

MittBayNot

Begründet 1864

5 | 2023

September | Oktober 2023

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Schriftleitung:

Thomas Dziwis,
Notarassessor
Stephanie Reber,
Notarassessorin

Herausgeberbeirat:

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,
Notar a. D., Regen

Priv.-Doz. Dr. Patrick Meier,
Notar in Bischofsheim i. d. Rhön

Angelika Strähuber,
Notarin in Regen

Michael Volmer,
Notar in Aschaffenburg

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,
Notar in Roth

Dr. Felix Wobst,
Notar in Gerolzhofen

AUFSÄTZE

Hertel/Strauß: Praxisupdate IPR 433

Wall: Die Rechtswahl des Namens nach Art. 10
Abs. 3 EGBGB (analog) bei Adoptionen mit Auslandsbezug
– Teil 2: Praktische Anwendungsfälle 441

Wilsch: Die grundbuchverfahrensrechtlichen
Übergangsregelungen des MoPeG 457

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

Müller zu OLG München: Zum ausländischen Güterrecht
und zum gutgläubigen Erwerb einer Vormerkung 490

Weidlich zu BGH: Keine Anfechtung einer lenkenden Erbauschlagung bei unbeachtlichem Motivirrtum über den danach eintretenden Erben und zu **OLG Brandenburg:** Rechtsfolge der Ausschlagung der testamentarischen Erbeinsetzung des länger lebenden Ehegatten bei gemeinschaftlichem Ehegattentestament 504

Braun zu OLG Düsseldorf: Wechselbezüglichkeit der Schlusserbeinsetzung in letztwilliger Verfügung durch kinderlose Ehegatten 510

Schlögel zu OLG Stuttgart: Rückfall eines Erbbaurechts an Gemeinde wegen Nichterfüllung der Bauverpflichtung bezüglich einer Moschee 525

Habereeder zu BFH: Erklärung zur optionalen Vollverschonung von Betriebsvermögen 533

Balzer: Werte als Basis für Willensbildung 536

Impressum **MittBayNot**

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

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München
T. +49 89 551 66-0
F. +49 89 551 66-234
M. mittbaynot@notare-bayern-pfalz.de
www.notare.bayern.de/mittbaynot.html

Herausgeberbeirat:

Dr. Susanne Frank, Notarin in München
Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Notar a. D., Regen
Priv.-Doz. Dr. Patrick Meier, Notar in Bischofsheim i. d. Rhön
Angelika Strähuber, Notarin in Regen
Michael Volmer, Notar in Aschaffenburg
Dr. Eckhard Wälzholz, Notar in Füssen
Dr. Dietmar Weidlich, Notar in Roth
Dr. Felix Wobst, Notar in Gerolzhofen

Schriftleitung:

Notarassessor Thomas Dziwis
Notarassessorin Stephanie Reber

*Aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird auf
eine geschlechterspezifische Differenzierung teilweise
verzichtet. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der
Gleichbehandlung immer für alle Geschlechter.*

Design:

INTO Branding GmbH

Druck:

Universal Medien GmbH
Fichtenstraße 8
82061 Neuried

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 5 | 2023

| | | | |
|---|-----|---|------------|
| AUFSÄTZE 433 | | | |
| Hertel/Strauß: Praxisupdate IPR | 433 | | |
| Wall: Die Rechtswahl des Namens nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) bei Adoptionen mit Auslandsbezug – Teil 2: Praktische Anwendungsfälle | 441 | | |
| Wilsch: Die grundbuchverfahrensrechtlichen Übergangsregelungen des MoPeG | 457 | | |
| BUCHBESPRECHUNGEN 467 | | | |
| Bork/Schäfer: GmbHG. Kommentar (Widmann) | 467 | | |
| Kersten/Bühling: Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (Goslich) | 467 | | |
| Müller-Engels/Braun: Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis (Menne) | 468 | | |
| RECHTSPRECHUNG 470 | | | |
| Bürgerliches Recht | | | |
| SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT | | | |
| 1. Abgrenzung Wohnungsrecht und Wohnnutzungsrecht; kein Anspruch des Wohnungsberechtigten auf Nutzungsentschädigung bei eigenmächtiger Selbstnutzung durch Eigentümer (BGH, Urteil vom 23.03.2023, V ZR 113/22) | 470 | 6. Eintragung einer mit einer Eigentumswohnung mitveräußerten Gartenfläche als Sondereigentum (OLG Rostock, Beschluss vom 24.10.2022, 3 W 82/22 – Ls.) | 478 |
| 2. Erlöschen einer „Bauverbots“-Dienstbarkeit nach Verjährung des Beseitigungsanspruchs hinsichtlich beeinträchtigender Anlage (BGH, Urteil vom 20.01.2023, V ZR 65/22 – Ls.) | 474 | 7. Zum ausländischen Güterrecht und zum gutgläubigen Erwerb einer Vormerkung (OLG München, Urteil vom 17.08.2022, 7 U 4125/19) mit Anmerkung Müller | 479 490 |
| 3. Genaue Bezeichnung einer Dienstbarkeit im Grundbuch (BGH, Urteil vom 11.11.2022, V ZR 145/21) | 474 | FAMILIENRECHT | |
| 4. Keine unwirtschaftliche Aufteilung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz bei Miteigentum (OLG Braunschweig, Beschluss vom 30.11.2022, 2 W 104/22 (Lw)) | 476 | 8. Regress wegen anwaltlicher Pflichtverletzung – Voraussetzungen des privilegierten Erwerbs i. S. v. § 1374 Abs. 2 BGB (OLG Bremen, Urteil vom 20.07.2022, 4 U 24/21) | 493 |
| 5. Übertragung von Miteigentumsanteilen innerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft, Erstreckung von Grundpfandrechten kraft Gesetzes (OLG Hamm, Beschluss vom 29.11.2022, 15 W 271/22) | 477 | ERBRECHT | |
| | | 9. Keine Anfechtung einer lenkenden Erbausschlagung bei unbeachtlichem Motivirrtum über den danach eintretenden Erben (BGH, Beschluss vom 22.03.2023, IV ZB 12/22) | 498 |
| | | 10. Rechtsfolge der Ausschlagung der testamentarischen Erbeinsetzung des länger lebenden Ehegatten bei gemeinschaftlichem Ehegattentestament (OLG Brandenburg, Beschluss vom 14.02.2023, 3 W 60/22) mit Anmerkung Weidlich | 502 504 |
| | | 11. Wechselbezüglichkeit der Schlusserbeinsetzung in letztwilliger Verfügung durch kinderlose Ehegatten (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.04.2022, 3 Wx 82/21) mit Anmerkung Braun | 506 510 |
| | | Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht | |
| | | 12. Die Haftung des Geschäftsführers der geschäftsführenden GmbH einer GmbH & Co. KG (BGH, Urteil vom 14.03.2023, II ZR 162/21 – Ls.) | 514 |
| | | 13. Anspruch des Gesellschafters auf Unterlassung der Einreichung einer materiell unrichtigen Gesellschafterliste gegen Geschäftsführer (BGH, Beschluss vom 08.11.2022, II ZR 91/21 – Ls.) | 514 |
| | | 14. Beschwerdebefugnis gegen die Anordnung einer Notgeschäftsführung, wenn eine die unbekanntenen Erben ausweisende Gesellschafterliste fehlt (KG, Beschluss vom 23.11.2022, 22 W 50/22) | 515 |



Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 5 | 2023

15. Unzulässigkeit eines Spruchverfahrens bei Verschmelzung von Genossenschaften (LG Nürnberg-Fürth, Beschluss vom 10.11.2022, 1 HK O 7642/21 – Ls.) 516

Internationales Privatrecht

16. Verpflichtung zur erneuten Abgabe einer Habilitätsversicherung auch bei geborenem Liquidator; Beglaubigung durch eine ausländische Urkundsperson (KG, Beschluss vom 01.07.2022, 22 W 31/22 – Ls.) 516

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

17. Begriff des Beteiligten bei Zwangsversteigerung eines Miteigentumsanteils (BGH, Beschluss vom 22.09.2022, V ZB 8/22 – Ls.) 517

18. Keine Pflicht zur Angabe privater Daten des Insolvenzverwalters bei Grundbucheintragung (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 02.08.2022, 19 W 111/21 (Wx) – Ls.) 517

Beurkundungs- und Notarrecht

19. Ablehnung der Bewerbung für eine Notarstelle mangels persönlicher Eignung für das Amt (BGH, Beschluss vom 06.03.2023, NotZ(Brfg) 6/22 – Ls.) 517

Öffentliches Recht

20. Rückfall eines Erbbaurechts an Gemeinde wegen Nichterfüllung der Bauverpflichtung bezüglich einer Moschee (OLG Stuttgart, Urteil vom 13.09.2022, 10 U 278/21) 518
mit Anmerkung **Schlögel** 525

Steuerrecht

21. Erklärung zur optionalen Vollverschonung von Betriebsvermögen (BFH, Urteil vom 26.07.2022, II R 25/20) 529
mit Anmerkung **Habereeder** 533

22. Pflicht der Ehegatten zur Zustimmung zur Zusammenveranlagung (OLG Bamberg, Beschluss vom 10.01.2023, 2 UF 212/22 – Ls.) 535

SONSTIGES 536

Zukunft und Notariat 536

Tagungsbericht 539

Dux: Nachmittagstagung zur Evaluation der EuErbVO der Forschungsstelle für notarielle Rechtsgestaltung der Universität Heidelberg am 20.01.2023

Veranstaltungshinweise 543

Neuerscheinungen 549

STANDESNACHRICHTEN 550

Praxisupdate IPR

Von Notar **Christian Hertel**, Weilheim i. OB, und Notar Dr. **Benedikt Strauß**, Illertissen



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Das diesjährige Update¹ behandelt in einem bunten Strauß u. a. eine BGH-Entscheidung, wonach die Wahl englischen Erbrechts gegen den deutschen ordre public verstoßen kann, wenn sie den Pflichtteil hiesiger Abkömmlinge einschränkt (I. 2.), eine für Rechtssicherheit sorgende EuGH-Entscheidung, wonach bei Nachlassverfahren im EU-Ausland auch der fristgerechte Zugang der Erbausschlagung beim Gericht des gewöhnlichen Aufenthalts genügt (I. 3.), eine Widersprüche zur Kubicka-Rechtsprechung schaffende EuGH-Entscheidung, wonach im Europäischen Nachlasszeugnis künftig auch beim Alleinerben die ausländischen Grundstücke mit allen nach ausländischem Verfahrensrecht erforderlichen Angaben enthalten sein müssen (I. 4.), den Kommissionsvorschlag zur Einführung einer neuen EU-Verordnung zum Kollisionsrecht der Elternschaft (II. 2.) und die international-privatrechtliche Abgrenzung zwischen Erb- und Gesellschaftsrecht bei Unternehmensnachfolge (III. 2.).

Hertel hat die Teile I. 1., 3. bis 6. und II. 3. bis 4., *Strauß* die Teile I. 2., II. 1. bis 2. und III. 1. bis 2. bearbeitet.

I. Erbrecht

1. OLG München, Beschluss vom 09.02.2023, 33 UH 4/23 e: Gewöhnlicher Aufenthalt eines dementen Erblassers nach § 343 FamFG

Der gewöhnliche Aufenthalt ist das zentrale Anknüpfungskriterium in den meisten EU-Verordnungen zum IPR. Dies hat den Vorteil, dass alle Gebietsansässigen unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit internationalprivatrechtlich gleich behandelt werden können (und dass der Rechtsanwender in der Regel sein eigenes Recht anwenden kann). Es hat den Nachteil, dass der gewöhnliche Aufenthalt schwieriger zu bestimmen ist als die Staatsangehörigkeit.

Der gewöhnliche Aufenthalt ist in den einzelnen EU-Verordnungen jeweils ordnungsautonom zu bestimmen. Er muss auch in den verschiedenen EU-Verordnungen nicht übereinstimmen, sondern kann insbesondere je nach dem Zweck der jeweiligen Verordnung (etwas) unterschiedlich auszulegen sein. Gleichwohl macht es Sinn, bei der Auslegung jeweils auch die Auslegung der anderen EU-Verordnungen zu betrachten.

Das OLG München² hatte in einem innerdeutschen Sachverhalt über den gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne des § 343 FamFG einer nicht geschäftsfähigen Erblasserin zu entscheiden. Die Erblasserin hatte zunächst in Günzburg gewohnt. Ein Betreuer, der für sie aufgrund ihrer geistigen Gebrechen bestellt worden war, hatte sie in ein Altersheim nach Sonthofen gebracht. Dort lebte sie für mehr als zehn Jahre bis zu ihrem Tod. Sowohl das AG Sonthofen als auch das AG Günzburg hielten sich für örtlich unzuständig, da sie den letzten gewöhnlichen Aufenthalt jeweils am Ort des anderen Gerichts sahen. Daher musste das OLG München entscheiden.

Das OLG München ging davon aus, dass für die Begründung des gewöhnlichen Aufenthalts im Sinne des § 343 FamFG neben objektiven Faktoren auch subjektive Faktoren, also der Bleibewille, relevant seien. Es ließ offen, ob dafür bei einem nicht Geschäftsfähigen bereits der sog. „natürliche Wille“ genüge – oder ob der Betreuer den gewöhnlichen Aufenthalt auch gegen den natürlichen Willen bestimmen könnte. Denn hier führte beides zum gewöhnlichen Aufenthalt in Sonthofen: Sowohl die Betreute als auch die Betreuerin hatten sich für die Fortsetzung des Aufenthalts in Sonthofen ausgesprochen.

Prüfungsmaßstab war hier § 343 FamFG, nicht Art. 4, 21 Abs. 1 EuErbVO. Verordnungskonform ist aber bei grenzüberschreitenden Fällen nur eine Auslegung, die jedenfalls für den internationalen Aufenthalt zu denselben Ergebnissen kommt wie Art. 4 EuErbVO. Daher bezog das OLG München zu Recht auch Überlegungen zur EuErbVO mit ein (auch wenn es wegen des rein innerdeutschen Sachverhalts letztlich nicht darauf ankam).

Die EuErbVO enthält bekanntlich keine Legaldefinition des gewöhnlichen Aufenthalts, benennt aber in ihren Erwägungsgründen 23 und 24 einige für die Abwägung maßgebliche Faktoren. Dies sind alles nur objektive Faktoren, die zwar subjektiv geprägt sind (so die Unterscheidung zwischen familiär-sozialen und beruflichen Bezügen) – aber der Bleibewille ist nicht als Abwägungsfaktor genannt. Meines Erachtens ist daher der Bleibewille (*animus manendi*) nicht zwingende Voraussetzung, sondern nur einer von vielen Faktoren bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts (insbesondere bei kurzer Aufenthaltsdauer oder bei zu unterschiedlichen Staaten führenden objektiven Faktoren). Sonst hätten etwa Strafgefangene gar keinen ge-

¹ Das vorjährige Update von *Strauß* findet sich in MittBayNot 2022, 429.

² OLG München, Beschluss vom 09.02.2023, 33 UH 4/23 e, FGPrax 2023, 85 = NJW-RR 2023, 583.

wöhnlichen Aufenthalt, denn sie wollen nicht dort sein, wo sie sind. Ist der objektive Aufenthalt stark verfestigt – wie vorliegend durch einen mehrjährigen ausschließlichen Aufenthalt am jetzigen Wohnort, kommt es meines Erachtens auf den subjektiven Willen nicht mehr an. Zu Recht entschied daher etwa das OLG Frankfurt a. M., dass ein möglicher Rückkehrwille eines seit vielen Jahren in der VR China lebenden und dort mit einer Chinesin verheirateten Erblassers für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts irrelevant ist.³ Der gewöhnliche Aufenthalt ist dort, wo man lebt – nicht dort, wo man leben will.

Teile der Literatur befürchten, damit könnte der Betreuer indirekt das anwendbare Erbrecht wählen, indem er den altersdementen Erblasser in einen anderen Staat verbringen lässt (was die Literatur teils als „Demenztourismus“ bezeichnet). Zu Recht weist das OLG München darauf hin, dass bei Missbrauchsfällen für das anwendbare Recht immer noch eine Korrektur über Art. 21 Abs. 2 EuErbVO erfolgen könne (die Zuständigkeit nach Art. 4 EuErbVO würde aber dennoch im Aufenthaltsstaat bleiben).

2. BGH, Urteil vom 29.06.2022, IV ZR 110/21: Pflichtteilsvermeidung als ordre-public-Verstoß

Nicht selten wird in erbrechtlichen Beratungsgesprächen der Wunsch an den Notar herangetragen, Pflichtteilsansprüche unliebsamer Angehöriger zu reduzieren oder vollständig zu vermeiden. Neben klassischen Konstruktionen des materiellen Sachrechts – die ohne Mitwirkung des Betroffenen einen gänzlichen Ausschluss in der Regel nicht oder nur unter Inkaufnahme wesentlicher Nachteile für den Testierenden ermöglichen – wird bisweilen auch an die Pflichtteilsvermeidung durch Ausnutzung eines Auslandsbezugs gedacht. In Betracht kommt hierbei insbesondere die Wahl eines Erbrechts, das keinen Pflichtteilsanspruch kennt.

Über eine derartige Konstruktion hatte der BGH zu entscheiden.⁴ Ein seit Jahrzehnten in Deutschland wohnender Brite mit wesentlicher Vermögensbelegenheit in Deutschland wählte englisches Erbrecht, wohl primär mit dem Zweck, Pflichtteilsansprüche seines Adoptivsohns abzuschneiden. Unter Anwendung des ordre-public-Vorbehalts des Art. 35 EuErbVO sprach der BGH dem Sohn dennoch einen Pflichtteilsanspruch unter Anwendung deutschen Rechts zu. Ein Verstoß gegen den ordre public ist immer dann gegeben, wenn bei einem Sachverhalt mit hinreichendem Inlandsbezug das Ergebnis der Anwendung ausländischen Rechts mit der öffentlichen Ordnung des Forumstaats unvereinbar ist.⁵ Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BVerfG, die das Pflichtteilsrecht als ver-

fassungsrechtlich garantierte, grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige Mindestbeteiligung ansieht,⁶ ist diese Entscheidung konsequent und entspricht auch der bislang hierzu geäußerten Literaturansicht.⁷

Das Urteil wirft einige dogmatische Fragen auf, insbesondere ob zur notwendigen Ergebniskorrektur nicht vor einer Anwendung des deutschen Pflichtteilsrechts eine verfassungskonforme Anwendung der englischen Vorschriften zur family provision, die nach Art. 1 Abs. 2 lit. 3 EuErbVO ebenfalls erbrechtlich zu qualifizieren sind,⁸ naheliegender gewesen wäre, was ggf. zu einer geringeren Pflichtteilsquote führt.⁹

Viel wichtiger sind demgegenüber die Folgen für die notarielle Praxis. Zusammengefasst lässt sich sagen: Die Anwendbarkeit ausländischen Rechts (insbesondere durch Rechtswahl) zur Pflichtteilsvermeidung herbeizuführen, ist kein probates Gestaltungsmittel,¹⁰ solange hinreichender Inlandsbezug besteht. Dies gilt auch für einen alleine aus diesem Grund veranlassten Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts. Nach dem Prinzip des „sichersten Wegs“ wird außerdem davon auszugehen sein, dass diese Rechtsprechung für alle Pflichtteilsberechtigten gilt, nicht nur für Kinder.¹¹

3. EuGH, Urteil vom 02.06.2022, C-617/20: Erbausschlagung bei Nachlassverfahren im EU-Ausland

Die EuErbVO geht vom Grundsatz aus, dass jeweils nur ein einziger Mitgliedstaat zuständig ist (Art. 4 ff. EuErbVO). Mit dieser Zuständigkeitskonzentration will die EuErbVO einen Wettlauf zu dem jeweils günstigeren Gerichtsstand und einander widersprechende Gerichtsentscheidungen vermeiden. Eine Ausnahme gilt für die Erbausschlagung. Die Erbausschlagung (oder die Annahme der Erbschaft) kann der Erbe auch in dem Staat erklären, in dem er selbst seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Art. 13 EuErbVO) (und nicht nur im Staat des gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers, Art. 4 EuErbVO). Dies ist eine sehr sinnvolle Ausnahme, für die sich die Rechtspraxis eingesetzt hatte, vor allem auch die europäischen Notariate.

In der EuErbVO fehlt aber eine Regelung, wie eine solche Erbausschlagung den Behörden des für das Nachlassverfahren zuständigen Mitgliedstaates zur Kenntnis kommt.

3 Vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 14.09.2020, MittBayNot 2022, 68, behandelt bei *Strauß*, MittBayNot 2022, 429, 433.

4 BGH, Urteil vom 29.06.2022, IV ZR 110/21, MittBayNot 2023, 280 m. Anm. *Soutier*.

5 MünchKomm-BGB/v. *Hein*, 8. Aufl. 2020, Art. 6 EGBGB Rdnr. 126; BeckOK-BGB/*Lorenz*, Stand: 01.05.2023, Art. 6 EGBGB Rdnr. 10.

6 BVerfG, Beschluss vom 19.04.2005, 1 BvR 1644/00, MittBayNot 2006, 512.

7 Joachim/*Lange*/*Joachim*/*Lange*, 4. Aufl. 2022, L. X. Rdnr. 567; BeckOGK-BGB/*J. Schmidt*, Stand: 01.06.2014, Art. 35 EuErbVO Rdnr. 22; Dutta/*Weber*/*Bauer*/*Fornasier*, Internationales Erbrecht, 2. Aufl. 2021, Art. 35 EuErbVO Rdnr. 11; MünchKomm-BGB/*Dutta*, Art. 35 EuErbVO Rdnr. 8; *Gruber*, ZEV 2001, 463, 468. A. A. *Ayazi*, NJOZ 2018, 1041; *Simon*/*Buschbaum*, NJW 2012, 2393, 2395.

8 MünchKomm-BGB/*Dutta*, Art. 1 EuErbVO Rdnr. 34.

9 Siehe zur Kritik daran (insbesondere dahin gehend, dass das domicile of origin des Erblassers weiterhin in England liegt) etwa *Soutier*, MittBayNot 2023, 280, 287 f.; *Windeknecht*, NJW 2022, 2547, 2552; ähnlich *Pfeiffer*, LMK 2022, 811862.

