widmann, Passau
(Notarstellen Dr. Bandel/Pich)

5. Sonstige Veränderungen

Notarassessorin Sabrina Pfeifer führt seit 2.6.2021
den Namen Hasenstab

Dr. Nadja Danninger, Berlin, ist seit 1.7.2021
Hauptgeschäftsführerin der Bundesnotarkammer

Notarassessor Jonas Bühler, Illertissen, wurde
mit Wirkung vom 24.6.2020 promoviert

ANSCHRIFTEN- UND RUFNUMMERN- ÄNDERUNGEN:

München, Notarstellen Eva Rumpf/
Dr. Georg Westermeier
E-Mail: info@notare-isartor5.de

Mutterstadt, Notarstelle Stefan Schmitz
Neustadter Straße 1
67112 Mutterstadt

Abonnement

MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Denninger Straße 169, 81925 München, Telefon: (089) 5516660, Telefax: (089) 55166234, E-Mail: info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 56,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (zzgl. Versandkosten und 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, Telefax: (089) 555551, Internet: www.universalmedien.de/notarkammer.



Notare Bayern

www.notare.bayern.de