10 Ebenso ausdrücklich *Litzenburger*, FD-ErbR 2022, 450960.

11 Differenzierend *Soutier*, MittBayNot 2023, 280, 289.

ErwGr 32, S. 3 meint nur sibyllinisch, die Ausschlagenden sollten „das Gericht oder die Behörde, die mit der Erbsache befasst ist oder sein wird, innerhalb einer Frist, die in dem auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Recht vorgesehen ist, selbst davon in Kenntnis setzen, dass derartige Erklärungen abgegeben wurden.“ Das mag funktionieren, wenn das Nachlassgericht den Ausschlagenden zuvor angeschrieben hat. Andernfalls wird der Ausschlagende aber in der Regel überfordert sein, festzustellen, welcher ausländischen Behörde er die Ausschlagung mitteilen solle. Es hätte nahegelegen, in der EuErbVO zu regeln, dass die Behörde, der gegenüber die Ausschlagung nach Art. 13 EuErbVO erklärt wird, die Ausschlagung an die nach Art. 4 ff. EuErbVO zuständige Behörde weiterleitet. Das wurde im Gesetzgebungsverfahren auch vorgeschlagen,¹² aber als zu kompliziert abgelehnt. Wenn aber schon die Behörde nicht weiß, wer im Ausland zuständig ist, wie soll es dann der Ausschlagende wissen? De lege ferenda muss die EuErbVO meines Erachtens um eine solche Mitteilungspflicht zwischen den Behörden ergänzt werden. Im Rahmen des Europäischen Justiziellen Netzes könnte man den Behörden die hierfür erforderlichen Informationen mit überschaubarem Aufwand zur Verfügung stellen.

In dem vom EuGH¹³ entschiedenen Fall lief es auch prompt schief: Das Nachlassgericht Bremen hatte zwei in den Niederlanden ansässige Miterben angeschrieben. Diese hatten die Erbausschlagung (innerhalb der sechsmonatigen Frist des § 1944 Abs. 3 BGB) bei dem in den Niederlanden zuständigen Gericht erklärt. Das Nachlassgericht Bremen erhielt die Ausschlagung aber erst auf nochmalige Rückfrage bei den betreffenden Miterben – zunächst nur als Kopie ohne Übersetzung, danach als Kopie mit deutscher Übersetzung – und erst deutlich nach Ablauf der sechsmonatigen Ausschlagungsfrist auch die Urschriften der Ausschlagungserklärungen. Das Nachlassgericht hielt daher die Ausschlagung für verfristet.

Im Beschwerdeverfahren legte das OLG Bremen dem EuGH im Vorabentscheidungsverfahren die Frage vor, ob die formgerechte Erbausschlagung in den Niederlanden auch ohne Zugang beim zuständigen deutschen Nachlassgericht für die Wirksamkeit der Ausschlagung genüge. Der EuGH formulierte die Vorlagefrage in die Frage nach der Formwirksamkeit um. Denn darunter versteht der EuGH auch die Frage des Zugangs und die Einhaltung der Frist durch den Zugang bei der ausländischen Behörde – also alle Verfahrensvorschriften. Dann ergibt sich das Ergebnis unschwer aus Art. 28 EuErbVO: Es genügt die Einhaltung entweder des anwendbaren Erbrechts (hier also deutsches Recht) oder des Rechts am gewöhnlichen Aufenthalt des Ausschlagenden (hier also niederländisches Recht).¹⁴ Dem Ergebnis kann man nur zustimmen. Zu demselben Ergebnis kam die herrschende Meinung in der deutschen Literatur auch bisher; sie begründete es allerdings als Substitution.

¹² Ratsdokument Nr. 5811/10, S. 6.

¹³ EuGH, Urteil vom 02.06.2022, C-617/20, ZEV 2022, 521 m. Anm. *Leipold*.

¹⁴ *Leipold*, ZEV 2022, 521, 524 f.

Wenn man den Begriff der Form so weit versteht wie der EuGH – nämlich als alle Verfahrensvorschriften umfassend –, dann fällt auch die Sprache der Ausschlagung darunter:¹⁵ Natürlich kann dann die Erbausschlagung in den Niederlanden in niederländischer Sprache erklärt werden. Eine andere Frage ist, ob das Nachlassgericht ggf. eine Übersetzung in seine Amtssprache verlangen kann (oder ob das Gericht die Übersetzung selbst auf eigene Kosten erstellen lassen muss). Meines Erachtens verbietet das Europarecht nicht, vom Ausschlagenden eine Übersetzung zu verlangen.

Die Entscheidung ist zu begrüßen. Bisher konnte ich als Notar den Beteiligten bei der Erbausschlagung für ein Nachlassverfahren im EU-Ausland nur sagen: „Vermutlich reicht der fristgerechte Eingang beim deutschen Nachlassgericht. Aber schicken Sie vorsorglich schnellstmöglich auch eine beglaubigte Abschrift an das ausländische Nachlassgericht oder die ausländische Behörde (jedenfalls wenn Ihnen diese bekannt ist).“ Jetzt kann man als Notar den Ausschlagenden die Gewissheit geben, dass der Zugang beim deutschen Nachlassgericht (in dessen Amtsbezirk sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben) genügt. Dennoch wird man weiter den Ratschlag geben, zusätzlich eine beglaubigte Abschrift auch an das ausländische Nachlassgericht zu schicken. Denn wenn dieses von der Erbausschlagung nichts weiß, wird es möglicherweise einen unrichtigen Erbnachweis erteilen.

Aber Vorsicht: Art. 13, 28 EuErbVO gelten nur für Nachlassverfahren in anderen EU-Mitgliedstaaten, in denen die EuErbVO Anwendung findet, also nicht für Dänemark, nicht für Irland und nicht für Drittstaaten außerhalb der EU.

4. EuGH, Urteil vom 09.03.2023, C-354/21 (Registr centras): Belegenheitsstaat kann auch bei Alleinerben Bezeichnung der Immobilie im Europäischen Nachlasszeugnis für Grundbucheintragung verlangen

Für einen deutschen Juristen unverständlich erscheint mir die nachfolgend zu besprechende Entscheidung des EuGH in Sachen des litauischen Registerzentrums (Registr centras)¹⁶: Die Erblasserin war mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland verstorben. Das deutsche Nachlassgericht hatte dem Alleinerben ein Europäisches Nachlasszeugnis erteilt. Damit beantragte der Erbe die Grundbuchberichtigung eines in Litauen belegenen Grundstücks seiner Mutter.¹⁷ Das litauische Grundbuchamt lehnte die Eintragung ab, weil das betroffene Grundstück im Europäischen Nachlasszeugnis nicht bezeichnet war. Es verwies darauf, dass das litauische Recht hierfür bestimmte Angaben verlangt, u. a. die „Katasterfläche, den Katasterblock, die Katasternummer des Flurstücks, die individuelle Num-

¹⁵ *Leipold*, ZEV 2022, 521, 524.

¹⁶ EuGH, Urteil vom 09.03.2023, C-354/21 (R. J. R./Registr centras VJ), FGPrax 2023, 73 = NJW-RR 2023, 652.

¹⁷ Nach dem Sachverhalt war die Mutter wohl ihrerseits nur Erbin des Grundstücks. Dafür legte der Erbe aber einen deutschen Erbschein als Nachweis vor. In der Entscheidung spielte aber keine Rolle, dass es sich nicht um den unmittelbaren Erben des Grundstücks, sondern um den Erbeserben handelte.

mer (Identifikationscode) des Flurstücks, die individuelle Nummer (Identifikationscode) des Bauwerks und die individuelle Nummer (Identifikationscode) der Wohnung oder der Räumlichkeiten“. Diese Angaben enthielt das deutsche Europäische Nachlasszeugnis natürlich nicht. Denn wenn der Erbe alles erbt, ist eine Aufzählung unnötig, welche einzelnen Gegenstände zum Nachlass gehören.

Die Entscheidung berührt das Verhältnis zwischen der Reichweite des materiellen Erbrechts einerseits (dessen Anwendung die EuErbVO regelt) und dem Grundbuchverfahrensrecht und materiellen (Immobilien-)Sachenrecht andererseits (das von der europäischen Rechtssetzung unberührt bleibt). Dieses Verhältnis wurde bei Erlass der EuErbVO nicht wirklich entschieden, sondern durch einen Formelkompromiss überdeckt. Zu der – aus Sicht der deutschen Praxis – für das Verhältnis zentralen Frage des Vindikationslegats hatte der EuGH bekanntlich in der Rechtsache Kubicka entschieden, dass sich die Frage, ob ein Vermächtnisnehmer unmittelbar aufgrund des Erbfalls Grundstückseigentümer wird, auch dann nach dem Erbrecht richtet, wenn das anwendbare (Immobilien-)Sachenrecht für den Eigentumserwerb eines Einzelrechtsnachfolgers einen gesonderten Übertragungsakt (Auflassung und Grundbuchumschreibung) erfordert.¹⁸ Zur Grundbuchumschreibung aufgrund des polnischen (italienischen etc.) Vindikationslegats im deutschen Grundbuch genügt damit das Europäische Nachlasszeugnis. Ich halte die Entscheidung Kubicka für falsch. Aber sie ist nun einmal da und geltendes Recht.

Auf der Linie der Kubicka-Entscheidung hätte nahegelegen, auch die formellen Bezeichnungserfordernisse, die das litauische Recht stellt, beiseite zu schieben. Denn wenn schon ein materielles Erfordernis des Belegenheitsrechts dem anwendbaren Erbrecht weichen muss, so doch wohl erst recht ein nur formelles Erfordernis – zumal es überhaupt keinen Sinn macht, eine genauere Bezeichnung der Immobilie im Europäischen Nachlasszeugnis zu fordern. Wenn das litauische Gericht diese Bezeichnung für den Grundbuchantrag gefordert hätte, hätte man dies verstanden – aber nicht für das Europäische Nachlasszeugnis. Daher hatte auch der Generalanwalt beim EuGH beantragt festzustellen, dass das vorgelegte Europäische Nachlasszeugnis zum Nachweis der Erbenstellung genüge.¹⁹

Der EuGH entschied anders: Es stehe „jedem Mitgliedstaat, in dem eine solche Eintragung dinglicher Rechte an unbeweglichen Vermögensgegenständen vorgesehen ist, frei, die Bedingungen und Modalitäten dieser Eintragung festzulegen, einschließlich der Anforderung, dass alle Angaben zur Identifizierung einer Immobilie, für die ein Antrag auf Eintragung gestellt wird, in diesem Antrag oder in den beigefügten Schriftstücken enthalten sein müssen“.²⁰

18 EuGH, Urteil vom 12.10.2017, C-218/16 (Kubicka) ABI. EU 2017, Nr. 412, 8 = DNotZ 2018, 33 m. Anm. *Weber* = FamRZ 2017, 2057 m. Anm. *Döbereiner* = NJW 2017, 3767, dazu Anm. *Bandel*, MittBayNot 2018, 99, *Dorth*, ZEV 2018, 11.

19 Schlussanträge des Generalanwalts vom 14.07.2022, C-354/21, Celex-Nr. 62021 CC 0354 = BeckRS 2022, 17973.

20 EuGH, Urteil vom 09.03.2023, C-354/21 (R. J. R./Registr. centras VJ) Rdnr. 50, FGPrax 2023, 73 = NJW-RR 2023, 652.

Das verstehe, wer mag. Für die Rechtspraxis bedeutet dies aber, dass der Antragsteller auch bei Gesamtrechtsnachfolge vorsorglich für im Ausland befindliche Immobilien oder andere registrierte Gegenstände alle für die Registereintragung im jeweiligen Land maßgeblichen Angaben machen sollte und diese dann auch in das Europäische Nachlasszeugnis aufzunehmen sind. Das macht das Europäische Nachlasszeugnis deutlich schwerer handhabbar. Denn woher soll der Antragsteller, das deutsche AG oder auch der den Antrag beurkundende Notar wissen, welche Angaben genau in welchem Staat erforderlich sind? Aber vielleicht gibt es ja bald eine Arbeitshilfe des DNotI, die diese Angaben auflistet – und später einmal eine entsprechende Arbeitshilfe im Europäischen Justiziellen Netz für Zivil- und Handelssachen.

Rechtsdogmatisch wird es Aufgabe der künftigen EuGH-Rechtsprechung sein, den Wertungswiderspruch zwischen Kubicka und Registr. centras aufzulösen. Meines Erachtens muss der EuGH dazu eine der beiden Entscheidungen einschränken.

5. KG, Beschluss vom 22.09.2022, 1 W 348/22: Bei dinglicher Wirkung einer Teilungsanordnung genügt Europäisches Nachlasszeugnis für die Grundbucheintragung

Ganz auf der Linie der Kubicka-Rechtsprechung des EuGH liegt hingegen eine Entscheidung des KG²¹ zu einer dinglich wirkenden Teilungsanordnung nach italienischem Recht: Das italienische Erbrecht sieht nicht nur bei einem Vermächtnis eine unmittelbar dingliche Wirkung bereits mit dem Erbfall vor (Vindikationslegat, Art. 649 CC Italien – wie das polnische Erbrecht im Fall Kubicka), sondern gibt dem Erblasser auch die Wahl, bei mehreren Miterben eine Teilungsanordnung entweder nur schuldrechtlich oder ebenfalls mit unmittelbar dinglicher Wirkung zu treffen (Art. 733-734 CC Italien).

Vorliegend war ausweislich des Europäischen Nachlasszeugnisses eine deutsche Immobilie ausdrücklich einem der Miterben zugewiesen. Damit war davon auszugehen, dass die das Europäische Nachlasszeugnis erteilende Stelle dies als dingliche Teilungsanordnung verstanden hatte. Daher genügte das Europäische Nachlasszeugnis zur unmittelbaren Umschreibung im Grundbuch. Denn für die dinglich wirkende Teilungsanordnung kann nichts anderes gelten als für das dinglich wirkende Vermächtnis.

Die Richtigkeitsvermutung und damit die Nachweiskraft des Europäischen Nachlasszeugnisses wären hingegen erschüttert gewesen, wenn der betreffende Nachlassgegenstand dem Miterben erst bei der Erbauseinandersetzung zwischen den Miterben zugewiesen worden wäre. Denn das Europäische Nachlasszeugnis dient nur zum Nachweis der Rechtsnachfolge im Todeszeitpunkt, nicht zum Nachweis einer späteren Erbauseinandersetzung.²²

21 KG, Beschluss vom 22.09.2022, 1 W 348/22, MittBayNot 2023, 291 = ZEV 2022, 674 m. Anm. *Weinbeck*.

22 OLG München, Beschluss vom 29.09.2020, 34 Wx 236/20, FGPrax 2020, 265 = MittBayNot 2021, 277. Dazu *Strauß*, MittBayNot 2022, 429, 436.

6. OLG Köln, Beschluss vom 02.03.2022, I-2 Wx 13/22: Keine Bescheinigung über Vollstreckbarkeit deutscher Erbscheine möglich

Zur Vollstreckung von Entscheidungen in anderen EU-Mitgliedstaaten ist nach der EuGüVO und der EuErbVO ein sog. Exequatur-Verfahren erforderlich. Dabei prüfen die Gerichte des Vollstreckungsstaates die Entscheidung nicht etwa der Sache nach, sondern erklären die Entscheidung für vollstreckbar, wenn ihnen eine Bescheinigung des Ursprungsmitgliedstaates vorgelegt wird, vgl. Art. 40-58 EuErbVO (Entscheidungen in allgemeinen Zivilsachen sind hingegen nach der Brüssel Ia-VO von 2012 ohne gesondertes Exequatur-Verfahren vollstreckbar).

Im vorliegenden Fall hatte eine polnische Notarin eine solche Bescheinigung des deutschen Nachlassgerichts nach Art. 46 Abs. 3 lit. b) EuErbVO für einen deutschen Erbschein beantragt. Sie trug vor, sie wolle diese Bescheinigung als Grundlage für ein Europäisches Nachlasszeugnis verwenden, das für die Erbfolge nach einem der im Erbschein ausgewiesenen Erben vor ihr als ausstellender Behörde beantragt worden sei.

Das Nachlassgericht Köln lehnte den Antrag ab. Das OLG Köln²³ verwarf die dagegen eingelegte Beschwerde. Zum ersten sei die Notarin gar nicht antragsberechtigt. Antragsberechtigt seien nur die Beteiligten im jeweiligen Ausgangsverfahren, für dessen Entscheidung die Bescheinigung beantragt werde. Vor allem sei eine Bescheinigung nach Art. 46 Abs. 3 lit. b) EuErbVO nur für vollstreckbare Entscheidungen vorgesehen. Ein Erbschein habe aber keinen vollstreckungsfähigen Inhalt.

Daher ließ das OLG Köln dahinstehen, ob ein Erbschein überhaupt eine Entscheidung im Sinne der Art. 39 ff. EuErbVO sei. Dagegen spricht meines Erachtens, dass die EuErbVO mit dem Europäischen Nachlasszeugnis eine *lex specialis* für die grenzüberschreitende Zirkulation von Erbnachweisen geschaffen hat. Daher sind nach meiner Einschätzung die allgemeinen Regeln für Anerkennung und Vollstreckung nicht auf nationale Erbnachweise anzuwenden.²⁴ Das ist aber sehr strittig. Und für die Zuständigkeit hat der EuGH in der Rechtssache Oberle bereits entschieden, dass nur der nach Art. 4 ff. EuErbVO zuständige Mitgliedstaat nationale Erbnachweise ausstellen darf.²⁵

23 OLG Köln, Beschluss vom 02.03.2022, I-2 Wx 13/22, DNotZ 2023, 155 = ZEV 2022, 231.

24 *Rauscher/Hertel*, EuZPR/EuIPR (2016), Art. 62 EuErbVO Rdnr. 15 ff.

25 EuGH, Urteil vom 21.06.2018, C-20/17 (Oberle), ABl. EU 2018, Nr. C 285, 8 = DNotZ 2018, 699, dazu Anm. *Dörner*, DNotZ 2018, 661; *Fornasier*, FamRZ 2018, 1265; *Fornasier*, FamRZ 2019, 1190; *Kanzleiter*, DNotZ 2018, 724; *Leitzen*, ZEV 2018, 630; *Mankowski*, ErbR 2018, 482; *Odersky*, notar 2018, 329; *Wagner*, NJW 2018, 3284; *J. Weber*, RNotZ 2018, 454; *Zimmermann*, ZEV 2018, 468.

II. Familienrecht

1. Referentenentwurf des BMJ zur Namensänderung

Im internationalen Familienrecht gibt es insbesondere rechtspolitische Entwicklungen. Dies betrifft zum einen den Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz eines Gesetzes zur Änderung des Ehenamens- und Geburtsnamensrechts.²⁶ Dieser sieht mit Blick auf das Internationale Namensrecht eine Klarstellung in Art. 10 Abs. 3 EGBGB dahin gehend vor, dass zur Bestimmung des Nachnamens des Kindes auch ein Namensrecht gewählt werden kann, das keinen familiären Bezug des Namens fordert. Zudem soll Art. 48 EGBGB-E ermöglichen, trotz Anwendbarkeit deutschen Namensrechts einen während des gewöhnlichen Aufenthalts in einem anderen EU-Mitgliedstaat erworbenen und dort in ein Personenstandsregister eingetragenen Namen zu wählen. Für die notarielle Praxis könnten beide Änderungen insbesondere im Rahmen von Adoptionsanträgen relevant werden. Allerdings handelt es sich erst um einen Referentenentwurf; die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten.

2. EU-Kollisionsrecht der Elternschaft

Ein weiteres rechtspolitisches Projekt im Familienrecht betrifft die geplante europäische Harmonisierung des internationalen Abstammungsrechts. Hierzu hat die Europäische Kommission einen Vorschlag für eine Verordnung u. a. über die Zuständigkeit und das anzuwendende Recht in Elternschaftssachen und zur Einführung eines europäischen Elternschaftszertifikats vorgelegt. Kernelement ist eine europarechtlich einheitliche Kollisionsvorschrift in Art. 17 VO-E, die primär auf den gewöhnlichen Aufenthalt der Mutter zur Zeit der Geburt abstellt, subsidiär auf den Geburtsort des Kindes. Zur Begründung der Abstammung zu einem zweiten Elternteil kann nach Art. 17 Abs. 2 VO-E auch das Heimatrecht des Elternteils oder das Recht des Geburtsorts herangezogen werden. Dieser Vorschlag weicht deutlich von den bisher in Art. 19 EGBGB enthaltenen Anknüpfungen ab; insbesondere sind die dort vorgeschlagenen Abstammungsstatute in der Regel nicht wandelbar. Auch insoweit bleibt die weitere Entwicklung abzuwarten.

3. EuGH, C-646/20: Italienische Standesamtsscheidung wirkt als „Entscheidung“ in anderen EU-Staaten auch ohne Anerkennungsverfahren

Die Brüssel-Verordnungen regeln bekanntlich (nur) das jeweilige Internationale Zivilverfahrensrecht, also Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung, (die Brüssel I-VO allgemeine Zivilverfahren, die Brüssel II-VO Ehe- und Familiensachen), während die Rom-Verordnungen das jeweilige IPR regeln (so etwa die Rom III-VO das auf die Scheidung anwendbare Recht). EuGüVO und EuErbVO sind Beispiele für sog. „gemischte Verordnungen“, die sowohl Zuständig-

26 https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2023_Namensrecht.html?nn=152308 (zuletzt abgerufen am 28.07.2023).

keit, Anerkennung und Vollstreckung als auch das materiell anwendbare Recht regeln. Die beiden Brüssel-Verordnungen wurden bereits grundlegend überarbeitet, die Brüssel II-VO sogar schon zweimal. So gilt für alle ab 01.08.2022 begonnenen Scheidungs- oder Kindschaftssachen mittlerweile die Brüssel IIb-Verordnung²⁷ (die allerdings in den notarrelevanten Bereichen – abgesehen von einer Neuummeterung der Artikel – wenig relevante Änderungen gebracht hat). Das vorliegende EuGH-Urteil²⁸ erging noch zur Brüssel IIa-VO. Der EuGH stellt aber ausdrücklich fest, dass er die Rechtslage nach der jetzigen Brüssel IIb-VO genauso sieht.²⁹

Vorliegend hatten die Ehegatten in Berlin geheiratet und später vor dem Standesamt in Italien die Scheidung erklärt. Nach italienischem Recht genügt für die Scheidung der Ehe eine bloße Erklärung gegenüber dem Standesbeamten, die nach Ablauf von 30 Tagen nochmals bestätigt wird. Die Beteiligung eines Gerichts ist nicht erforderlich. Man bezeichnet dies als „Registerscheidung“.

Die Beteiligten wollten diese Registerscheidung nun im deutschen Personenstandsregister bei ihrem Heiratsvermerk registrieren lassen. § 107 Abs. 1 Satz 1 FamFG erfordert für die Anerkennung einer ausländischen Ehescheidung grundsätzlich ein gesondertes vorheriges Anerkennungsverfahren.

Im Anwendungsbereich der Brüssel IIa-VO ist hingegen ein solches Anerkennungsverfahren entbehrlich. Denn nach Art. 21 Abs. 1 Brüssel IIa-VO (= Art. 30 Abs. 1 Brüssel IIb-VO) werden „(d)ie in einem Mitgliedstaat ergangenen Entscheidungen (...) in den anderen Mitgliedstaaten anerkannt, ohne dass es hierfür eines besonderen Verfahrens bedarf“. Eine Entscheidung im Anwendungsbereich der Verordnung war nach der Legaldefinition des Art. 2 Nr. 4 Brüssel IIa-VO „jede von einem Gericht eines Mitgliedstaats erlassene Entscheidung über die Ehescheidung, die Trennung ohne Auflösung des Ehebandes oder die Ungültigerklärung einer Ehe sowie jede Entscheidung über die elterliche Verantwortung, ohne Rücksicht auf die Bezeichnung der jeweiligen Entscheidung, wie Urteil oder Beschluss“ (ähnlich jetzt Art. 2 Abs. 1 Brüssel IIb-VO).

Der EuGH sah die italienische Registerscheidung als „Entscheidung“ eines „Gerichts“ an (sodass kein gesondertes Anerkennungsverfahren verlangt werden kann). Zunächst grenzt der EuGH die Registerscheidung vom Sachverhalt der Rechtssache Sahyouni ab. In Sahyouni hatte er geurteilt, dass eine reine Privatscheidung durch einseitige Erklä-

rung eines Ehegatten vor einem geistlichen Gericht keine Entscheidung im Sinne des Brüssel IIa-VO sei.³⁰ Erforderlich sei eine Prüfung durch eine staatliche Stelle. Hierfür lässt der EuGH aber die Minimalprüfung durch den Standesbeamten bei der Registerscheidung genügen.

Als unausgesprochene ratio des EuGH-Urteils sieht *Löhnig*, dass es derartige Registerscheidungen bei Erlass der Brüssel IIa-VO noch nicht gab – und dass es einen erheblichen Eingriff in die nationale Gesetzgebung bedeutet hätte, wenn der EuGH diese Registerscheidung nun international-verfahrensrechtlich nicht den Regelungen der Brüssel IIa-VO unterstellt hätte.³¹ Damit hat *Löhnig* wohl recht. Das heißt aber auch, dass das Urteil nur aus den Besonderheiten des Scheidungsrechts heraus verständlich ist und dass man daraus keine Schlussfolgerungen für die Auslegung des Begriffs der gerichtlichen „Entscheidung“ in anderen EU-Verordnungen ziehen kann.

4. BGH, Beschluss vom 11.05.2022, XII ZB 543/20: nachehelicher Ehegattenunterhalt

Für den Ehegatten- und Verwandtenunterhalt regelt die EuUntVO (Europäische Unterhaltsverordnung – Verordnung (EG) Nr. 4/2009)³² unmittelbar lediglich das internationale Zivilverfahrensrecht (also Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung), während sie für das anwendbare Recht (IPR) auf das Haager Unterhaltsprotokoll (HUP)³³ verweist (Art. 15 EuUntVO), das damit in den EU-Mitgliedstaaten (auch) als Europarecht gilt.

Grundsätzlich ist auf Unterhaltungspflichten das Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten anzuwenden (Art. 3 Abs. 1 HUP). Auf Ehegattenunterhalt und nachehelichen Unterhalt findet jedoch das Recht des Staates Anwendung, zu dem die Ehe einen engeren Bezug hatte, insbesondere ggf. des Staates des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts, wenn ein Ehegatten dies beantragt (Art. 5 HUP).

Der BGH entschied nun, dass die bloße Tatsache, dass in einem bestimmten Staat der letzte gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt der Ehegatten bestand, noch nicht ausreicht, um dessen Recht anstelle des Rechts des jetzigen Aufent-

27 Verordnung (EU) Nr. 2019/1111 des Rates vom 25.06.2019 über die Zuständigkeit, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und über internationale Kindesentführungen (Neufassung), ABl. EU L 178/1 vom 02.07.2019, ber. 2022, ABl. L 103/18. Vgl. etwa *Flindt*, Die neue Brüssel IIb-VO, NZFam 2022, 669.

28 EuGH, Urteil vom 15.11.2022, C-646/20, ABl. EU 2023, Nr. C 15, 10 = IPRax 2023, 306 = NJW 2023, 143 = NZFam 2023, 114 m. Anm. *Löhnig*.

29 EuGH, Urteil vom 15.11.2022, C-646/20 Rdnr. 61, NJW 2023, 143.

30 EuGH, Urteil vom 20.12.2017, C-372/16 (Sahyouni), NJW 2018, 447 Rdnr. 39–43, 48–49.

31 *Löhnig*, NZFam 2023, 119, 120.

32 Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18.12.2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen, ABl. EU L 7/2009 vom 10.01.2009, S. 1; vgl. den Vorschlag der Kommission, KOM(2005) 649 endgültig vom 15.12.2005. Das Abkommen selbst ist im Amtsblatt der EU abgedruckt zusammen mit dem Beschluss des Rates vom 30.11.2009 über den Abschluss des Haager Protokolls vom 23.11.2007 über das auf Unterhaltungspflichten anzuwendende Recht durch die Europäische Gemeinschaft, 2009/941/EG, ABl. Nr. L 331 vom 16.12.2009, S. 17.

33 Protokoll über das auf Unterhaltungspflichten anzuwendende Recht vom 23.11.2007, zum Beispiel im Grüneberg an der Stelle von Art. 18 EGBGB kommentiert.

haltsstaates des Unterhaltsberechtigten anzuwenden. Art. 5 Abs. 1 HUP sei nur anwendbar, wenn die im Rahmen der vorzunehmenden Einzelfallabwägung zu berücksichtigenden weiteren Tatsachen für eine im Verhältnis zu Art. 3 Abs. 1 HUP engere Verbindung gerade zum Ort des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts der Ehegatten sprechen.³⁴

III. Gesellschaftsrecht

1. OLG Celle, Beschluss vom 01.08.2022, 9 W 62/22: Substitution durch Online-Beglaubigung eines österreichischen Notars

Im letztjährigen Praxisupdate wurde umfangreich über die klaren gesetzgeberischen Ausführungen zur Substitution eines inländischen Beurkundungs- oder Beglaubigungserfordernisses durch Online-Verfahren bei ausländischen Notaren berichtet.³⁵ Daher seien die Grundaussagen an dieser Stelle nur kurz zusammengefasst: Eine solche Substitution ist außerhalb des Anwendungsbereichs notarieller Online-Verfahren in Deutschland bereits im Grundsatz nicht möglich. Innerhalb des Anwendungsbereichs ist die Substitution denkbar, aber nur wenn die allgemeinen Voraussetzungen einer Substitution vorliegen und wenn insbesondere gerade das ausländische Online-Verfahren mit dem deutschen vergleichbar ist, was u. a. eine hoheitliche Ausgestaltung, eine Lichtbildauslesung zur Höchstpersönlichkeitskontrolle und das Sicherheitsniveau „hoch“ nach der eIDAS-Verordnung verlangt.

Zu einem entsprechenden Sachverhalt ist mittlerweile eine Entscheidung des OLG Celle ergangen.³⁶ Inmitten stand die Eintragung einer UG (haftungsbeschränkt), bei deren Gründung sich ein Gesellschafter auf Grundlage einer Vollmacht vertreten ließ, die von einem österreichischen Notar im Wege des dortigen Online-Verfahrens beglaubigt worden war. Zeitlich fällt der Sachverhalt noch auf einen Zeitpunkt vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie in Deutschland.

Das OLG Celle sah die Gründung als wirksam an und wies das Registergericht an, die Gesellschaft einzutragen. Die Begründung des Gerichts fällt lapidar aus; es wird lediglich darauf verwiesen, dass deutsches wie österreichisches Recht auf Grundlage der Digitalisierungsrichtlinie Online-Verfahren erlauben.

Dieser Beschluss ist aus mehreren Gründen bereits im Ansatz verfehlt.³⁷ Zum einen fand die Online-Beglaubigung zu einem Zeitpunkt statt, in dem die Online-Verfahren nach deutschem Recht noch gar nicht zulässig waren. Daher war die Gleichwertigkeit bereits im Grundsatz ausgeschlossen.³⁸ Zum anderen handelte es sich um eine Vollmachtbeglaubigung, während die deutsche Umsetzung der Digi-

talisierungsrichtlinie aus guten Gründen in § 2 Abs. 2 Satz 2 GmbHG nur eine Beurkundung der Vollmacht zulässt, denn nur in diesem Fall ist eine Vorlage einer Vollmachtsausfertigung möglich. Schließlich ist das österreichische Online-Verfahren dem deutschen in keinerlei Weise gleichwertig.³⁹ Dies beginnt bereits damit, dass die Identifikation nicht durch den Notar persönlich durchgeführt werden muss, sondern auf private Dienstleister ausgelagert werden kann. Auch die Höchstpersönlichkeitskontrolle ist nicht in erforderlichem Maße gewährleistet, weil dort das fälschungsanfällige sog. Video-Ident-Verfahren zur Anwendung kommt und nicht – wie in Deutschland – ein zweistufiges Verfahren mit einerseits Verwendung der eID und andererseits digitaler Auslesung des auf dem Ausweisdokument gespeicherten Lichtbilds. Schließlich ist das österreichische Online-Verfahren gerade nicht hoheitlich organisiert, sondern kann über private Videoplattformen abgewickelt werden. Neben dem fehlenden hoheitlichen Charakter besteht dabei insbesondere das Risiko, dass die Person, die dem Beteiligten als Notar gegenübertritt, gar keine Amtsbefugnis hat. Dies wird im deutschen, hoheitlich organisierten Online-Verfahren dadurch gewährleistet, dass ein Zugang zum System nur für Urkundspersonen möglich ist, die im tagesaktuell geführten Notarverzeichnis eingetragen sind.

Nach alledem ist die Entscheidung des OLG Celle verfehlt. Die Gründung hätte nicht eingetragen werden dürfen.

Für die notarielle Praxis bleibt es dabei, dass bei der Substitution durch Beurkundungen und Beglaubigungen ausländischer Notare Zurückhaltung geboten ist, insbesondere wenn es sich um im Rahmen eines Online-Verfahrens errichtete Urkunden handelt.

2. OLG Hamm, Urteil vom 15.02.2023, 8 U 41/22: Abgrenzung zwischen Erb- und Gesellschaftsstatut bei Unternehmensnachfolge

Das OLG Hamm hatte im Berichtszeitraum über eine ebenso klassische wie interessante Frage zu entscheiden, nämlich über die Abgrenzung zwischen Erb- und Gesellschaftsstatut im Falle der Unternehmensnachfolge aufgrund Erbfalls.⁴⁰ Streitgegenständlich war ein Kommanditanteil an einer deutschen KG, dessen bisheriger Inhaber verstorben war und nach österreichischem Erbrecht beerbt wurde. Der KG-Vertrag enthielt spezifische Regelungen zur Nachfolge in den Kommanditanteil, deren Einzelheiten an dieser Stelle nicht von Belang sind. Im Ergebnis jedenfalls stand das deutsche Gesellschaftsrecht der Rechtsnachfolge in den Kommanditanteil durch Erben bzw. Vermächtnisnehmer (der Sachverhalt ist hinsichtlich der genauen erbrechtlichen Rechtsfolgen unklar dargestellt) entgegen.

34 BGH, Beschluss vom 11.05.2022, XII ZB 543/20, BGHZ 233, 299 = MittBayNot 2023, 184 m. Anm. Stocker.

35 Strauß, MittBayNot 2022, 429, 431 f. m. w. N.

36 OLG Celle, Beschluss vom 01.08.2022, 9 W 62/22, GmbHR 2023, 560 m. Anm. Bormann, GmbHR 2023, 533 ff.

37 Ausführlich hierzu Bormann, GmbHR 2023, 533 ff.

38 Vgl. dazu etwa DNotI-Report 2020, 121, 122 f.

39 Ausführlich hierzu Lieder, NZG 2022, 1043; Lieder, ZRP 2022, 102, 104; DNotI-Report 2023, 9. Siehe hierzu auch Altmeyen, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 2 Rdnr. 94; BeckOK-GmbHG/C. Jaeger, Stand: 01.06.2023, § 2 Rdnr. 14; BeckOK-BNotO/Sander, Stand: 01.03.2023, § 20 Rdnr. 40; Stelmasczyk/Strauß, GmbHG 2022, 833, 846 ff.; Strauß, MittBayNot 2022, 429, 432; BeckOK-GmbHG/Tröllitzsch, § 53 Rdnr. 23b; Wicke, GmbHR 2022, 416, 524 f.

40 OLG Hamm, Urteil vom 15.02.2023, 8 U 41/22, BeckRS 2023, 4008.

Das OLG Hamm qualifizierte die Frage, ob und wieweit eine Rechtsnachfolge von Todes wegen in Gesellschaftsanteile zulässig und möglich ist, eindeutig als gesellschaftsrechtlich. Dieses Ergebnis steht im Einklang mit Art. 1 Abs. 2 lit. h EuErbVO, wonach das Schicksal der Anteile verstorbener Gesellschafter nicht vom Anwendungsbereich der EuErbVO erfasst wird. Diese Rechtsprechung überzeugt und entspricht auch der überwiegenden Meinung im Schrifttum.⁴¹ Folge dieser Qualifikation ist ein Vorrang des Gesellschaftsstatuts bei der Frage der Rechtsnachfolge in Gesellschaftsanteile. Das Erbstatut bestimmt hierbei nur die wirtschaftliche Zuordnung. Ob und wie ein Erbe/Vermächtnisnehmer auch eine Gesellschafterstellung eingeräumt bekommt oder ob er bei Anwachsung der Gesellschaftsanteile gegen Abfindung ausscheidet, entscheidet das Gesellschaftsstatut. Damit stimmt die internationalprivatrechtliche Rechtslage insoweit mit dem deutschen Sachrecht überein, in dem bei der Rechtsnachfolge in Gesellschaftsanteile ebenfalls ein Vorrang des Gesellschaftsrechts besteht.

Insgesamt wird man sagen können, dass das Gesellschaftsstatut vorrangig insbesondere bestimmt,⁴²

- ob eine Beteiligung vererblich ist,
- welche Folgen der Tod eines Gesellschafters für den Bestand der Gesellschaft hat,
- inwieweit ein Erbe/Vermächtnisnehmer für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet,
- inwieweit nicht aufgenommenen Erben eine Abfindung zusteht und
- ob mehrere Erben im Wege der Sonderrechtsfolge oder in Erbengemeinschaft Gesellschafter werden.

Bei einer rechtsgeschäftlichen Nachfolgeklausel wird das Gesellschaftsstatut nicht nur die Frage der Zulässigkeit und der Modalitäten des Eintritts (ipso iure oder durch Eintrittserklärung), sondern auch die materiellrechtliche Zuordnung außerhalb des Erbrechts regeln, sodass das Erbstatut insoweit gänzlich irrelevant ist.⁴³

Mit Blick auf die Rechtswirkung von Vermächtnissen ergibt sich hierdurch ein gewisser Unterschied zwischen dem internationalen Liegenschafts- und Gesellschaftsrecht. Während im Immobilienrecht Vindikationslegats eines fremden Erbstatuts nach der Kubicka-Rechtsprechung grundsätz-

lich anzuerkennen sind,⁴⁴ ist dies im Gesellschaftsrecht nicht immer der Fall. Nur wenn auch das Gesellschaftsrecht im Einzelfall eine unmittelbare Rechtsnachfolge gestattet, kommen die dinglichen Wirkungen des Vindikationslegats zum Tragen. Vor dem Hintergrund der Kubicka-Rechtsprechung wird man aber nicht so weit gehen dürfen, ein dinglich wirkendes Vermächtnis aufgrund des Vorrangs des Gesellschaftsrechts grundsätzlich auszuschließen.⁴⁵ Denn die Frage der Wirkung eines Vermächtnisses ist weiterhin dem Erbstatut zuzuschlagen. Wenn das Gesellschaftsrecht im Einzelfall aber keine Rechtsnachfolge zulässt (etwa bei einer einfachen Fortsetzungsklausel ohne erbrechtliche Nachfolgeklausel), setzt sich das Gesellschaftsrecht durch.

Der Sachverhalt des Falls war ferner noch durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass in einem sog. Einantwortungsbeschluss des zuständigen österreichischen Bezirksamts ausdrücklich ausgesprochen wurde, wem der Kommanditanteil des verstorbenen Erblassers zukomme. Richtigerweise lehnte das OLG Hamm eine Anerkennung dieser Entscheidung ab. Eine Anerkennung nach den Vorschriften der EuErbVO sei nicht angezeigt, weil der Entscheidungsgegenstand nicht in den Anwendungsbereich falle. Eine Anerkennung ergebe sich auch nicht aus dem deutsch-österreichischen Vertrag über die Anerkennung von gerichtlichen Entscheidungen vom 06.06.1959, weil Art. 75 Abs. 2 EuErbVO eine Sperrwirkung entfalte. Schließlich folge eine Anerkennung auch nicht aus der EuGVVO, weil die Regelungen der EuErbVO insoweit spezieller seien.

Für die notarielle Praxis ergibt sich daraus, dass insbesondere bei innerstaatlichen erbrechtlichen Gestaltungen Vorsicht angebracht ist, wenn bekannt ist, dass ausländische Gesellschaftsanteile in den Nachlass fallen. Bestenfalls sollte die Rechtslage gemeinsam mit einem ausländischen Juristen erörtert werden. Zumindest ist aber ein Hinweis sinnvoll, dass sich die Frage der Rechtsnachfolge in Gesellschaftsanteile primär nach dem Gesellschaftsstatut richtet.

Im umgekehrten Fall der innerstaatlichen gesellschaftsrechtlichen Gestaltung bei ausländischem Erbstatut ist hingegen grundsätzlich davon auszugehen, dass sich das Gesellschaftsstatut gegenüber dem Erbstatut durchsetzt. Die Gestaltung ist insoweit risikoärmer. Erbrechtliche und erst recht rechtsgeschäftliche Nachfolgeklauseln genießen grundsätzlich Vorrang. Dennoch ist auch insoweit – wie im nationalen Recht – eine Koordinierung mit dem Erbrecht sinnvoll. Bestenfalls ist eine Rechtswahl zugunsten deutschen Rechts möglich. Anderenfalls sollte ebenfalls ein ausländischer Jurist hinzugezogen oder zumindest ein entsprechender Hinweis in die Urkunde aufgenommen werden.

41 Staudinger/Dörner, Neub. 2007, Art. 25/26 EGBGB, Art. 25 EGBGB Rdnr. 46 und 558; Fetsch, RNotZ 2006, 1, 13; Leitzen, ZEV 2012, 520; BeckOKG-BGB/Loyal, Art. 1 EuErbVO Rdnr. 32; NK-NachfolgeR/Köhler, 2. Aufl. 2019, Art. 23 Rdnr. 23; differenzierend MünchKomm-BGB/Dutta, Art. 1 EuErbVO Rdnr. 43 ff. (Doppelqualifikation).

42 Die folgenden Ausführungen orientieren sich an Leitzen, ZEV 2012, 520 f.

43 Vgl. zum nationalen Recht BeckOK-BGB/Schöne, Stand: 01.08.2020, § 727 Rdnr. 21 ff.

44 EuGH, Urteil vom 12.10.2017, C-218/16, MittBayNot 2018, 177.

45 So aber noch Leitzen, ZEV 2012, 520, 521 f.

Die Rechtswahl des Namens nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) bei Adoptionen mit Auslandsbezug – Teil 2: Praktische Anwendungsfälle

Von Notar Dr. **Fabian Wall**, Pirmasens



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Im letzten Heft hat der Verfasser die dogmatischen Grundlagen für eine namensrechtliche Rechtswahl nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) anlässlich einer Adoption erläutert.¹ Hierauf aufbauend werden nachfolgend anhand praktischer Beispielfälle die Vorteile und Grenzen der namensrechtlichen Rechtswahl anlässlich einer Minderjährigenadoption² und einer Volljährigenadoption³ erörtert. Ausführungen zur Bindung von Behörden im In- und Ausland an die vom deutschen Familiengericht getroffene Namensbestimmung runden die Ausführungen ab.⁴

I. Rechtswahl nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) bei Minderjährigenadoption

Den Beispielfällen zur Minderjährigenadoption wird die folgende Grundkonstellation zugrunde gelegt: Die Mutter des anzunehmenden Kindes ist deutsche Staatsangehörige, der Annehmende (= Ehemann der Mutter und Stiefvater des Kindes) ist Ausländer. Die Ehegatten führen keinen Ehenamen. Das Kind trägt bisher gemäß Art. 10 Abs. 1 EGBGB i. V. m. § 1617a Abs. 1 BGB den Familiennamen seiner Mutter als Geburtsnamen. Beim Familiengericht beantragt wird eine Stiefkindadoption gemäß Art. 22 Abs. 1 Satz 1 EGBGB i. V. m. § 1741 Abs. 2 Satz 3 BGB.

Unabhängig davon, ob das Kind infolge der Adoption die Staatsangehörigkeit des Annehmenden erwirbt, behält das Kind jedenfalls die gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 StAG *iure sanguinis* von seiner deutschen Mutter vermittelte deutsche Staatsangehörigkeit, sodass sein Name gemäß dem Namensstatut des Art. 10 Abs. 1 EGBGB (ggf. i. V. m. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB) weiterhin dem deutschen Recht unterliegt. Nach deutschem Namenssachrecht muss gemäß § 1757 Abs. 2 Satz 1 BGB vor dem Ausspruch der Annahme entweder der Familienname des Annehmenden oder der Familienname der Mutter zum Geburtsnamen des Kindes bestimmt werden.

Im Folgenden wird untersucht, ob durch eine namensrechtliche Rechtswahl des Rechts der Staatsangehörigkeit des

Annehmenden gemäß Art. 10 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EGBGB (analog) dem Kind auch ein anderer Familienname erteilt werden kann.

1. Erteilung eines Kindesdoppelnamens

Viele Eltern wünschen sich heutzutage, ihrem gemeinsamen Kind einen aus den Familiennamen beider Elternteile zusammengesetzten Doppelnamen zu erteilen. Das deutsche Namenssachrecht lässt einen solchen Kindesdoppelnamen jedoch – vom BVerfG als verfassungskonform eingestuft⁵ – bisher⁶ nicht zu: Bei Eltern mit getrennter Namensführung kann gemäß § 1617 Abs. 1 Satz 1 BGB nur entweder der Familienname des Vaters oder der Familienname der Mutter zum Geburtsnamen des Kindes bestimmt werden. § 1757 Abs. 2 Satz 1 BGB überträgt diese Regelung – inhaltlich konsequent – auf die Adoption durch ein Ehepaar und auf die Stiefkindadoption, sofern die Ehegatten keinen Ehenamen führen.

Mit der Wahl eines ausländischen Namensrechts gemäß Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) kann bei der Adoption durch ein Ehepaar und bei der Stiefkindadoption dem Wunsch der Ehegatten nach Erteilung eines Kindesdoppelnamens entsprochen werden, wenn das Heimatrecht eines Ehegatten entweder eine solche Möglichkeit fakultativ zulässt⁷ oder einen solchen Doppelnamen sogar obligatorisch vorschreibt.⁸

5 BVerfG, Urteil vom 30.01.2002, 1 BvL 23/96, NJW 2002, 1256, 1257 ff.

6 Der Referentenentwurf des BMJ zum „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Ehenamens- und Geburtsnamensrechts“ vom 11.04.2023 sieht in § 1617 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB-RefE die Möglichkeit eines Kindesdoppelnamens vor. In § 1757 Abs. 1 Satz 2 BGB-RefE wird diese Gestaltungsmöglichkeit auf die Namensbestimmung anlässlich einer Adoption erstreckt. Gemäß Art. 5 RefE ist das Inkrafttreten dieser Gesetzesänderung jedoch erst zum 01.01.2025 vorgesehen, um den hiervon betroffenen Standesämtern ausreichend Zeit zur Vorbereitung auf die Umsetzung, insbesondere für die Vornahme der erforderlichen technischen Anpassungen, zu geben (RefE 11.04.2023, S. 53). Auch dann, wenn § 1617 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 1757 Abs. 1 Satz 2 BGB-RefE Gesetz werden sollten, stellen sich im Übergangszeitraum bis zum 01.01.2025 noch die nachfolgend dargestellten Probleme.

7 Siehe unten I. 1. a).

8 Siehe unten I. 1. b).

1 Wall, MittBayNot 2023, 336 ff.

2 Siehe unten I.

3 Siehe unten II.

4 Siehe unten III.

- a) Recht mit fakultativem Kindesdoppelnamen (Österreich)

Beispielsfall 1: *Der ausschließlich österreichische Staatsangehörige Karl Hinterhuber und die ausschließlich deutsche Staatsangehörige Michaela Meier sind miteinander verheiratet. Der minderjährige Sohn von Michaela Meier, das Kind Sven Meier, soll von Herrn Karl Hinterhuber nach Art. 22 Abs. 1 Satz 1 EGBGB i. V. m. § 1741 Abs. 2 Satz 3 BGB in Deutschland adoptiert werden. Alle Beteiligten wünschen, dass das Kind den Familiennamen „Hinterhuber-Meier“ erhält.*

Nach Art. 10 Abs. 1 EGBGB i. V. m. § 1757 Abs. 2 Satz 1, § 1617 Abs. 1 Satz 1 BGB kann dem Kind in Beispielsfall 1 nur entweder der Familienname des Annehmenden „Hinterhuber“ oder der Familienname der Mutter „Meier“ erteilt werden. Um dem Wunsch der Beteiligten nach einem Kindesdoppelnamen zu entsprechen, ist eine Rechtswahl österreichischen Namensrechts gemäß Art. 10 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EGBGB (analog) zu prüfen.

- aa) Irrelevanz einer Rückverweisung durch § 13 Abs. 1 IPRG

Da die Rechtswahl gemäß Art. 4 Abs. 2 Satz 2 EGBGB zu einer Sachnormverweisung führt, kann und muss direkt das österreichische Namenssachrecht des ABGB⁹ herangezogen werden. Für den deutschen Notar und das deutsche Familiengericht irrelevant (und damit nicht zu prüfen!) ist daher, dass das österreichische Kollisionsrecht, welches das Namensstatut in § 13 Abs. 1 IPRG i. V. m. § 9 Abs. 1 Satz 1 IPRG an die Staatsangehörigkeit des Namensträgers anknüpft, auf das deutsche Recht zurückverweisen würde, weil das minderjährige Kind Sven infolge der Adoption durch den Österreicher Karl Hinterhuber die österreichische Staatsangehörigkeit nicht automatisch kraft Gesetzes erwirbt, sondern lediglich gemäß § 11b Staatsbürgerschaftsgesetz (StbG) unter gewissen Voraussetzungen einen Anspruch auf erleichterte Verleihung der österreichischen Staatsangehörigkeit auf Antrag hat.

- bb) Kindesdoppelname nach § 155 Abs. 2 Satz 3 ABGB

Gemäß § 157 Abs. 2 Satz 2 ABGB kann der Familienname des Kindes bei Änderungen in der Person eines Elternteils erneut bestimmt werden, etwa bei einer Annahme an Kindes statt. Dabei kann gemäß § 155 Abs. 2 Satz 3 ABGB auch ein aus den Familiennamen beider Elternteile gebildeter Doppelname bestimmt werden; hier dürfen aber höchstens zwei Teile dieser Namen verwendet werden. Der Doppelname des Kindes ist gemäß § 155 Abs. 2 Satz 3 ABGB durch einen Bindestrich zwischen dessen einzelnen Teilen zu trennen. Nach österreichischem Namenssachrecht kann das Kind Sven somit den von den Beteiligten gewünschten Familiennamen „Hinterhuber-Meier“ erhalten.¹⁰

- cc) Empfangszuständigkeit für die Namensbestimmung

Für die Neubestimmung des Familiennamens des Kindes verweist § 157 Abs. 3 ABGB jedoch auf § 93c ABGB. Gemäß

§ 93c Satz 1 ABGB sind namensrechtliche Erklärungen dem Standesbeamten gegenüber in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde abzugeben. Ihre Wirkungen treten gemäß § 93c Satz 2 ABGB erst ein, sobald sie dem Standesbeamten zukommen. Dass eine namensbestimmende Erklärung nach dem (von Art. 10 Abs. 3 EGBGB analog berufenen) österreichischem Namenssachrecht auch im Falle einer Adoption erst dann wirksam wird, wenn sie dem Standesbeamten zugeht, widerspricht dem Grundansatz des (von Art. 22 Abs. 1 Satz 1 EGBGB berufenen) deutschen Adoptionsrechts, wonach das deutsche Familiengericht die Adoption erst dann aussprechen darf, sobald alle namensrechtlichen Fragen hinsichtlich des nach der Adoption zu führenden Namens geklärt sind¹¹ und hierfür eine Konzentration der Empfangszuständigkeit namensbestimmender Erklärungen beim Familiengericht erforderlich ist.

Diesen Normwiderspruch zwischen dem österreichischen Namensrecht einerseits und dem deutschen Adoptionsrecht andererseits sollte man im Wege der Anpassung¹² in der Weise auflösen, dass man das deutsche Familiengericht entsprechend dem Rechtsgedanken des § 1757 Abs. 2 BGB auch als exklusiv empfangszuständig für namensbestimmende Erklärungen nach einem kollisionsrechtlich berufenen ausländischen Namenssachrecht ansieht, die im Zusammenhang mit der Adoption erfolgen. Die Bestimmung des Namens „Hinterhuber-Meier“ zum Familiennamen des Kindes Sven nach § 155 Abs. 2 Satz 3 ABGB hat in Beispielsfall 1 daher – entgegen § 157 Abs. 3, § 93c ABGB – nicht gegenüber dem Standesbeamten zu erfolgen, sondern gegenüber dem für den Ausspruch der Annahme als Kind zuständigen deutschen Familiengericht.

- dd) Selbstständige Anknüpfung verfahrensrechtlicher Vorfragen

§ 157 Abs. 2 Satz 2 ABGB erlaubt eine Neubestimmung des Familiennamens des Kindes bei Änderungen in der Person eines Elternteils, etwa bei einer Annahme an Kindes statt. Im Rahmen dieser Vorschrift des österreichischen Namenssachrechts stellt sich die Vorfrage nach der Wirksamkeit der vom deutschen Amtsgericht auszusprechenden Adoption. Hierbei geht es – was in Rechtsprechung¹³ und Schrifttum¹⁴ oftmals übersehen wird – nicht etwa um eine kollisionsrechtliche Vorfrage,¹⁵ sondern um die verfahrens-

11 Wall, MittBayNot 2023, 336, 339 f.

12 Siehe hierzu allgemein Kropholler, IPR, 6. Aufl. 2006, § 34 S. 234-240.

13 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30.01.1997, 11 Wx 42/96, FamRZ 1999, 252, 253; AG Tostedt, Beschluss vom 03.07.2019, 14 F 264/18 AD, FamRZ 2019, 1550, 1551.

14 BeckOGK-BGB/Markwardt, Stand: 01.06.2022, Art. 22 EGBGB Rdnr. 90; NK-BGB/Magnus, 4. Aufl. 2021, Art. 22 EGBGB Rdnr. 29 f.; Staudinger/Hausmann, Neub. 2019, Art. 10 EGBGB Rdnr. 451; Staudinger/Henrich, Neub. 2022, Art. 22 EGBGB Rdnr. 51; Henrich, IPRax 1998, 96, 96 f.

15 Die Rechtsprechung und Literatur in Fn. 13 f. zitieren die zur Behandlung kollisionsrechtlicher Vorfragen im Namensrecht ergangene Rechtsprechung (siehe unten Fn. 21), ohne die Frage der Übertragbarkeit auf verfahrensrechtliche Vorfragen und die hierzu ergangene abweichende Rechtsprechung und Literatur (siehe unten Fn. 24 f.) zu erörtern.

9 Alle österreichischen Gesetze sind im Internet abrufbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/>.

10 Vgl. so auch für die Bestimmung des Familiennamens anlässlich der Geburt Krömer, StAZ 2019, 151, 152.

rensrechtliche Vorfrage, aus Sicht welcher Rechtsordnung die Wirkungen des deutschen Adoptionsbeschlusses zu beurteilen sind.¹⁶

Selbstständige Anknüpfung der Vorfrage bedeutet danach, die Wirksamkeit des Adoptionsbeschlusses aus Sicht der deutschen Rechtsordnung als *lex fori* zu beurteilen.¹⁷ Danach entfaltet der (zu erlassende) deutsche Adoptionsbeschluss im Inland stets und ohne Weiteres Gestaltungswirkung; ob der Heimatstaat diese Entscheidung anerkennt oder nicht, ist irrelevant.¹⁸ Unselbstständige Anknüpfung der Vorfrage bedeutet hingegen, die Wirksamkeit des (zu erlassenden) deutschen Adoptionsbeschlusses aus Sicht der Rechtsordnung, der die Namensführung unterliegt, zu beurteilen,¹⁹ also nach deren Vorschriften über die IZPR-Anerkennung.²⁰

Während *kollisionsrechtliche* Vorfragen im Namensrecht nach der Rechtsprechung²¹ und h. L.²² zu Recht unselbstständig angeknüpft werden, gilt anderes für *verfahrensrechtliche* Vorfragen, die nach überwiegender instanzgerichtlicher²³ Rechtsprechung²⁴ und h. L.²⁵ selbstständig anzuknüpfen sind: Eine unselbstständige Anknüpfung verfahrensrechtlicher Vorfragen im Namensrecht würde zu einer gewichtigen Störung des internen Entscheidungsein-

klangs führen²⁶ – und damit zu einer „Relativitätstheorie der Rechtskraft“²⁷: Das deutsche Familiengericht wäre unter Umständen gezwungen, bei der Namensbestimmung seinen eigenen Beschluss hinsichtlich des Ausspruchs der Adoption zu missachten. In praktischer Hinsicht hat die selbstständige Anknüpfung der verfahrensrechtlichen Vorfrage nach der Wirksamkeit des deutschen Adoptionsbeschlusses zudem den Vorteil, dass sich der deutsche Rechtsanwender keine Gedanken über die schwierige Prognose zu machen braucht, ob der deutsche Adoptionsbeschluss später im Ausland anerkannt werden wird oder nicht.²⁸

- b) Recht mit obligatorischem Kindesdoppelnamen (Spanien)

Beispielfall 2: *Der ausschließlich spanische Staatsangehörige Alejandro Alvarez Alonso und die ausschließlich deutsche Staatsangehörige Beate Becker sind miteinander verheiratet. Der minderjährige Sohn von Beate Becker, das Kind Benjamin Becker, soll von Herrn Alejandro Alvarez Alonso nach Art. 22 Abs. 1 Satz 1 EGBGB i. V. m. § 1741 Abs. 2 Satz 3 BGB in Deutschland adoptiert werden. Alle Beteiligten wünschen, dass das Kind den Familiennamen „Alvarez Becker“ erhält.*

Nach Art. 10 Abs. 1 EGBGB i. V. m. § 1757 Abs. 2 Satz 1, § 1617 Abs. 1 Satz 1 BGB kann dem Kind *Benjamin* in Beispielfall 2 nur entweder der Familienname der Mutter „*Becker*“ oder der Familienname des Annehmenden erteilt werden.²⁹ Dabei ist (nach einem Hin-und-Her-Schwanken der Rechtsprechung zu dieser Frage³⁰) heute anerkannt, dass das Kind von seinem spanischen Vater gemäß § 1617 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht nur den ersten *apellido* des väterlichen Familiendoppelnamens („*Alvarez*“) erwirbt,³¹ sondern den gesamten, aus zwei *apellidos* bestehenden Familiennamen des Vaters („*Alvarez Alonso*“).³²

Der von den Beteiligten gewünschte Kindesdoppelname „*Alvarez Becker*“ lässt sich jedoch über eine Rechtswahl spanischen Namensrechts gemäß Art. 10 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1

16 BeckOK-BGB/Mäsch, Stand: 01.05.2022, Art. 10 EGBGB Rdnr. 12; Wall, StAZ 2016, 217, 218.

17 Wall, StAZ 2016, 217, 218; Wall, StAZ 2021, 245, 246.

18 Wall, StAZ 2012, 346, 350; Wall, StAZ 2016, 217, 218 f.; Wall, StAZ 2021, 245, 246.

19 AG Tostedt, Beschluss vom 03.07.2019, 14 F 264/18 AD, FamRZ 2019, 1550, 1551.

20 BGH, Beschluss vom 20.06.2007, XII ZB 17/04, NJW 2007, 3347 Rdnr. 19; BayObLG, Beschluss vom 12.09.2002, 1 Z BR 10/02, FamRZ 2003, 310, 311; Wall, StAZ 2012, 346, 349; Wall, StAZ 2016, 217, 219.

21 BGH, Beschluss vom 15.02.1984, IVb ZB 701/81, NJW 1984, 1299, 1301; BayObLG, Beschluss vom 11.01.2002, 1 Z BR 51/01, FamRZ 2002, 686, 688.

22 MünchKomm-BGB/Lipp, 8. Aufl. 2020, Art. 10 EGBGB Rdnr. 37; Wall, StAZ 2018, 169, 172 ff.; Wall, StAZ 2021, 86, 92 m. w. N. in Fn. 102; Wall, StAZ 2021, 202, 205 m. w. N. in Fn. 46 f.; Wall, StAZ 2023, 87, 90.

23 Der BGH hat die Frage bisher ausdrücklich dahinstehen lassen, siehe BGH, Beschluss vom 20.06.2007, XII ZB 17/04, NJW 2007, 3347 Rdnr. 18–20.

24 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.11.1998, 3 Wx 264/98, FamRZ 1999, 328, 328; OLG Hamm, Beschluss vom 22.01.2004, 15 W 426/03, StAZ 2004, 171, 171 f.; OLG Nürnberg, Beschluss vom 30.11.2021, 11 W 3906/21, FamRZ 2022, 769, 770; a. A. BayObLG, Beschluss vom 12.09.2002, 1 Z BR 10/02, FamRZ 2003, 310, 311 f.

25 BeckOK-BGB/Mäsch, Art. 10 EGBGB Rdnr. 12; Hepting/Dutta, Familie und Personenstand, 4. Aufl. 2022, Rdnr. II-236; jurisPK-BGB/Janal, 9. Aufl. 2020, Art. 10 EGBGB Rdnr. 40; MünchKomm-BGB/Lipp, Art. 10 EGBGB Rdnr. 39 f.; Hepting, StAZ 1998, 133, 143; Krömer, StAZ 2003, 343, 344; Mäsch, IPRax 2004, 102 ff.; Wall, StAZ 2012, 346, 350; Wall, StAZ 2016, 217, 219; Wall, StAZ 2021, 245, 248.

26 OLG Hamm, Beschluss vom 22.01.2004, 15 W 426/03, StAZ 2004, 171, 172; OLG Nürnberg, Beschluss vom 30.11.2021, 11 W 3906/21, FamRZ 2022, 769, 770; Krömer, StAZ 2003, 343, 343; Wall, StAZ 2012, 346, 350; Wall, StAZ 2016, 217, 219; Wall, StAZ 2021, 245, 248.

27 Mäsch, IPRax 2004, 102, 103.

28 Siehe hierzu III. 3.

29 Vgl. Wall, StAZ 2020, 2, 8.

30 Zur Rechtsentwicklung siehe ausführlich Wall, StAZ 2020, 385, 386.

31 So noch BGH, Beschluss vom 04.10.1989, IVb ZB 9/88, NJW 1990, 634, 635 f.; BayObLG, Beschluss vom 09.12.1987, BReg. 3 Z 42/87, BayObLGZ 1987, 418, 421–424; OLG Celle, Beschluss vom 26.11.1990, 18 W 7/90, StAZ 1991, 192, 193.

32 BGH, Beschluss vom 23.12.1998, XII ZB 5/98, FamRZ 1999, 570, 570 f.; OLG Braunschweig, Beschluss vom 28.01.1992, 2 W 180/91, StAZ 1992, 242, 242 f.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.10.1994, 3 Wx 61/92, StAZ 1995, 41, 41 f.; NK-BGB/Mankowski, Art. 10 EGBGB Rdnr. 34 f.; Hepting/Bauer, IPRax 2000, 394, 396 ff.; Wall, StAZ 2020, 2, 8.

EGBGB (analog) erreichen: Nach spanischem Namenssachrecht wird der Familienname des Kindes gemäß Art. 109 Código Civil,³³ Art. 49 Abs. 2 Zivilregistergesetz (LRC)³⁴ aus dem jeweils ersten Familiennamen beider Elternteile gebildet.³⁵ Diese Vorschriften gelten gemäß Art. 108 Abs. 1 Satz 1, 109 Abs. 1 Código Civil auch für die durch Adoption begründete rechtliche Elternschaft.³⁶ Gemäß Art. 109 Abs. 2 Código Civil, Art. 49 Abs. 2 UAbs. 2, 3 Satz 1 LRC bestimmen die Eltern dabei die Reihenfolge der Namen durch Erklärung gegenüber dem Geburtsstandesamt.

Die nach spanischem Namensrecht bestehende Empfangszuständigkeit des Geburtsstandesamts für diese „Sortiererklärung“ widerspricht jedoch der nach deutschem Adoptionsrecht bestehenden exklusiven Empfangszuständigkeit des Familiengerichts für namensbestimmende Erklärungen anlässlich der Adoption. Dieser Normwiderspruch ist – wie bereits im deutsch-österreichischen Beispielfall 1³⁷ – im Wege der Anpassung dahin gehend aufzulösen, dass der Annehmende *Alejandro Alvarez Alonso* und die Mutter *Beate Becker* entsprechend dem Rechtsgedanken des § 1757 Abs. 2 BGB die Reihenfolge der beiden *apellidos* des Kindes *Benjamin* gemäß Art. 109 Abs. 2 Código Civil, Art. 49 Abs. 2 UAbs. 2, 3 Satz 1 LRC – „*Alvarez Becker*“ oder „*Becker Alvarez*“ – gegenüber dem deutschen Familiengericht bestimmen können und müssen.

2. Recht mit Möglichkeit eines Phantasienamens (England)

Beispielfall 3: *Der in London/Vereinigtes Königreich geborene und dort aufgewachsene ausschließlich britische Staatsangehörige George Griffin und die ausschließlich deutsche Staatsangehörige Alexandra Adler sind miteinander verheiratet. Der minderjährige Sohn von Alexandra Adler, das Kind David Adler, soll von Herrn George Griffin nach Art. 22 Abs. 1 Satz 1 EGBGB i. V. m. § 1741 Abs. 2 Satz 3 BGB in Deutschland adoptiert werden.*

Variante 1: *Alle Beteiligten sind fußballbegeistert und wünschen, dass das Kind David den Familiennamen „Beckham“ erhält.*

Variante 2: *Alle Beteiligten wünschen, dass das Kind David den aus den elterlichen Familiennamen „Griffin“ und „Adler“ im Wege des „name meshing“ gebildeten Familiennamen „Griffler“ erhält.*

Variante 3: *Alle Beteiligten wünschen, dass das Kind David den Familiennamen „Griffin-Adler“ erhält.*

33 Abgedruckt in *Henrich/Dutta/Ebert*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Stand: 15.02.2021, Länderbericht Spanien S. 56.

34 Abgedruckt in *Henrich/Dutta/Ebert*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderbericht Spanien S. 127.

35 *Henrich/Dutta/Ebert/Daum*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderbericht Spanien S. 41; *Wall*, StAZ 2018, 25, 28; *Wall*, StAZ 2020, 2, 7.

36 *Henrich/Dutta/Ebert/Daum*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderbericht Spanien S. 41.

37 Siehe oben I. 1. a) cc).

Nach Art. 10 Abs. 1 EGBGB i. V. m. § 1757 Abs. 2 Satz 1, § 1617 Abs. 1 Satz 1 BGB kann dem Kind *David* in Beispielfall 3 keiner der in Variante 1 bis 3 genannten Namen als Familienname erteilt werden. Um dem Wunsch der Beteiligten hinsichtlich des Familiennamens zu entsprechen, ist eine Rechtswahl britischen Namensrechts gemäß Art. 10 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EGBGB (analog) zu prüfen, wobei gemäß Art. 4 Abs. 3 Satz 1 EGBGB aufgrund des örtlichen Bezugs des Vaters zu London das Namensrecht der Teilrechtsordnung England zur Anwendung gelangt.

a) Freiheit bei der Wahl des Familiennamens im Common Law

Im englischen Recht (und in dem hierauf zurückgehenden Rechtskreis des *Common Law*) ist der Name etwas Privates; er wird als gesellschaftliches und nicht als rechtliches Phänomen begriffen.³⁸ Der Name ist daher kein von der Rechtsordnung zugewiesenes unveränderliches Kennzeichen, sondern wird rein faktisch durch Gebrauch und Akzeptanz auf gesellschaftlicher Ebene („*reputation*“) erworben.³⁹ Dies gilt auch für den Erwerb des Kindesnamens.⁴⁰ Für die Eltern besteht daher weitgehende Freiheit bei der Wahl des Vor- und Familiennamens ihres Kindes.⁴¹ Sie können für das Kind dabei auch einen Familiennamen bestimmen, der mit dem Familiennamen des Vaters oder der Mutter nichts zu tun hat.⁴² Wählbar ist mithin auch ein Phantasienamen, der keinerlei Bezug zum familiären Umfeld des Kindes hat.⁴³

Nach englischem Namenssachrecht kann dem Kind *David* daher in Beispielfall 3 nicht nur der die Abstammung anzeigende Kindesdoppelname „*Griffin-Adler*“ (Variante 3) und der im Wege des „*name meshing*“ aus der Verschmelzung der elterlichen Namen neu gebildete, ebenfalls die Abstammung anzeigende Familienname „*Griffler*“ (Variante 2) erteilt werden,⁴⁴ sondern auch der an den englischen Fußballspieler erinnernde Familienname „*Beckham*“ (Variante 1), der keinerlei Bezug zu den Familiennamen der Eltern hat.

38 OLG München, Beschluss vom 23.01.2009, 31 Wx 33/08, StAZ 2009, 108, 108; Beschluss vom 19.01.2010, 31 Wx 152/09, StAZ 2010, 76, 77 = IPRax 2010, 452 Rdnr. 16; Staudinger/*Hausmann*, Vor Art. 10 EGBGB Rdnr. 35; *Lettmaier*, StAZ 2015, 289, 289; *Lettmaier*, FamRZ 2020, 1, 3; *Wall*, StAZ 2015, 41, 46; *Wall*, StAZ 2020, 150, 150.

39 OLG München, Beschluss vom 19.01.2010, 31 Wx 152/09, StAZ 2010, 76, 77 = IPRax 2010, 452 Rdnr. 16; LG Traunstein, Beschluss vom 20.12.2007, 4 T 3284/06, StAZ 2008, 246, 248; Staudinger/*Hausmann*, Vor Art. 10 EGBGB Rdnr. 35, 43; *Wall*, StAZ 2015, 41, 47; *Wall*, StAZ 2020, 150, 150.

40 *Lettmaier*, StAZ 2015, 289, 290; *Wall*, StAZ 2020, 150, 150.

41 Staudinger/*Hausmann*, Vor Art. 10 EGBGB Rdnr. 35; *Lettmaier*, StAZ 2015, 289, 290; *Lettmaier*, FamRZ 2020, 1, 3; *Wall*, StAZ 2020, 150, 150.

42 *Lettmaier*, StAZ 2015, 289, 290; *Lettmaier*, FamRZ 2020, 1, 3; *Wall*, StAZ 2020, 150, 150.

43 OLG München, Beschluss vom 19.01.2010, 31 Wx 152/09, StAZ 2010, 76, 77 = IPRax 2010, 452 Rdnr. 16; Staudinger/*Hausmann*, Vor Art. 10 EGBGB Rdnr. 43; *Wall*, StAZ 2015, 41, 47; *Wall*, StAZ 2020, 150, 150.

44 Siehe hierzu *Lettmaier*, FamRZ 2020, 1, 3.

b) Unwählbarkeit einer Phantasienamenrechtsordnung

Dem Wunsch der Beteiligten hinsichtlich der Namensführung kann in Beispielsfall 3 gleichwohl nicht entsprochen werden, und zwar – überraschenderweise – in keiner der Varianten 1 bis 3: Nach Ansicht des BGH können Rechtsordnungen, die eine Namensbestimmung für das Kind in das freie Belieben der Eltern stellen und dabei auch die Erteilung von sog. Phantasienamen zulassen, nicht nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB gewählt werden!⁴⁵

Dass das englische Namensrecht *abstrakt* die völlig freie Wahl des Kindesnamens zulässt, reicht dabei aus, um eine Rechtswahl englischen Rechts (als Teilrechtsordnung innerhalb des Vereinigten Königreichs) gemäß Art. 10 Abs. 3 EGBGB kategorisch auszuschließen.⁴⁶ Unerheblich ist hingegen, ob es sich bei dem *konkret* bestimmten Familiennamen des Kindes – wie in Variante 1 bei „Beckham“ – tatsächlich um einen Phantasienamen handelt, oder ob der konkret bestimmte Familienname des Kindes – wie in Variante 2 der verschmolzene Name „Griffler“ und in Variante 3 der Kindesdoppelname „Griffin-Adler – die familiäre Zugehörigkeit zu beiden Elternteilen ausdrückt.⁴⁷

c) Kritik an der BGH-Rechtsprechung

Der Beschluss des BGH vom 09.05.2018⁴⁸, der das Problem der freien Namenswahl nach ausländischem Recht dogmatisch bereits auf der Tatbestandsebene des Art. 10 Abs. 3 EGBGB und nicht erst auf der nachgelagerten Ebene des *ordre public* (Art. 6 EGBGB) verortet, ist im Schrifttum zu Recht kritisiert worden.⁴⁹ Vergleicht man etwa Beispielsfall 3, Variante 3 mit den Beispielsfällen 1⁵⁰ und 2⁵¹, so erscheint es wertungsmäßig kaum nachvollziehbar, warum über Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) die Bestimmung eines Kindesdoppelnamens nach österreichischem oder spanischem Recht möglich ist, nach englischem Recht hingegen nicht.⁵² Nur weil dem englischen Recht aus deutscher Sicht auch „schwarze Schafe“ (= Phantasienamen) –

Beispielsfall 3, Variante 1 – angehören, werden ansonsten völlig bedenkenfreie Regelungen – Beispielsfall 3, Variante 3 – zu „No-Go-Areas“.⁵³

Das vom BGH verfolgte Ziel, über eine Rechtswahl nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB nicht das Tor zu Phantasienamen aufzustoßen, erscheint durchaus legitim.⁵⁴ Hierzu ist aber der kategorische Ausschluss einer gesamten Rechtsordnung in einer Art namensrechtlichen „Sippenhaftdenkens“⁵⁵ nicht erforderlich.⁵⁶ Vielmehr lassen sich auf der Ebene des *ordre public* (Art. 6 EGBGB) sachgerechte Ergebnisse erzielen,⁵⁷ weil dabei stets geprüft werden muss, ob im jeweiligen Einzelfall der *konkret* gewählte Familienname gegen grundlegende Wertungen des deutschen Namensrechts verstößt. Dies wird man meines Erachtens bejahen können, sofern die Eltern im konkreten Fall – wie in Beispielsfall 3, Variante 1 – dem Kind tatsächlich einen Phantasienamen erteilen.⁵⁸ Ein Verstoß gegen den *ordre public* ist jedoch ausgeschlossen, wenn der konkrete Familienname die Abstammung von beiden Eltern oder von einem Elternteil erkennen lässt. Ein Verstoß gegen den *ordre public* des Art. 6 EGBGB ist daher nicht nur in Beispielsfall 3, Variante 3 bei Bildung eines Kindesdoppelnamens ausgeschlossen,⁵⁹ sondern auch in Beispielsfall 3, Variante 2 bei Verschmelzung der elterlichen Familiennamen durch „name meshing“.⁶⁰

d) Praktische Auswirkungen der BGH-Rechtsprechung

Trotz seiner dogmatischen Schwächen ist der Beschluss des BGH vom 09.05.2018 für die notarielle Praxis und für die instanzgerichtliche Rechtsprechung freilich zu beachten,⁶¹ zumal der BGH hieran bereits in drei weiteren Entscheidungen ausdrücklich festgehalten hat,⁶² wenn auch in den ersten beiden Folgeentscheidungen lediglich *obiter dictum*.⁶³ Die Ansicht des BGH hat erhebliche praktische Auswirkungen: Alle Rechtsordnungen des – im weltweiten Rechtsvergleich sehr verbreiteten – *Common Law* sind nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB unwählbar!⁶⁴ Diese Unwählbarkeit trifft nicht

45 BGH, Beschluss vom 09.05.2018, XII ZB 47/17, FamRZ 2018, 1245 Rdnr. 10 f.; Beschluss vom 08.12.2021, XII ZB 60/18, FamRZ 2022, 421 Rdnr. 26; Beschluss vom 29.06.2022, XII ZB 153/21, FamRZ 2022, 1455 Rdnr. 22; Beschluss vom 22.03.2023, XII ZB 105/22, FamRZ 2023, 923 Rdnr. 39.

46 Krömer, StAZ 2021, 25, 26; Wall, StAZ 2020, 150, 150; Wall, StAZ 2020, 152, 154.

47 Wall, StAZ 2020, 150, 150; Zimmermann, StAZ 2022, 317, 318.

48 BGH, Beschluss vom 09.05.2018, XII ZB 47/17, FamRZ 2018, 1245 Rdnr. 10 f.

49 BeckOGK-BGB/Stürner, Stand: 01.11.2022, Art. 6 EGBGB Rdnr. 317; BeckOK-BGB/Mäsch, Art. 10 EGBGB Rdnr. 76; MünchKomm-BGB/Lipp, Art. 10 EGBGB Rdnr. 142; Deuring, FamRZ 2022, 1669, 1675; Krömer, StAZ 2021, 25, 26; Prinz von Sachsen Gessaphe, LMK 2018, 411606; Wall, StAZ 2020, 150, 151; Wall, StAZ 2020, 152, 154; Weber, NZFam 2018, 682 f.

50 Siehe oben I. 1. a).

51 Siehe oben I. 1. b).

52 Vgl. Krömer, StAZ 2021, 25, 26 [zur Rechtswahl des Ehenamens nach Art. 10 Abs. 2 EGBGB].

53 Krömer, StAZ 2021, 25, 26; Wall, StAZ 2022, 178, 178.

54 Krömer, StAZ 2021, 25, 26.

55 Begriff nach Krömer, StAZ 2021, 25, 26.

56 Wall, StAZ 2020, 152, 154.

57 BeckOK-BGB/Mäsch, Art. 10 EGBGB Rdnr. 76; Wall, StAZ 2020, 150, 151; Wall, StAZ 2020, 152, 154; Weber, NZFam 2018, 682, 683.

58 Siehe unten Fn. 73; a. A. Fn. 74.

59 OLG München, Beschluss vom 19.01.2010, 31 Wx 152/09, StAZ 2010, 76, 79 = IPRax 2010, 452 Rdnr. 23; Wall, StAZ 2015, 41, 50; Wall, StAZ 2020, 150, 151.

60 Vgl. Krömer, StAZ 2021, 25, 27 [zur Bildung eines Ehenamens durch „name meshing“ in den USA].

61 Wall, StAZ 2020, 150, 151.

62 BGH, Beschluss vom 08.12.2021, XII ZB 60/18, FamRZ 2022, 421 Rdnr. 26; Beschluss vom 29.06.2022, XII ZB 153/21, FamRZ 2022, 1455 Rdnr. 22; Beschluss vom 22.03.2023, XII ZB 105/22, FamRZ 2023, 923 Rdnr. 39.

63 Wall, StAZ 2022, 178, 178.

64 Wall, StAZ 2022, 178, 178; Wall, StAZ 2022, 225, 225 f.; Wall, StAZ 2023, 213, 213 f.; Zimmermann, StAZ 2022, 317, 318 Fn. 4.

nur die Mutterrechtsordnung England,⁶⁵ sondern beispielsweise auch dem *Common Law* folgende Bundesstaaten der USA,⁶⁶ Australien,⁶⁷ Neuseeland⁶⁸ und Ghana.⁶⁹

e) Referentenentwurf des BMJ (Art. 10 Abs. 3 EGBGB-RefE)

Art. 2 Nr. 1 des Referentenentwurfs des BMJ zum „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Ehenamens- und Geburtsnamensrechts“ vom 11.04.2023 sieht vor, den Begriff „Familiennamen“ in Art. 10 Abs. 3 EGBGB durch „Name“ zu ersetzen.⁷⁰ Erklärtes Ziel ist es hierbei, der Rechtsprechung des BGH zur generellen Unwählbarkeit von Phantasienamensrechtsordnungen⁷¹ die Grundlage zu entziehen.⁷² Sofern dieser Teil des Referentenentwurfs Gesetz werden sollte, könnte in Zukunft über Art. 10 Abs. 3 EGBGB-RefE in Beispielsfall 3 englisches Namenssachrecht gewählt und dem Kind in Variante 2 der verschmolzene Name „Griffler“ und in Variante 3 der Kindesdoppelname „Griffin-Adler“ erteilt werden. Lediglich in Variante 1 würde sich die nachgelagerte Frage stellen, ob die Erteilung des Phantasienamens „Beckham“ gegen den *ordre public* des Art. 6 EGBGB verstößt⁷³ oder nicht.⁷⁴ Der BGH hat diese Frage bisher ausdrücklich dahinstehen lassen.⁷⁵

II. Rechtswahl nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) bei Volljährigenadoption

Ebenso wie bei der Minderjährigenadoption kommt eine Rechtswahl eines ausländischen Namensrechts gemäß Art. 10 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EGBGB (analog) dann in Betracht, wenn der Anzunehmende Deutscher und der Annehmende Ausländer ist.⁷⁶ Da die Adoption eines Volljährigen durch

einen Deutschen nicht dazu führt, dass der Angenommene die deutsche Staatsangehörigkeit erwirbt, kommt bei der Volljährigenadoption auch eine Rechtswahl *deutschen* Namenssachrechts gemäß Art. 10 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EGBGB (analog) in Betracht, wenn die Staatsangehörigkeiten umgekehrt verteilt sind, mithin der Anzunehmende Ausländer ist (und bleibt), der Annehmende Deutscher ist und der Familienname des Anzunehmenden nicht nach dessen Heimatrecht, sondern stattdessen nach deutschem Namenssachrecht (d. h. nach § 1757 BGB) bestimmt werden soll.⁷⁷

1. Beibehaltung des bisherigen Familiennamens

a) Missachtung der Namenskontinuität durch § 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB

Nach deutschem Namenssachrecht erhält der Annehmende auch im Falle der Volljährigenadoption gemäß § 1767 Abs. 2 Satz 1 BGB i. V. m. § 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB zwingend den Familiennamen des Anzunehmenden als Geburtsnamen. Dass der Anzunehmende trotz Adoption seinen bisherigen Familiennamen unverändert weiterführt (was insbesondere bei der Volljährigenadoption von Anzunehmenden, die unter ihrem Namen in Beruf und sozialem Umfeld bekannt sind, häufig gewünscht wird⁷⁸), ist *de lege lata* bei Anwendung deutschen Namenssachrechts nicht zulässig.⁷⁹ Möglich ist gemäß § 1757 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB allenfalls, dem neuen Familiennamen des Anzunehmenden dessen bisherigen Familiennamen voranzustellen oder anzufügen, wodurch ein echter Doppelname entsteht.⁸⁰

65 Wall, StAZ 2020, 150, 150 f.

66 Krömer, StAZ 2021, 25, 26; Wall, StAZ 2023, 87, 90; Wall, StAZ 2023, 184, 185.

67 BGH, Beschluss vom 09.05.2018, XII ZB 47/17, FamRZ 2018, 1245 Rdnr. 11.

68 Zimmermann, StAZ 2022, 317, 318.

69 KG, Beschluss vom 08.02.2022, 1 W 277/21, FamRZ 2022, 1093, 1094; Wall, StAZ 2022, 225, 226.

70 RefE 11.04.2023, S. 10.

71 Siehe oben Fn. 45.

72 RefE 11.04.2023, S. 20; Dutta, FamRZ 2023, 926; Wall, StAZ 2023, 213, 213.

73 Hierfür OLG Naumburg, Beschluss vom 06.09.2013, 2 Wx 20/12, StAZ 2014, 338, 340; OLG Nürnberg, Beschluss vom 02.06.2015, 11 W 2151/14, FamRZ 2015, 1655, 1657; BeckOGK-BGB/Stürner, Art. 6 EGBGB Rdnr. 317; Erman/Stürner, BGB, 16. Aufl. 2022, Art. 10 EGBGB Rdnr. 13; Wall, StAZ 2015, 41, 49 ff.; Wall, StAZ 2015, 295, 299 ff.; Wall, FamRZ 2015, 1658, 1660.

74 Hierfür BeckOK-BGB/Mäsch, Art. 10 EGBGB Rdnr. 13; jurisPK-BGB/Janal, Art. 10 EGBGB Rdnr. 39; NK-BGB/Manowski, Art. 10 EGBGB Rdnr. 42; Staudinger/Hausmann, Art. 10 EGBGB Rdnr. 163a; Deuring, FamRZ 2022, 1669, 1675 f.; Krömer, StAZ 2015, 251, 253.

75 BGH, Beschluss vom 14.11.2018, XII ZB 292/15, FamRZ 2019, 218 Rdnr. 31.

76 Siehe unten II. 1. b).

77 Siehe unten II. 2. und II. 3.

78 OLG Zweibrücken, Beschluss vom 10.06.2015, 3 W 55/13, StAZ 2016, 52, 52; OLG Stuttgart, Beschluss vom 28.08.2019, 15 UF 184/19, FamRZ 2020, 514, 516; Frank, StAZ 2008, 1, 1 f.; Wedemann, FamRZ 2015, 2106, 2108.

79 BGH, Beschluss vom 13.05.2020, XII ZB 427/19, FamRZ 2020, 1275 Rdnr. 24-38; OLG Celle, Beschluss vom 03.07.1996, 17 W 15/96, FamRZ 1997, 115, 115; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 23.12.1998, 4 W 7/97, FamRZ 2000, 115, 115; Beschluss vom 06.10.1999, 11 Wx 56/99, StAZ 1999, 372, 373; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 29.11.2000, 3 W 255/00, StAZ 2001, 140, 141; OLG Köln, Beschluss vom 30.12.2002, 16 Wx 240/02, FamRZ 2003, 1773, 1774 f.; BayObLG, Beschluss vom 15.01.2003, 1 Z BR 138/02, FamRZ 2003, 1869, 1869; OLG Hamm, Beschluss vom 30.06.2011, II-4 UF 186/10, MittBayNot 2011, 501; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 10.06.2015, 3 W 55/13, StAZ 2016, 52, 53; OLG Stuttgart, Beschluss vom 28.08.2019, 15 UF 184/19, FamRZ 2020, 514, 515; Hepting/Dutta, Familie und Personenstand, Rdnr. V-428; Müller/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira/Müller-Engels, Adoptionsrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2020, Rdnr. 362-364; Maurer, FamRZ 2009, 440, 440; Zschiebsch, notar 2017, 195, 202 f.; a. A. OLG Hamm, Beschluss vom 29.06.2012, II-2 UF 274/11, FamRZ 2013, 557, 559 [ohne Begründung]; AG Leverkusen, Beschluss vom 17.12.2007, 14 XVI 12/07, FamRZ 2008, 2058, 2059; Beschluss vom 16.04.2009, 14 XVI 01/09, RNotZ 2009, 544, 544 f.; AG Halberstadt, Beschluss vom 22.12.2011, 8 F 661/10 AD, RNotZ 2012, 574, 576 [Analogie zu § 1757 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BGB a. F.].

80 Staudinger/Helms, Neub. 2019, § 1757 Rdnr. 32; Kissner, StAZ 2009, 316.

aa) Verfassungsrechtliche Bedenken

Mit dem kategorischen Ausschluss der unveränderten Fortführung des bisherigen Geburtsnamens missachtet der Gesetzgeber das Interesse des Anzunehmenden an Namenskontinuität.⁸¹ Während die instanzgerichtliche Rechtsprechung⁸² und die h. L.⁸³ diese Regelung gleichwohl als verfassungsgemäß ansehen, hat der BGH hierin bei einer Volljährigenadoption mit schwachen Wirkungen nach § 1770 BGB eine Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 GG) gesehen⁸⁴ und die Frage der Verfassungswidrigkeit daher nach Art. 100 Abs. 1 GG dem BVerfG zur Entscheidung vorgelegt.⁸⁵

Gegen die vom BGH bejahte Verfassungswidrigkeit lässt sich allerdings einwenden, dass das Grundgesetz keine Institutsgarantie für die Volljährigenadoption kennt.⁸⁶ Wenn der Gesetzgeber danach befugt ist, die Volljährigenadoption ohne Verstoß gegen das Grundgesetz generell abzuschaffen, dann ist es ihm verfassungsrechtlich erst recht (*a fortiori*) erlaubt, die Volljährigenadoption von der Bereitschaft des Anzunehmenden abhängig zu machen, den Familiennamen des Annehmenden künftig zumindest als Teil eines Doppelnamens gemäß § 1767 Abs. 2 Satz 1 BGB i. V. m. § 1757 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB zu führen und sich dadurch namensrechtlich in die Familie des Annehmenden zu integrieren.⁸⁷ Die zwingende Zuweisung des Familiennamens des Annehmenden dient dabei als „namensrechtlicher Filter“⁸⁸ und damit dem legitimen Zweck der Vermeidung missbräuchlicher Volljährigenadoptionen, insbesondere aus rein erbschaftsteuerlichen Gründen.⁸⁹

81 BGH, Beschluss vom 13.05.2020, XII ZB 427/19, FamRZ 2020, 1275 Rdnr. 51.

82 OLG Celle, Beschluss vom 03.07.1996, 17 W 15/96, FamRZ 1997, 115, 115-117; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 23.12.1998, 4 W 7/97, FamRZ 2000, 115, 115; Beschluss vom 06.10.1999, 11 Wx 56/99, StAZ 1999, 372, 373; OLG Hamm, Beschluss vom 14.09.2000, 15 W 270/00, StAZ 2001, 328, 329; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 29.11.2000, 3 W 255/00, StAZ 2001, 140, 141; BayObLG, Beschluss vom 15.01.2003, 1 Z BR 138/02, FamRZ 2003, 1869, 1869 f.; OLG Hamm, Beschluss vom 30.06.2011, II-4 UF 186/10, MittBayNot 2011, 501; OLG Stuttgart, Beschluss vom 28.08.2019, 15 UF 184/19, FamRZ 2020, 514, 515 f.

83 *Hepting/Dutta*, Familie und Personenstand, Rdnr. V-428; *Staudinger/Helms*, § 1757 Rdnr. 9 und § 1767, Rdnr. 56; *Frank*, StAZ 2008, 1, 2; *Frank*, StAZ 2020, 302, 303 f.; *Helms*, FamRZ 2020, 1282, 1282; *Keuter*, FamRZ 2021, 165, 165; *Liermann*, FamRZ 2000, 722, 723; *Maurer*, FamRZ 2009, 440, 440 f.; a. A. BeckOGK-BGB/Löhnig, Stand: 01.12.2022, § 1757 Rdnr. 57 f.; *Löhnig*, FamRZ 2012, 679, 680-682; *Molls*, ZRP 2012, 174, 176 f.

84 BGH, Beschluss vom 13.05.2020, XII ZB 427/19, FamRZ 2020, 1275 Rdnr. 39-59.

85 BGH, Beschluss vom 13.05.2020, XII ZB 427/19, FamRZ 2020, 1275 Rdnr. 5, 8.

86 *Staudinger/Helms*, § 1757 Rdnr. 9 und § 1767 Rdnr. 14; *Frank*, StAZ 2020, 302, 303; *Helms*, FamRZ 2020, 1282, 1282.

87 *Frank*, StAZ 2020, 302, 303 f.

88 *Helms*, FamRZ 2020, 1282, 1282.

89 *Frank*, StAZ 2020, 302, 304; *Helms*, FamRZ 2020, 1282, 1282 f.; a. A. *Molls*, ZRP 2012, 174, 177 f.

bb) Gegensatz zur sonstigen „Dynamisierung des Namensrechts“

Unabhängig von der verfassungsrechtlichen Beurteilung erweist sich die Regelung des § 1767 Abs. 2 Satz 1 BGB i. V. m. § 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB, die bei der Volljährigenadoption zwingend zu einer Änderung des Familiennamens des Angenommenen führt, meines Erachtens heute jedenfalls als rechtspolitisch verfehlt.⁹⁰ Sie steht als ein veraltetes Relikt im Gegensatz zur sonstigen „Dynamisierung des Namensrechts“⁹¹ bei anderen familienrechtlichen Statusereignissen:⁹² Bei Eheschließung (§ 1355 Abs. 1 Satz 3 BGB) und Scheidung (§ 1355 Abs. 5 Satz 1 BGB) achtet der Gesetzgeber heute das Interesse an Namenskontinuität dadurch, dass er dem volljährigen Namensträger eine Wahlmöglichkeit einräumt, seinen bisher geführten Familiennamen trotz des familienrechtlichen Statusereignisses weiterhin zu führen. Beim Kindesnamen achtet der Gesetzgeber das Interesse an Namenskontinuität dadurch, dass eine Namensänderung infolge Änderung der abstammungsrechtlichen Zuordnung und/oder Änderung der Sorgerechtsverhältnisse ab einem Alter von 14 Jahren von der Zustimmung des Namensträgers selbst abhängt (§ 1617c Abs. 1 Satz 2 BGB⁹³).⁹⁴

cc) Referentenentwurf des BMJ (§ 1767 Abs. 3 Nr. 1 BGB-RefE)

Art. 21 Nr. 11 des Referentenentwurfs des BMJ zum „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Ehenamens- und Geburtsnamensrechts“ vom 11.04.2023 sieht in § 1767 Abs. 3 Nr. 1 BGB-RefE bei der Volljährigenadoption vor, dass der Angenommene den Familiennamen des Annehmenden nicht erhält, wenn er der Namensänderung vor dem Ausspruch der Annahme gegenüber dem Familiengericht widerspricht.⁹⁵

Der Referentenentwurf greift damit die rechtspolitische Kritik an der geltenden Gesetzeslage auf.⁹⁶ Nach § 1767 Abs. 3 Nr. 1 BGB-RefE soll eine volljährige angenommene Person künftig die Möglichkeit haben, ihren bisherigen Namen beizubehalten, wenn sie dies wünscht.⁹⁷ Damit soll dem Interesse an Namenskontinuität, das mit zunehmender Lebenszeit zumeist größer wird, und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 GG) der angenommenen Person Rechnung getragen werden.⁹⁸ Sofern dieser Teil des Referentenentwurfs Gesetz werden sollte, wäre die nachfolgend dargestellte „Flucht“ in ein ausländisches Namenssachrecht über eine Rechtswahl nach

90 A. A. *Staudinger/Helms*, § 1757 Rdnr. 10.

91 Begriff nach *Hepting*, StAZ 2013, 1, 2.

92 *Löhnig*, FamRZ 2012, 679, 680 f.

93 Bzw. durch Verweisung auf diese Vorschrift nach § 1617a Abs. 2 Satz 4, § 1617b Abs. 1 Satz 4, § 1617b Abs. 2 Satz 3, § 1618 Satz 6 BGB.

94 *Löhnig*, FamRZ 2012, 679, 681.

95 RefE 11.04.2023, S. 10.

96 RefE 11.04.2023, S. 19.

97 RefE 11.04.2023, S. 48.

98 RefE 11.04.2023, S. 48.

Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) nicht mehr erforderlich, um dem Interesse des Anzunehmenden an Namenskontinuität zum Durchbruch zu verhelfen.

b) Recht mit Beibehaltung des Familiennamens (Österreich)

De lege lata kann dem Interesse des Anzunehmenden an Namenskontinuität in Fällen mit Auslandsbezug durch eine Rechtswahl gemäß Art. 10 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EGBGB (analog) geholfen werden, wenn der Annehmende die Staatsangehörigkeit eines Staates besitzt, der in seinem Namenssachrecht bei der Adoption die unveränderte Fortführung des bisherigen Familiennamens zumindest fakultativ erlaubt.⁹⁹

Beispielfall 4: *Der unverheiratete, ausschließlich österreichische Staatsangehörige Leopold Pichler beabsichtigt, den volljährigen, unverheirateten und ausschließlich deutschen Staatsangehörigen Florian Fischer nach Art. 22 Abs. 1 Satz 1 EGBGB i. V. m. § 1767 Abs. 2 Satz 1, § 1741 Abs. 2 Satz 1 BGB in Deutschland zu adoptieren. Florian Fischer betreibt unter der Firma „Fischer IT-Service e. K., Inhaber Florian Fischer“ ein Einzelunternehmen; er ist im Kunden- und Bekanntenkreis unter seinem Familiennamen „Fischer“ bekannt. Alle Beteiligten wünschen, dass der Anzunehmende nach der Adoption den Familiennamen „Fischer“ behält.*

Nach Art. 10 Abs. 1 EGBGB i. V. m. § 1767 Abs. 2 Satz 1, § 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB erhält der Anzunehmende in Beispielfall 4 zwingend den Familiennamen des Annehmenden „Pichler“ als Geburtsnamen. Dem Wunsch der Beteiligten nach unveränderter Beibehaltung des Familiennamens „Fischer“ kann jedoch über eine Rechtswahl österreichischen Namensrechts – als dem Recht der Staatsangehörigkeit des Annehmenden *Leopold Pichler* – gemäß Art. 10 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EGBGB (analog) entsprochen werden:

Gemäß § 157 Abs. 2 Satz 2 ABGB i. V. m. § 157 Abs. 2 Satz 1 ABGB kann der Familienname des Kindes im Falle einer Adoption erneut bestimmt werden, wobei eine entscheidungsfähige Person gemäß § 156 Abs. 2 Satz 1 ABGB ihren Familiennamen selbst bestimmt. Wie sich aus der Formulierung „kann“ in § 157 Abs. 2 Satz 1 ABGB ergibt, ist die Neubestimmung des Familiennamens anlässlich einer Adoption aber nicht zwingend.¹⁰⁰ Sofern der Namensträger von der Möglichkeit der Neubestimmung durch Erklärung gemäß § 157 Abs. 2 ABGB i. V. m. § 156 Abs. 2 ABGB keinen Gebrauch macht, bleibt der bisherige Familienname des Anzunehmenden „Fischer“ trotz Adoption unverändert.¹⁰¹

2. Verbot von Adelsprädikaten im ausländischen Namensrecht (Österreich)

Ausländische Rechtsordnungen verbieten bisweilen – meist aus historischen Gründen – in ihrem Namenssachrecht

Adelsprädikate als Namensbestandteile, so etwa das österreichische Recht in §§ 1, 4 Adelsaufhebungsgesetz.¹⁰² Sofern ein deutscher Staatsangehöriger, der ein Adelsprädikat führt, einen volljährigen Staatsangehörigen eines solchen Staates als Kind annimmt, kann der Anzunehmende über eine Rechtswahl deutschen Sachrechts gemäß Art. 10 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EGBGB (analog) zumindest aus Sicht der deutschen Rechtsordnung den Familiennamen mit Adelsprädikat erwerben.

Beispielfall 5:¹⁰³ *Der unverheiratete, ausschließlich deutsche Staatsangehörige Lothar Fürst von Sayn-Wittgenstein beabsichtigt, die volljährige, unverheiratete und ausschließlich österreichische Staatsangehörige Ilonka Havel nach Art. 22 Abs. 1 Satz 1 EGBGB i. V. m. § 1767 Abs. 2 Satz 1, § 1741 Abs. 2 Satz 1 BGB in Deutschland zu adoptieren. Alle Beteiligten wünschen, dass die Anzunehmende nach der Adoption den Familiennamen des Annehmenden in der weiblichen Form „Fürstin von Sayn-Wittgenstein“ erhält.*

a) Name nach österreichischem Heimatrecht

Die Volljährigenadoption führt nicht zum Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit nach § 6 Satz 1 StAG,¹⁰⁴ sodass Art. 10 Abs. 1 EGBGB für den nach der Adoption zu führenden Familiennamen der Anzunehmenden im Wege der Gesamtverweisung nach Art. 4 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 EGBGB auf das österreichische Kollisionsrecht verweist. Dieses knüpft in § 13 Abs. 1 IPRG i. V. m. § 9 Abs. 1 Satz 1 IPRG die Namensführung ebenfalls an die Staatsangehörigkeit an, nimmt die Verweisung also an.¹⁰⁵

aa) Vorfrage des Familiennamens des Annehmenden

Gemäß § 157 Abs. 2 Satz 2 ABGB kann der Familienname des Kindes bei Änderungen in der Person eines Elternteils erneut bestimmt werden, etwa bei einer Annahme an Kindes statt. Gemäß § 155 Abs. 2 Satz 1 ABGB kann bei Eltern ohne gemeinsamen Familiennamen der Familienname eines Elternteils zum Familiennamen des Kindes bestimmt werden. Wie der Familienname des Annehmenden lautet, ist dabei eine gesondert anzuknüpfende kollisionsrechtliche Vorfrage,¹⁰⁶ die – wie kollisionsrechtliche Vorfragen im Namensrecht allgemein¹⁰⁷ – unselbstständig aus

¹⁰² „Gesetz vom 03.04.1919 über die Aufhebung des Adels, der weltlichen Ritter- und Damenorden und gewisser Titel und Würden“, österreichisches StGBI. Nr. 211/1919.

¹⁰³ Sachverhalt angelehnt an EuGH, Urteil vom 22.12.2010, C-208/09 (Sayn-Wittgenstein), FamRZ 2011, 1486 Rdnr. 19 ff. Die folgende Lösung erfolgt auf Grundlage des aktuell geltenden deutschen und österreichischen Rechts. Zur Lösung auf Grundlage der zur Zeit des Originalfalls geltenden alten Rechts siehe *Mansel/Thorn/Wagner*, IPRax 2010, 1, 5 f.; *Wall*, StAZ 2011, 203 ff.

¹⁰⁴ *Wall*, MittBayNot 2023, 336, 337 m. w. N. in Fn. 24 f.

¹⁰⁵ *Kohler/Pintens*, FamRZ 2011, 1433, 1439, Fn. 49; *Mansel/Thorn/Wagner*, IPRax 2010, 1, 5; *Wall*, StAZ 2011, 203, 207.

¹⁰⁶ NK-BGB/*Mankowski*, Art. 10 EGBGB Rdnr. 15; *Wall*, StAZ 2017, 119, 120.

¹⁰⁷ Siehe oben Fn. 21 f.

⁹⁹ Überblick über den Namen nach der Adoption in ausländischen Namenssachrechten bei *Wedemann*, FamRZ 2015, 2106, 2108 f.

¹⁰⁰ Vgl. *Henrich/Dutta/Ebert/Jesser-Huß*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Stand: 01.10.2019, Länderbericht Österreich S. 73.

¹⁰¹ RefE 11.04.2023, S. 18; *Frank*, StAZ 2020, 302, 302 f. und Fn. 11.

Sicht der *lex causae* anzuknüpfen ist,¹⁰⁸ mithin in Beispielsfall 5 aus Sicht der den Namen der Anzunehmenden beherrschenden österreichischen Rechtsordnung zu beurteilen ist.

Für den Familiennamen des ausschließlich deutschen Staatsangehörigen *Lothar Fürst von Sayn-Wittgenstein* verweist § 13 Abs. 1 IPRG i. V. m. § 9 Abs. 1 Satz 1 IPRG im Weg der Gesamtverweisung (§ 5 Abs. 1 IPRG) auf das deutsche Recht, welches die Verweisung gemäß Art. 10 Abs. 1 EGBGB hinsichtlich des Annehmenden auch annimmt. Nach deutschem Sachrecht lautet der Familienname des Annehmenden „*Fürst von Sayn-Wittgenstein*“; das Adelsprädikat „*Fürst von*“ ist gemäß Art. 109 Abs. 3 Satz 2 Weimarer Reichsverfassung i. V. m. Art. 123 Abs. 1 GG ein Namensbestandteil seines bürgerlichen Familiennamens.¹⁰⁹

bb) Verbot von Adelsprädikaten nach §§ 1, 4 Adelsaufhebungsgesetz

Dem Erwerb des Familiennamens „*Fürst/Fürstin von Sayn-Wittgenstein*“ durch die Anzunehmende stehen jedoch die zum österreichischen Namenssachrecht zählenden §§ 1, 4 Adelsaufhebungsgesetz i. V. m. § 2 Nr. 1 und § 2 Nr. 4 der hierzu ergangenen Vollzugsanweisung¹¹⁰ entgegen, die einem österreichischen Staatsangehörigen die Führung des Adelstitels „*Fürst von*“ bzw. „*Fürstin von*“ verbieten. Die Frage, ob Adelsbezeichnungen abgeschafft sind, unterliegt dabei dem Namensstatut,¹¹¹ mithin dem Heimatrecht des jeweiligen Namensträgers. Der österreichische Verfassungsgerichtshof (VfGH) hat daher zu Recht entschieden, dass das Verbot der §§ 1, 4 Adelsaufhebungsgesetz bei Adoption eines österreichischen Staatsangehörigen durch einen deutschen Staatsangehörigen, der das Adelsprädikat nach seinem deutschen Heimatrecht als Teil des bürgerlichen Namens führt, auf den Namen des Anzunehmenden Anwendung findet.¹¹² Nach Art. 10 Abs. 1 EGBGB i. V. m. § 155 Abs. 2 Satz 1 ABGB kann die Anzunehmende in Beispielsfall 5 daher nur den Familiennamen „*Sayn-Wittgenstein*“ erwerben.

b) Name nach Rechtswahl deutschen Rechts

Die Rechtswahl deutschen Namensrechts gemäß Art. 10 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EGBGB (analog) führt in Beispielsfall 5 dazu, dass der Familienname der Anzunehmenden dem deutschen Namenssachrecht unterliegt, sodass sie infolge der Adoption gemäß § 1767 Abs. 2 Satz 1, § 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB anstelle ihres bisherigen Familiennamens „*Havel*“ den

vollständigen Familiennamen des Annehmenden erhält. Die Anzunehmende erwirbt diesen aufgrund einer auf das Reichsgericht zurückgehenden Entscheidung¹¹³ – in der weiblichen Form „*Fürstin von Sayn-Wittgenstein*“.¹¹⁴ §§ 1, 4 Adelsaufhebungsgesetz stehen dem Erwerb des Adelsprädikats als Namensbestandteil nicht entgegen, da diese Normen zum österreichischen Namenssachrecht zählen¹¹⁵ und infolge der Rechtswahl deutschen Namensrechts nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB aus Sicht der deutschen Rechtsordnung¹¹⁶ auf den Familiennamen der Anzunehmenden nicht (mehr) anwendbar sind.¹¹⁷

3. Normenmangel im ausländischen Namensrecht (Bulgarien)

Besondere Probleme in der Rechtsanwendung treten auf, wenn bei Adoption eines volljährigen Ausländers Art. 10 Abs. 1 EGBGB hinsichtlich des Namens rückverweisungsfrei auf dessen Heimatrecht verweist, dieses selbst aber die Volljährigenadoption nicht kennt und daher konsequenterweise auch keine Vorschriften für den nach der Volljährigenadoption zu führenden Namen enthält.

Beispielsfall 6:¹¹⁸ *Der unverheiratete, ausschließlich deutsche Staatsangehörige Karl Rauch beabsichtigt, die volljährige,*

113 RG, Beschluss vom 10.03.1926, IV B 7/26, RGZ 113, 107, 113 f.

114 BayObLG, Beschluss vom 09.09.1955, 2 Z 102/55, StAZ 1956, 12, 12; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.12.1996, 3 Wx 347/95, FamRZ 1997, 1554, 1555; BayObLG, Beschluss vom 02.10.2002, 1 Z BR 98/02, StAZ 2003, 45, 45.

115 Wall, StAZ 2011, 203, 207.

116 Zur Sichtweise der österreichischen Rechtsordnung siehe unten III. 3. b) bb) (ii).

117 Im Originalsachverhalt des Urteils EuGH vom 22.12.2010, C-208/09 (Sayn-Wittgenstein), FamRZ 2011, 1486 hatte das deutsche Kreisgericht Worbis im Jahr 1992 durch Beschluss der Anzunehmenden den Familiennamen „*Fürstin von Sayn-Wittgenstein*“ zugewiesen, da das Gericht in „kollisionsrechtlichem Blindflug“ irrtümlich davon ausging, dass die Namensführung nicht Art. 10 Abs. 1 EGBGB, sondern dem Adoptionsstatut des Art. 22 Satz 1 EGBGB i. d. F. vom 25.07.1986, und damit im Ergebnis deutschem Namenssachrecht unterliegt (Wall, StAZ 2011, 203, 207 und Fn. 71). Im Verfahren vor dem EuGH (Stellungnahme der österreichischen Behörde in EuGH 22.12.2010, C-208/09 (Sayn-Wittgenstein), FamRZ 2011, 1486 Rdnr. 33; Schlussanträge GA Sharpston 14.10.2010, C-208/09 (Sayn-Wittgenstein), ECLI: EU: C:2010:608 Rdnr. 30; Stellungnahme der deutschen und der österreichischen Regierung in Schlussanträge GA Sharpston vom 14.10.2010, Rdnr. 52) und in Besprechungen hierzu (Kohler/Pintens, FamRZ 2011, 1433, 1439; Mansell/Thorn/Wagner, IPRax 2010, 1, 5 f.) wurde daher behauptet, dass die vom deutschen Gericht ausgesprochene Namensführung der Anzunehmenden auch aus Sicht der deutschen Rechtsordnung unrichtig gewesen sei. Tatsächlich war die Namensbestimmung „*Fürstin von Sayn-Wittgenstein*“ aber aufgrund einer Rechtswahl deutschen Namensrechts gemäß Art. 10 Abs. 6 EGBGB a. F. (analog) – der im Jahr 1992 geltenden Vorläufervorschrift des Art. 10 Abs. 3 EGBGB – rechtlich möglich (Wall, StAZ 2011, 203, 207 f.).

118 Fall in Anlehnung an Krömer, StAZ 2019, 56 ff. Im Unterschied zu Beispielsfall 6 war die Anzunehmende im Fall von Krömer eine eingebürgerte deutsch-bulgarische Doppelstaaterin.

108 Kraus, StAZ 2014, 348, 350; Wall, StAZ 2018, 169, 174; Zimmermann, StAZ 2018, 358, 359.

109 Staudinger/Helms, § 1757 Rdnr. 12; Wall, StAZ 2011, 203, 208; Zschiebsch, notar 2017, 195, 202.

110 „Vollzugsanweisung des Staatsamtes für Inneres und Unterricht und des Staatsamtes für Justiz, im Einvernehmen mit den beteiligten Staatsämtern vom 18.04.1919, über die Aufhebung des Adels und gewisser Titel und Würden“, österreichisches StGBI. Nr. 237/1919.

111 Vgl. zum deutschen IPR MünchKomm-BGB/Lipp, Art. 10 EGBGB Rdnr. 64; NK-BGB/Mankowski, Art. 10 EGBGB Rdnr. 83.

112 VfGH, Erkenntnis vom 27.11.2003, B557/03, VfSlg. 17060 (unter III. 3. 2.).

unverheiratete und ausschließlich bulgarische Staatsangehörige Neli Naydenova Disova nach Art. 22 Abs. 1 Satz 1 EGBGB i. V. m. § 1767 Abs. 2 Satz 1, § 1741 Abs. 2 Satz 1 BGB in Deutschland zu adoptieren. Bei dem Namensbestandteil „Neli“ handelt es sich um den Vornamen, bei dem Namensbestandteil „Disova“ um den Familiennamen und bei dem Namensbestandteil „Naydenova“ um einen Vatersnamen nach bulgarischem Recht.

Frage 1: Wie lautet der Name der Anzunehmenden nach der Adoption ohne namensrechtliche Rechtswahl?

Frage 2: Wie lautet der Name der Anzunehmenden nach der Adoption, wenn für deren Namensführung gemäß Art. 10 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EGBGB (analog) das deutsche Recht – als das Recht der Staatsangehörigkeit des Annehmenden – gewählt wird?

a) Name nach bulgarischem Heimatrecht

Die Volljährigenadoption führt nicht dazu, dass die Anzunehmende die deutsche Staatsangehörigkeit erwirbt.¹¹⁹ Ohne namensrechtliche Rechtswahl verweist Art. 10 Abs. 1 EGBGB daher hinsichtlich der Namensführung der Anzunehmenden gemäß Art. 4 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 EGBGB im Wege der Gesamtverweisung auf das bulgarische Recht. Das bulgarische Kollisionsrecht knüpft das Namensstatut in Art. 53 Abs. 1 bulgarisches IPRG¹²⁰ i. V. m. Art. 48 Abs. 1 bulgarisches IPRG ebenfalls an die Staatsangehörigkeit an¹²¹ und nimmt die Verweisung somit an.

aa) Namenssachrecht ohne Volljährigenadoption

Das bulgarische Adoptionssachrecht unterscheidet zwischen der sog. „Volladoption“, die in ihren Wirkungen mit einer deutschen Minderjährigenadoption mit starken Wirkungen vergleichbar ist, vgl. Art. 101 bulgarisches Familiengesetzbuch (FamGB)¹²², und der sog. „unvollständigen Adoption“, die in ihren Wirkungen mit einer deutschen Volljährigenadoption mit schwachen Wirkungen vergleichbar ist, vgl. Art. 102 bulgarisches FamGB.¹²³

Das bulgarische Namenssachrecht greift diese Differenzierung auf: Im Fall einer Volladoption erhält das anzunehmende Kind gemäß Art. 18 Abs. 2 bulgarisches Gesetz über die Personenstandsregistrierung (PStRG)¹²⁴ i. V. m. Art. 13 bulgarisches PStRG nach der Adoption einen neuen Vatersnamen, der vom Vornamen des Annehmenden abgeleitet

wird.¹²⁵ Der neue Familienname wird gemäß Art. 18 Abs. 2 bulgarisches PStRG i. V. m. Art. 14 bulgarisches PStRG vom Familiennamen oder Vatersnamen des Annehmenden abgeleitet. Im Falle einer unvollständigen Adoption können der Vaters- und Familienname nach vorstehenden Grundsätzen auf Wunsch des Annehmenden gemäß Art. 18 Abs. 3 Satz 1 bulgarisches PStRG vom Gericht geändert werden. Ist das Kind über 14 Jahre alt, bedarf die Namensänderung gemäß Art. 18 Abs. 3 Satz 2 bulgarisches PStRG seiner Zustimmung.

Nach bulgarischem Adoptionssachrecht (Art. 77 Abs. 1 bulgarisches FamGB¹²⁶) kann jedoch nur eine Person als Kind angenommen werden, die im Zeitpunkt der Beantragung der Adoption das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Das bulgarische Recht kennt also keine Volljährigenadoption wie das deutsche Recht.¹²⁷ Die vorstehend zitierten namensrechtlichen Bestimmungen beziehen sich daher nach bulgarischem Rechtsverständnis (zumindest direkt) nur auf die Minderjährigenadoption.¹²⁸ Damit besteht in Beispielsfall 6 hinsichtlich der Namensführung nach der Volljährigenadoption im von Art. 10 Abs. 1 EGBGB rückverweisungsfrei berufenen bulgarischen Namenssachrecht ein Normenmangel.

bb) Rechtserkenntnisproblem bei Behebung des Normenmangels

Wie dieser Normenmangel aus Sicht der bulgarischen Rechtsordnung auszufüllen ist, stellt ein Rechtserkenntnisproblem hinsichtlich des Inhalts des bulgarischen Namenssachrechts dar, das sich ohne Spezialliteratur oder ein Rechtsgutachten zum bulgarischen Recht kaum beurteilen lässt. Denkbar erscheint zum einen, dass in Bulgarien bei Auslandsadoption eines volljährigen Bulgaren die für die Minderjährigenadoption geltenden namensrechtlichen Vorschriften des bulgarischen PStRG analog angewendet werden,¹²⁹ sodass in Beispielsfall 6 die Anzunehmende auf ihren Antrag hin gemäß Art. 18 Abs. 2, 3 bulgarisches PStRG i. V. m. Art. 13 bulgarisches PStRG den vom Annehmenden abgeleiteten Vatersnamen „Karlova“ und nach Art. 18 Abs. 2, 3 bulgarisches PStRG i. V. m. Art. 14 bulgarisches PStRG dessen Familiennamen „Rauch“ erwirbt. Denkbar erscheint aber auch, dass in Bulgarien die durch ein deutsches Familiengericht ausgesprochene Volljährigenadoption als mit dem bulgarischen verfahrensrechtlichen *ordre public* unvereinbar angesehen wird¹³⁰ und damit die Auslandsadoption eines Volljährigen aus Sicht der bul-

119 Wall, MittBayNot 2023, 336, 337 m. w. N. in Fn. 24 f.

120 Abgedruckt in Henrich/Dutta/Ebert, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Stand: 01.05.2021, Länderbericht Bulgarien S. 45.

121 Henrich/Dutta/Ebert/Jessel-Holst, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderbericht Bulgarien S. 23; Krömer, StAZ 2019, 56, 59 und Fn. 30; Prinz von Sachsen Gessaphe, StAZ 2015, 65, 67 und Fn. 19.

122 Abgedruckt in Henrich/Dutta/Ebert, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderbericht Bulgarien S. 66.

123 Krömer, StAZ 2019, 56, 59 und Fn. 32, 34.

124 Abgedruckt in Henrich/Dutta/Ebert, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderbericht Bulgarien S. 95.

125 BGH, Beschluss vom 19.02.2014, XII ZB 180/12, NJW 2014, 1383 Rdnr. 31; Beschluss vom 08.12.2021, XII ZB 60/18, FamRZ 2022, 421 Rdnr. 33; Krömer, StAZ 2019, 56, 59; Solomon, StAZ 2018, 265, 272; Wall, StAZ 2015, 363, 366.

126 Abgedruckt in Henrich/Dutta/Ebert, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderbericht Bulgarien S. 62.

127 Staudinger/Helms, § 1767 Rdnr. 15; Staudinger/Henrich, Vor Art. 22 EGBGB Rdnr. 5; Krömer, StAZ 2019, 56, 59.

128 Krömer, StAZ 2019, 56, 59.

129 Krömer, StAZ 2019, 56, 60.

130 Zur Frage, ob dies europarechtlich zulässig wäre, siehe unten III. 3. b) bb) (ii).

garischen Rechtsordnung keinerlei – und damit natürlich auch keine namensändernden – Wirkungen hat,¹³¹ sodass die Anzunehmende nach ihrem bulgarischen Heimatrecht unverändert den Vatersnamen „Naydenova“ und den Familiennamen „Disova“ führt.

b) Name nach Rechtswahl deutschen Rechts

Der in dem von Art. 10 Abs. 1 EGBGB berufenen bulgarischen Namenssachrecht bestehende Normenmangel und die hiermit verbundenen praktischen Anwendungsprobleme lassen sich in Beispielsfall 6 durch eine Rechtswahl deutschen Namensrechts gemäß Art. 10 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EGBGB (analog) vermeiden:¹³²

Diese Rechtswahl führt dazu, dass der Familienname der Anzunehmenden dem deutschen Namenssachrecht unterliegt, sodass sie infolge der Adoption gemäß § 1767 Abs. 2 Satz 1, § 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB anstelle ihres bisherigen Familiennamens „Disova“ den Familiennamen des Annehmenden „Rauch“ erhält.

Die Rechtswahl nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB erfasst aber nicht nur den Familiennamen im Sinne des deutschen Namenssachrechts. Der Begriff „Familienname“ im Sinne von Art. 10 Abs. 3 EGBGB ist vielmehr in einem weiten, kollisionsrechtlichen Sinne zu verstehen und umfasst auch dem deutschen Namenssachrecht unbekanntes Namensbestandteile, welchen die Funktion zukommt, die Abstammung einer Person und ihre Zugehörigkeit zu einer bestimmten Familie zu kennzeichnen.¹³³ Die Rechtswahl nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB erfasst folglich auch einen Vatersnamen als dritten Namensbestandteil slawischer Rechtsordnungen, insbesondere einen Vatersnamen nach bulgarischem¹³⁴ oder russischem¹³⁵ Recht.

Die Rechtswahl deutschen Rechts nach Art. 10 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EGBGB (analog) führt in Beispielsfall 6 daher dazu, dass nicht nur hinsichtlich des Familiennamens „Disova“, sondern auch hinsichtlich des Vatersnamens „Naydenova“ ein Eingangsstatutenwechsel zum deutschen Recht eintritt und nur noch der Vorname „Neli“ dem bulgarischen Heimatrecht der Anzunehmenden unterliegt. Der Vatersname „Naydenova“ gerät dadurch unter die Herrschaft des deutschen Namenssachrechts, das nur die Zweiteilung in Vor- und Familienname kennt und dem die Kategorie eines drit-

ten Namensbestandteils fremd ist. Damit besteht eine sog. „Angleichungslage“.¹³⁶

aa) Angleichungserklärung nach Art. 47 Abs. 1 Satz 1 EGBGB

Die Anzunehmende kann aufgrund des durch die Rechtswahl deutschen Rechts nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) eingetretenen Eingangsstatutenwechsels eine Angleichungserklärung gemäß Art. 47 Abs. 1 Satz 1 EGBGB hinsichtlich des Vatersnamens „Naydenova“ abgeben.¹³⁷ Dabei kann sie gemäß Art. 47 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EGBGB bestimmen, dass der Vatersname zu einem weiteren Vornamen wird,¹³⁸ sodass der nach der Adoption zu führende Name „Neli [erster Vorname] Naydenova [zweiter Vorname] Rauch [Familienname]“ lautet. Alternativ hierzu kann die Anzunehmende nach Art. 47 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EGBGB den Vatersnamen „Naydenova“ als einen dem deutschen Namenssachrecht unbekanntes Namensbestandteil ablegen,¹³⁹ sodass der nach der Adoption zu führende Name „Neli [Vorname] Rauch [Familienname]“ lautet.

Art. 47 Abs. 1 Satz 1 EGBGB verlangt (wie dies auch bei sonstigen namensbestimmenden Erklärungen im deutschen Sachrecht der Fall ist), dass die Angleichungserklärung „gegenüber dem Standesamt“ abgegeben wird. Diese Regelung wird im Falle der Adoption durch die Wertung des § 1757 Abs. 2 Satz 1 BGB überlagert, wonach eine exklusive Empfangszuständigkeit des Familiengerichts für *alle* anlässlich der Adoption abgegebenen namensbestimmenden Erklärungen besteht. Dies gilt für die Rechtswahl nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog),¹⁴⁰ für namensbestimmende Erklärungen anlässlich der Adoption nach einem gewählten ausländischen Namenssachrecht¹⁴¹ und für namensbestimmende Erklärungen anlässlich der Adoption nach deutschem Namenssachrecht – und damit auch für die Angleichungserklärung nach Art. 47 Abs. 1 Satz 1 EGBGB.

bb) „Zwangsangleichung“ ohne Angleichungserklärung?

Welche rechtlichen Auswirkungen eine Angleichungslage hat, wenn der betroffene Namensträger eine Angleichungs-

131 Krömer, StAZ 2019, 56, 60; so zum Recht von Bosnien-Herzegowina (das ebenfalls keine Volljährigenadoption kennt) Krömer, StAZ 2021, 284, 285.

132 Vgl. NK-BGB/Magnus, Art. 22 EGBGB Rdnr. 33.

133 BGH, Beschluss vom 08.12.2021, XII ZB 60/18, FamRZ 2022, 421 Rdnr. 32; Beschluss vom 29.06.2022, XII ZB 153/21, FamRZ 2022, 1455 Rdnr. 24; Krömer, StAZ 2018, 132, 133; Wall, StAZ 2020, 152, 153.

134 BGH, Beschluss vom 08.12.2021, XII ZB 60/18, FamRZ 2022, 421 Rdnr. 22, 27-38.

135 BGH, Beschluss vom 29.06.2022, XII ZB 153/21, FamRZ 2022, 1455 Rdnr. 14–29; OLG Hamburg, Beschluss vom 11.03.2021, 2 W 50/20, FamRZ 2021, 1952, 1954; Rauhmeier, StAZ 2016, 187, 188; Wachsmann, StAZ 2000, 220, 221; a. A. OLG Dresden, Beschluss vom 05.04.2017, 3 W 214/17, StAZ 2018, 155, 156.

136 Zur Begriffsbildung siehe Hepting, StAZ 2001, 257, 258 f., 261-264; Hepting, StAZ 2008, 161, 161, 166 f., 170; Wall, StAZ 2015, 363, 363; Wall, StAZ 2016, 327, 328.

137 Zur Anwendbarkeit des Art. 47 Abs. 1 EGBGB auch bei partiellem Statutenwechsel aufgrund Rechtswahl nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB siehe Hepting/Dutta, Familie und Personenstand, Rdnr. II-256; Henrich, StAZ 2007, 197, 203; Krömer, StAZ 2018, 132, 133.

138 BGH, Beschluss vom 19.02.2014, XII ZB 180/12, NJW 2014, 1383 Rdnr. 21 f.; Hepting, StAZ 2008, 161, 167; Krömer, StAZ 2023, 56, 58; Prinz von Sachsen Gessaphe, StAZ 2015, 65, 71; Solomon, StAZ 2018, 265, 267 und 271.

139 BGH, Beschluss vom 19.02.2014, XII ZB 180/12, NJW 2014, 1383 Rdnr. 21 f.; Hepting/Dutta, Familie und Personenstand, Rdnr. II-345, II-349 f.; Staudinger/Hausmann, Art. 47 EGBGB Rdnr. 35, 46; Hepting, StAZ 2008, 161, 172; Hochwald, StAZ 2010, 335, 336; Krömer, StAZ 2023, 56, 58; Prinz von Sachsen Gessaphe, StAZ 2015, 65, 71; Solomon, StAZ 2018, 265, 267 und 271.

140 Wall, MittBayNot 2023, 336, 339 f.

141 Siehe oben I. 1. a) cc).

erklärung nach Art. 47 Abs. 1 Satz 1 EGBGB *nicht* abgibt, wird unter dem Schlagwort „Zwangsgleichung“ diskutiert.¹⁴²

(i) Angleichung des Vatersnamens in zweiten Vornamen

Nach der – auch vom *Verfasser* vertretenen¹⁴³ – Ansicht bleibt im Falle eines Eingangsstatutenwechsels ohne Erklärung nach Art. 47 Abs. 1 Satz 1 EGBGB der dem deutschen Sachrecht unbekanntes Vatersname zwar seinem Namenswortlaut nach erhalten; er muss aber an die Kategorien des deutschen Namenssachrechts angepasst und damit zwangsweise in einen zweiten Vornamen angeglichen werden.¹⁴⁴ In Beispielsfall 6 führt dies dazu, dass der bisherige Vatersname „*Naydenova*“ infolge der Rechtswahl deutschen Rechts nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) ohne Angleichungserklärung nach Art. 47 Abs. 1 Satz 1 EGBGB automatisch zu einem zweiten Vornamen wird und als solcher die Adoption überdauert.

(ii) Anpassung durch Wegfall des Vatersnamens

Nach Ansicht des BGH¹⁴⁵ und Teilen des Schrifttums¹⁴⁶ behält der Vatersname hingegen auch unter dem neuen deutschen Namensstatut seine rechtliche Eigenschaft und Funktion *als Vatersname*. Der BGH bleibt dabei freilich eine Antwort schuldig, welchen rechtlichen Regeln der Vatersname künftig unterliegen soll, insbesondere hinsichtlich der Frage, welche Auswirkungen ein familienrechtliches Statusereignis – wie die Adoption – auf den bisherigen Vatersnamen hat.¹⁴⁷ Das über Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) berufene deutsche Namenssachrecht kennt den Vatersnamen als dritte Namenskategorie nicht und enthält für diesen konsequenterweise auch keine rechtlichen Regelungen.¹⁴⁸ Das bulgarische Namenssachrecht enthält für den Vatersnamen zwar rechtliche Regelungen,¹⁴⁹ ist aber infolge der (auch den Vatersnamen umfassenden¹⁵⁰) Rechtswahl deutschen Rechts nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) aus Sicht der deutschen Rechtsordnung auf diesen nicht mehr anwendbar.¹⁵¹

Für die Ausfüllung dieses – auf Grundlage der Ansicht des BGH¹⁵² bestehenden – vollständigen Normenmangels sollte man sich im Wege der Anpassung¹⁵³ an den Wertungen des deutschen Namenssachrechts orientieren: Durch § 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB soll nicht nur positiv die Zugehörigkeit des Anzunehmenden zur neuen Familie äußerlich verlautbart, sondern auch negativ das Namensband zur bisherigen Familie gekappt werden.¹⁵⁴ Diesem Zweck des § 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB widerspricht es, wenn der bisherige Vatersname, mit dem ja die Zugehörigkeit zur bisherigen Familie nach außen gekennzeichnet wird, unverändert fortbestehen bliebe.¹⁵⁵ Dies spricht dafür, in Beispielsfall 6 auf Grundlage der Ansicht des BGH den Vatersnamen „*Naydenova*“ durch die Adoption gemäß § 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB (analog) kraft Gesetzes entfallen zu lassen.¹⁵⁶ Mangels Regelung im deutschen Namenssachrecht wird er auch nicht durch einen aktualisierten, vom Vornamen des Annehmenden „*Karl*“ abgeleiteten Vatersnamen („*Karlov*“) ersetzt.¹⁵⁷

Die Aussage des BGH, dass der Eingangsstatutenwechsel den Namenswortlaut des Vatersnamens unverändert lässt,¹⁵⁸ steht dieser Lösung nicht entgegen: Der Verlust des Vatersnamens „*Naydenova*“ wird nämlich nicht durch die Rechtswahl nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) ausgelöst, sondern erst durch das die Verwandtschaft ändernde Statusereignis Adoption. Will die Anzunehmende den Verlust des Namensbestandteils „*Naydenova*“ verhindern, so kann sie dies auf Grundlage der Ansicht des BGH nur erreichen, wenn sie diesen Namensbestandteil gemäß Art. 47 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EGBGB zum weiteren Vornamen erklärt.¹⁵⁹

c) Nachteile des „Heimwärtsstrebens“

Das „Heimwärtsstreben“ durch eine Rechtswahl deutschen Namensrechts nach Art. 10 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EGBGB (analog) in Beispielsfall 6 folgt dem Prinzip „lieber das eigene Recht richtig als vielleicht ein fremdes Recht ganz falsch anwenden“,¹⁶⁰ freilich um den Preis, dass der aufgrund der Rechtswahl deutschen Rechts nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) bestimmte Familienname im Heimatstaat möglicherweise nicht anerkannt wird¹⁶¹ – was zur Folge hätte, dass der in Deutschland zu führende Familienname von dem Namen abweicht, der in den Ausweisdokumenten des

142 BeckOK-BGB/Mäsch, Art. 47 EGBGB Rdnr. 13; Krömer, StAZ 2019, 56, 57; Wall, StAZ 2015, 363, 364; Wall, StAZ 2016, 327, 328.

143 Wall, StAZ 2015, 363, 366 f.

144 Henrich, StAZ 2007, 197, 201; Hepting, StAZ 2008, 161, 176; Hochwald, StAZ 2010, 335, 336; Rauhmeier, StAZ 2010, 337, 338.

145 BGH, Beschluss vom 19.02.2014, XII ZB 180/12, NJW 2014, 1383 Rdnr. 26–31.

146 MünchKomm-BGB/Lipp, Art. 10 EGBGB Rdnr. 50; Staudinger/Hausmann, Art. 47 EGBGB Rdnr. 28, 31, 48 f.; Krömer, StAZ 2023, 56, 58; Prinz von Sachsen Gessaphe, StAZ 2015, 65, 73; Solomon, StAZ 2018, 265, 271 ff.

147 Krömer, StAZ 2019, 56, 57; Solomon, StAZ 2018, 265, 272; Wall, StAZ 2015, 363, 366; Wall, StAZ 2016, 327, 329.

148 Krömer, StAZ 2019, 56, 57; Solomon, StAZ 2018, 265, 272; Wall, StAZ 2015, 363, 366; Wall, StAZ 2016, 327, 329.

149 Siehe oben II. 3. a) aa) und Fn. 124 ff.

150 Siehe oben II. 3. a) und Fn. 134.

151 Solomon, StAZ 2018, 265, 273; Wall, StAZ 2015, 363, 366; Wall, StAZ 2016, 327, 329; a. A. Hepting/Dutta, Familie und Personalstand, Rdnr. II-300.

152 Siehe oben Fn. 145.

153 Siehe hierzu allgemein Kropholler, IPR, § 34 IV 2, S. 238.

154 AG Nürnberg, Beschluss vom 25.09.2010, XVI 57/09, FamRZ 2011, 308, 309; Krömer, StAZ 2019, 56, 58.

155 AG Nürnberg, Beschluss vom 25.09.2010, XVI 57/09, FamRZ 2011, 308, 309 f.; Krömer, StAZ 1998, 21, 22; Krömer, StAZ 2019, 56, 58.

156 Vgl. AG Nürnberg, Beschluss vom 25.09.2010, XVI 57/09, FamRZ 2011, 308, 309 f.; Staudinger/Henrich, Art. 22 EGBGB Rdnr. 56; Krömer, StAZ 1998, 21, 22; Krömer, StAZ 2019, 56, 58.

157 Krömer, StAZ 2019, 56, 58.

158 BGH, Beschluss vom 19.02.2014, XII ZB 180/12, NJW 2014, 1383, Rdnr. 17.

159 Siehe oben II. 3. b) aa) und Fn. 138.

160 Krömer, StAZ 2022, 250, 251, Fn. 4.

161 Siehe unten III. 3.

Heimatstaats eingetragen ist.¹⁶² Der Notar sollte die Beteiligten auf diese Konsequenzen hinweisen und dies in der Urkunde dokumentieren.¹⁶³

III. Bindung an die gerichtliche Namensbestimmung

Bei Inlandsadoptionen stellen deutsche Gerichte häufig den neuen Geburtsnamen des Anzunehmenden ausdrücklich fest,¹⁶⁴ obwohl dies jedenfalls im Falle eines Namenserwerbs kraft Gesetzes nach § 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB streng genommen überflüssig und nirgendwo gesetzlich vorschrieben ist.¹⁶⁵ Im Rahmen eines Adoptionsantrags sollte beim Amtsgericht – Familiengericht – auch in Fällen mit Auslandsbezug ein Ausspruch zum Familiennamen des Anzunehmenden ausdrücklich beantragt werden, um zumindest eine Bindung inländischer Behörden an diese Namensbestimmung nach folgenden Grundsätzen zu erreichen.

1. Isolierte Anfechtbarkeit der gerichtlichen Namensbestimmung

Gemäß § 197 Abs. 3 Satz 1 FamFG ist der Beschluss, durch den das Familiengericht die Annahme als Kind ausspricht, nicht anfechtbar. Die Unanfechtbarkeit nach § 197 Abs. 3 Satz 1 FamFG erstreckt sich jedoch nicht auf die gerichtliche Bestimmung des neuen Familiennamens des Angenommenen,¹⁶⁶ sodass dieser eine im Adoptionsbeschluss aufgrund fehlerhafter Rechtsanwendung ausgesprochene Namensbestimmung isoliert anfechten kann.¹⁶⁷

2. Bindung des deutschen Standesamts

a) Reichweite der Bindung an den Adoptionsbeschluss

Das mit der Folgebeurkundung zum Geburtenregistereintrag nach § 27 Abs. 3 Nr. 1 PStG¹⁶⁸ befasste deutsche Stan-

desamt ist an den im Adoptionsbeschluss bestimmten Namen des Angenommenen grundsätzlich gebunden¹⁶⁹ und hat die Namensführung im Geburtenregister so einzutragen, wie sie im Adoptionsbeschluss enthalten ist.¹⁷⁰ Das Standesamt ist auch nicht beschwerdeberechtigt, um den Adoptionsbeschluss hinsichtlich der darin enthaltenen Namensbestimmung anzufechten.¹⁷¹ Auch das Amtsgericht, das im personenstandsrechtlichen Verfahren nach §§ 48 ff. PStG mit der Überprüfung der standesamtlichen Folgebeurkundung befasst wird, ist an den im Adoptionsbeschluss bestimmten Namen gebunden.¹⁷²

Eine Bindung des Standesamts bzw. Personenstandsgerichts an den im Adoptionsbeschluss ausgesprochenen Namen scheidet nur ausnahmsweise dann aus, wenn der Adoptionsbeschluss hinsichtlich des Ausspruchs des Familiennamens nicht nur rechtsfehlerhaft, sondern sogar nichtig ist.¹⁷³ Nur in diesen Fällen der Nichtigkeit muss das Standesamt den Namen im Geburtenregister eintragen,

162 jurisPK-BGB/*Janal*, Art. 10 EGBGB Rdnr. 15.

163 Formulierungsvorschlag *Wall*, MittBayNot 2023, 336, 338 f.

164 *Hepting/Dutta*, Familie und Personenstand, Rdnr. V-429; *Staudinger/Helms*, § 1757 Rdnr. 14; *Wall*, StAZ 2021, 347, 351.

165 BeckOGK-BGB/*Löhnig*, § 1757 Rdnr. 15; *Frank*, StAZ 2008, 1, 4; *Frank*, StAZ 2008, 65, 70; *Wall*, StAZ 2021, 347, 351.

166 BGH, Beschluss vom 13.05.2020, XII ZB 427/19, FamRZ 2020, 1275 Rdnr. 12-16; BeckOGK-BGB/*Löhnig*, § 1757 Rdnr. 18, 18.1; *Maurer*, FamRZ 2009, 440, 440; ebenso zur inhaltlich identischen Vorgängervorschrift des § 56e Satz 3 FGG OLG Zweibrücken, Beschluss vom 29.11.2000, 3 W 255/00, StAZ 2001, 140, 140 f.; OLG Köln 30.12.2002, 16 W 240/02, FamRZ 2003, 1773, 1773 f.; *Frank*, StAZ 2008, 1, 6; *Henrich*, IPRax 1998, 96, 97.

167 OLG Köln, Beschluss vom 30.12.2002, 16 Wx 240/02, FamRZ 2003, 1773, 1773 f.; OLG München, Beschluss vom 20.09.2021, 16 UF 764/21, FamRZ 2022, 874, 875; *Hepting/Dutta*, Familie und Personenstand, Rdnr. V-431; *Staudinger/Helms*, § 1757 Rdnr. 17.

168 Siehe hierzu OLG Hamm, Beschluss vom 30.04.2014, I-15 W 358/13, StAZ 2015, 83, 83; OLG Dresden, Beschluss vom 23.09.2022, 21 W 32/22, FamRZ 2023, 426, 427; *Gaaz/Bornhofen/Lammers/Lammers*, PStG, 5. Aufl. 2020, § 27 Rdnr. 49; *Hepting/Dutta*, Familie und Personenstand, Rdnr. V-426.

169 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30.01.1997, 11 Wx 42/96, FamRZ 1999, 252, 253; Beschluss vom 06.10.1999, 11 Wx 56/99, StAZ 1999, 372, 372; BayObLG, Beschluss vom 12.06.2002, 1 Z BR 56/01, FamRZ 2002, 1649, 1649; Beschluss vom 23.09.2004, 1 Z BR 80/04, FamRZ 2005, 1010, 1010 f.; OLG Hamm, Beschluss vom 16.02.2010, I-15 Wx 246/09, StAZ 2010, 180, 181; OLG Hamburg, Beschluss vom 06.01.2011, 2 Wx 34/10, StAZ 2011, 334, 335; OLG Hamm, Beschluss vom 30.04.2014, I-15 W 358/13, StAZ 2015, 83, 84; OLG Dresden, Beschluss vom 23.09.2022, 21 W 32/22, FamRZ 2023, 426, 426; *Erman/Teklote*, BGB, § 1757 Rdnr. 14; *Hepting/Dutta*, Familie und Personenstand, Rdnr. V-431, V-481; *Frank*, StAZ 2008, 1, 5; *Frank*, StAZ 2008, 65, 71; *Henrich*, IPRax 1998, 96, 97; *Hochwald*, StAZ 2008, 115, 115; *Kissner*, StAZ 2012, 58, 59; *Kraus*, StAZ 2011, 346, 347; *Krömer*, StAZ 2021, 284, 285; *Maurer*, FamRZ 2009, 440, 441; *Wall*, StAZ 2011, 203, 205; *Wall*, StAZ 2016, 217, 217; *Wall*, StAZ 2021, 347, 351; *Zschiebsch*, notar 2017, 195, 203.

170 OLG Hamburg, Beschluss vom 06.01.2011, 2 Wx 34/10, StAZ 2011, 334, 335.

171 *Hepting/Dutta*, Familie und Personenstand, Rdnr. V-431; *Frank*, StAZ 2008, 1, 5 f.; *Kissner*, StAZ 2009, 316.

172 BayObLG, Beschluss vom 12.06.2002, 1 Z BR 56/01, FamRZ 2002, 1649, 1650; Beschluss vom 23.09.2004, 1 Z BR 80/04, FamRZ 2005, 1010, 1011; OLG Hamm, Beschluss vom 16.02.2010, I-15 Wx 246/09, StAZ 2010, 180, 181; AG Gießen, Beschluss vom 17.03.2009, 22 III 24/08, StAZ 2010, 15, 15; *Staudinger/Hausmann*, Art. 10 EGBGB Rdnr. 446; *Frank*, StAZ 2008, 1, 5; *Henrich*, IPRax 1998, 96, 97; *Maurer*, FamRZ 2009, 440, 441.

173 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 23.12.1998, 4 W 7/97, FamRZ 2000, 115, 116; Beschluss vom 06.10.1999, 11 Wx 56/99, StAZ 1999, 372, 372 f.; BayObLG, Beschluss vom 12.06.2002, 1 Z BR 56/01, FamRZ 2002, 1649, 1649; Beschluss vom 23.09.2004, 1 Z BR 80/04, FamRZ 2005, 1010, 1010 f.; OLG Hamm, Beschluss vom 30.04.2014, I-15 W 358/13, StAZ 2015, 83, 84; OLG Dresden, Beschluss vom 23.09.2022, 21 W 32/22, FamRZ 2023, 426, 426; AG Gießen, Beschluss vom 17.03.2009, 22 III 24/08, StAZ 2010, 15, 15; *Hepting/Dutta*, Familie und Personenstand, Rdnr. V-430; *Müller/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira/Müller-Engels*, Adoptionsrecht in der Praxis, Rdnr. 362; *Frank*, StAZ 2008, 1, 4 f.; *Krömer*, StAZ 2021, 284, 285; *Maurer*, FamRZ 2009, 440, 441.

der sich aus dem Gesetz selbst ergibt, und nicht den, der im Adoptionsbeschluss steht.¹⁷⁴

b) Fälle der Nichtigkeit gerichtlicher Namensbestimmung

Um die Rechtskraft gerichtlicher Entscheidungen nicht zu unterlaufen, kann ein Adoptionsbeschluss jedoch nur dann als nichtig angesehen werden, wenn ein besonders schwerer Mangel vorliegt, der aus Gründen der Rechtsklarheit zudem offenkundig sein muss.¹⁷⁵ Hinsichtlich der Namensführung ist der Adoptionsbeschluss nichtig, wenn es an jeder gesetzlichen Grundlage für die Entscheidung fehlt oder wenn die Entscheidung eine der Rechtsordnung ihrer Art nach unbekannte Rechtsfolge ausspricht.¹⁷⁶ In Fällen ohne Auslandsbezug wird dabei kontrovers diskutiert, ob ein Adoptionsbeschluss, der die unveränderte Weiterführung des bisherigen Geburtsnamens des Angenommenen ausspricht, wegen Verstoßes gegen die strikte Rechtsfolge des § 1757 Abs. 1 Satz 1 BGB nichtig¹⁷⁷ oder nur rechtsfehlerhaft, aber wirksam (und damit für das Standesamt bindend) ist.¹⁷⁸

174 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 23.12.1998, 4 W 7/97, FamRZ 2000, 115, 116; *Hepting/Dutta*, Familie und Personenstand, Rdnr. V-430; *Staudinger/Helms*, § 1757 Rdnr. 15; *Frank*, StAZ 2008, 1, 4; *Kampe*, StAZ 2008, 184, 185; *Keuter*, FamRZ 2021, 165, 169.

175 *Hochwald*, StAZ 2007, 346, 347; *Kissner*, StAZ 2004, 189, 192; *Krömer*, StAZ 2021, 155, 156; *Wall*, StAZ 2012, 280, 280; *Wall*, StAZ 2016, 27, 29.

176 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 23.12.1998, 4 W 7/97, FamRZ 2000, 115, 115; Beschluss vom 06.10.1999, 11 Wx 56/99, StAZ 1999, 372, 372 f.; BayObLG, Beschluss vom 12.06.2002, 1 Z BR 56/01, FamRZ 2002, 1649, 1650; Beschluss vom 23.09.2004, 1 Z BR 80/04, FamRZ 2005, 1010, 1011; OLG Hamm, Beschluss vom 16.02.2010, I-15 Wx 246/09, StAZ 2010, 180, 181; OLG Hamburg, Beschluss vom 06.01.2011, 2 Wx 34/10, StAZ 2011, 334, 335; OLG Hamm, Beschluss vom 30.04.2014, I-15 W 358/13, StAZ 2015, 83, 84; OLG Dresden, Beschluss vom 23.09.2022, 21 W 32/22, FamRZ 2023, 426, 426.

177 Hierfür OLG Karlsruhe, Beschluss vom 23.12.1998, 4 W 7/97, FamRZ 2000, 115, 115 f.; Beschluss vom 06.10.1999, 11 Wx 56/99, StAZ 1999, 372, 372 f.; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 10.06.2015, 3 W 55/13, StAZ 2016, 52, 53; BeckOGK-BGB/Löhnig, § 1757 Rdnr. 16.1; *Erman/Teklote*, BGB, § 1757 Rdnr. 14; *Hepting/Dutta*, Familie und Personenstand, Rdnr. V-405, V-432; *Staudinger/Helms*, § 1757 Rdnr. 15; *Müller/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira/Müller-Engels*, Adoptionsrecht in der Praxis, Rdnr. 362; *Kampe*, StAZ 2008, 184, 185; *Liermann*, FamRZ 2000, 722, 722 f.

178 Hierfür BayObLG, Beschluss vom 12.06.2002, 1 Z BR 56/01, FamRZ 2002, 1649, 1650; OLG Dresden, Beschluss vom 23.09.2022, 21 W 32/22, FamRZ 2023, 426, 427; LG Müns-ter, Beschluss vom 10.09.2009, 5 T 483/09, StAZ 2010, 113, 114; *Keuter*, FamRZ 2021, 165, 169; *Kraus*, StAZ 1996, 211, 212.

c) Keine Nichtigkeit bei Namensbestimmung mit Auslandsbezug

In Fällen mit Auslandsbezug wird man den Ausspruch zur Namensführung kaum jemals als nichtig ansehen können.¹⁷⁹ Bei der Namensbestimmung nach Maßgabe des Art. 10 EGBGB und eines danach ggf. berufenen ausländischen Namensrechts handelt es sich um schwierige Rechtsfragen, sodass die Fehlerhaftigkeit der Namensbestimmung in Fällen mit Auslandsbezug den für die Nichtigkeit erforderlichen Grad an Offenkundigkeit nicht erreicht.¹⁸⁰ Der Namensbestimmung im Adoptionsbeschluss kommt bei Adoptionen mit Auslandsbezug vielmehr die Bedeutung zu, namensrechtliche Fragen im Interesse aller Beteiligten abschließend zu klären¹⁸¹ und den Familiennamen des Anzunehmenden für den deutschen Rechtsbereich verbindlich festzulegen.

Der Ausspruch des Familiennamens des Anzunehmenden ist daher nicht nichtig – und damit für das mit der Folgebeurkundung der Adoption nach § 27 Abs. 3 Nr. 1 FamFG befasste Standesamt bindend, wenn

- das Familiengericht die Namensführung des Anzunehmenden nicht – wie dies rechtlich geboten wäre¹⁸² – dem Namensstatut des Art. 10 EGBGB, sondern stattdessen irrtümlich dem Adoptionsstatut des Art. 22 Abs. 1 Satz 1 EGBGB unterwirft,¹⁸³
- das Familiengericht in Beispielsfall 3, Variante 3¹⁸⁴ ausspricht, dass das Kind den Doppelnamen „Griffin-Adler“ nach englischem Namenssachrecht erhält und dabei übersieht, dass englisches Namensrecht gemäß Art. 10 Abs. 3 EGBGB nach der neueren Rechtsprechung des BGH¹⁸⁵ generell nicht mehr gewählt werden kann,
- das Familiengericht in Beispielsfall 4¹⁸⁶ ausspricht, dass der Anzunehmende seinen Familiennamen „Fischer“ nach dem gemäß Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) gewählten österreichischem Namenssachrecht behält und der mit der Folgebeurkundung befasste Standesbeamte – entgegen der hier vertretenen

179 So auch OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30.01.1997, 11 Wx 42/96, FamRZ 1999, 252, 253; OLG Hamm, Beschluss vom 30.04.2014, I-15 W 358/13, StAZ 2015, 83, 84; *Erman/Teklote*, BGB, § 1757 Rdnr. 14; *Hepting/Dutta*, Familie und Personenstand, Rdnr. V-433, V-481; *Staudinger/Helms*, § 1757 Rdnr. 16; *Wall*, StAZ 2011, 203, 205.

180 *Wall*, StAZ 2011, 203, 205.

181 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30.01.1997, 11 Wx 42/96, FamRZ 1999, 252, 253; *Staudinger/Hausmann*, Art. 10 EGBGB Rdnr. 446; *Wall*, StAZ 2016, 217, 217.

182 *Wall*, MittBayNot 2023, 336, 337 f. m. w. N. in Fn. 21, 33.

183 *Kraus*, StAZ 2011, 346, 347; *Krömer*, StAZ 2021, 284, 285.

184 Siehe oben I. 2.

185 Siehe oben I. 2. b) und Fn. 45.

186 Siehe oben II. 1. b).

Ansicht¹⁸⁷ – der Minderheitsansicht¹⁸⁸ folgen will, wonach eine Rechtswahl nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) bei der Volljährigenadoption generell nicht möglich ist.

3. Bindung ausländischer Behörden und Gerichte

a) Anerkennung nach IZPR-Grundsätzen

Hat das deutsche Amtsgericht den Familiennamen des Anzunehmenden im Adoptionsbeschluss bestimmt, so richtet sich dessen Anerkennung im Heimatstaat des Namensträgers nicht nach kollisionsrechtlichen Grundsätzen, sondern nach den Vorschriften des Heimatstaats über die IZPR-Anerkennung von Gerichtsentscheidungen.¹⁸⁹ Die Anerkennung des vom deutschen Amtsgericht bestimmten Familiennamens kann daher von Gerichten und Behörden des Heimatstaats des Anzunehmenden nur dann verweigert werden, wenn der Namensträger im Heimatstaat ein dort zur Anerkennung ausländischer Entscheidungen erforderliches Anerkennungsverfahren (Exequaturverfahren) nicht durchgeführt hat¹⁹⁰ oder wenn ein Anerkennungshindernis nach den Vorschriften des Internationalen Zivilprozessrechts (IZPR) des Heimatstaats besteht.

Letzteres wird nur dann der Fall sein, wenn (nach einer mit § 109 Abs. 1 Nr. 1 FamFG funktional vergleichbaren Vorschrift) eine internationale Zuständigkeit des deutschen Familiengerichts für den Ausspruch der Adoption aus Sicht der Rechtsordnung des Heimatstaats nicht besteht oder wenn (nach einer mit § 109 Abs. 1 Nr. 4 FamFG funktional vergleichbaren Vorschrift) der deutsche Adoptionsbeschluss gegen den verfahrensrechtlichen *ordre public* des Heimatstaats verstößt.¹⁹¹ Eine Prüfung der deutschen Entscheidung auf ihre inhaltliche Rechtmäßigkeit aus Sicht der Rechtsordnung des Heimatstaats findet hingegen nicht statt (Verbot der *révision au fond*, vgl. im deutschen IZPR § 109 Abs. 5 FamFG).

b) Der „europarechtliche Kontrollcheck“

Sofern der deutsche Adoptionsbeschluss hinsichtlich des Ausspruchs der Namensführung des Anzunehmenden nach dem nationalen IZPR des Heimatstaats nicht anerkannt werden kann, ist in Fällen mit Bezug zu einem anderen EU-Mitgliedstaat in einem „europarechtlichen Kontrollcheck“¹⁹² zu prüfen, ob dieses gefundene (Zwischen-)Er-

gebnis mit den Vorgaben des EuGH zum Freizügigkeitsrecht aus Art. 21 Abs. 1 AEUV vereinbar ist.¹⁹³

aa) „Hinkendes“ Namensverhältnis als Beschränkung des Freizügigkeitsrechts

Nach Ansicht des EuGH führt eine unterschiedliche Namensführung in verschiedenen Mitgliedstaaten zu einer Beschränkung des Freizügigkeitsrechts des Unionsbürgers aus Art. 21 Abs. 1 AEUV,¹⁹⁴ sodass „hinkende“ Namensverhältnisse innerhalb der EU europarechtlich grundsätzlich verboten sind¹⁹⁵ und aus Art. 21 Abs. 1 AEUV für den Unionsbürger ein subjektives Recht auf „Einnamigkeit“¹⁹⁶ innerhalb der EU folgt. Im Falle einer divergierenden Namensführung in verschiedenen Mitgliedstaaten hat der Namensträger ein Wahlrecht, aus Sicht welcher mitgliedstaatlichen Rechtsordnung er seinen Namen einheitlich in allen Mitgliedstaaten führen möchte.¹⁹⁷ In Beispielsfall 5 und Beispielsfall 6 hat die Anzunehmende daher grundsätzlich ein Recht aus Art. 21 Abs. 1 AEUV, den durch das deutsche Familiengericht bestimmten Familiennamen („Fürstin von Sayn-Wittgenstein“ bzw. „Rauch“) auch im jeweiligen Heimatstaat führen zu dürfen.

bb) Rechtfertigung einer Beschränkung des Freizügigkeitsrechts

Eine Beschränkung des Freizügigkeitsrechts ist jedoch gerechtfertigt, wenn sie auf objektiven Erwägungen beruht und in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit dem nationalen Recht berechtigterweise verfolgten Zweck steht.¹⁹⁸ Lehnt ein Mitgliedstaat es ab, den nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaats geführten Namen anzuerkennen, kann dies durch mit der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) verbundene objektive Erwägungen gerechtfertigt

193 Zum (bis heute unveränderten) Stand der namensrechtlichen Rechtsprechung des EuGH siehe *Wall*, StAZ 2019, 225, 230-232.

194 EuGH, Urteil vom 02.10.2003, C-148/02 (Garcia Avello), StAZ 2004, 40 Rdnr. 36; Urteil vom 14.10.2008, C-353/06 (Grunkin-Paul), NJW 2009, 135 Rdnr. 23-28; Urteil vom 22.12.2010, C-208/09 (Sayn-Wittgenstein), FamRZ 2011, 1486 Rdnr. 55, 68-71; Urteil vom 12.05.2011, C-391/09 (Runevic-Vardyn), StAZ 2011, 274 Rdnr. 76; Urteil vom 02.06.2016, C-438/14 (Bogendorff von Wolfersdorff), NJW 2016, 2093 Rdnr. 37-47; Urteil vom 08.06.2017, C-541/15 (Freitag), NJW 2017, 3581 Rdnr. 36-39.

195 *Wall*, StAZ 2019, 225, 230 m. w. N. in Fn. 71.

196 Begriff nach *Wall*, StAZ 2009, 261, 262.

197 EuGH, Urteil vom 02.06.2016, C-438/14 (Bogendorff von Wolfersdorff), NJW 2016, 2093 Rdnr. 37, 47, 52-58; Urteil vom 08.06.2017, C-541/15 (Freitag), NJW 2017, 3581 Rdnr. 36-39; *Wall*, StAZ 2019, 225, 230 m. w. N. in Fn. 73.

198 EuGH, Urteil vom 14.10.2008, C-353/06 (Grunkin-Paul), NJW 2009, 135 Rdnr. 29; Urteil vom 22.12.2010, C-208/09 (Sayn-Wittgenstein), FamRZ 2011, 1486 Rdnr. 81; Urteil vom 12.05.2011, C-391/09 (Runevic-Vardyn), StAZ 2011, 274 Rdnr. 83; Urteil vom 02.06.2016, C-438/14 (Bogendorff von Wolfersdorff), NJW 2016, 2093 Rdnr. 48.

187 *Wall*, MittBayNot 2023, 336, 342 m. w. N. in Fn. 56.

188 AG Tostedt, Beschluss vom 03.07.2019, 14 F 264/18 AD, FamRZ 2019, 1550, 1550; *Hepting/Dutta*, Familie und Personenstand, Rdnr. V-475.

189 *Mansel/Thorn/Wagner*, IPRax 2010, 1, 6; *Wall*, StAZ 2010, 225, 228; *Wall*, StAZ 2011, 203, 205; *Wall*, StAZ 2019, 225, 231.

190 Vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30.01.1997, 11 Wx 42/96, FamRZ 1999, 252, 253 [Libanon]; *Wall*, StAZ 2016, 217, 218 [Türkei].

191 *Krömer*, StAZ 2019, 56, 59; *Wall*, StAZ 2011, 203, 205.

192 Begriff nach *Krömer*, StAZ 2019, 56, 58.

sein.¹⁹⁹ Bei Ausfüllung des Rechtsbegriffs der öffentlichen Ordnung gesteht der EuGH den Mitgliedstaaten zwar einen gewissen Beurteilungsspielraum zu;²⁰⁰ er behält sich aber eine Nachprüfung vor, ob ein Mitgliedstaat einen Verstoß gegen seine öffentliche Ordnung nur behauptet oder ob eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt.²⁰¹

(i) Verbot von Adelsprädikaten (Österreich)

Als legitimen Zweck für eine Beschränkung des Freizügigkeitsrechts hat der EuGH ein auf dem allgemeinen Gleichheitssatz beruhendes Verbot von Adelsprädikaten anerkannt.²⁰² In Beispielsfall 5 ist es daher europarechtlich zulässig, wenn österreichische Behörden die vom deutschen Amtsgericht ausgesprochene Namensführung „*Fürstin von Sayn-Wittgenstein*“ wegen Verstoßes gegen den österreichischen *ordre public* gemäß § 91a Abs. 2 Nr. 1 Außerstreugesetz (AußStrG) nicht anerkennen. Hieraus folgt ein dauerhaft „hinkendes“ Namensverhältnis: In Österreich lautet der Familienname der Anzunehmenden „*Sayn-Wittgenstein*“, in Deutschland „*Fürstin von Sayn-Wittgenstein*“.

Der Notar sollte die Anzunehmende auf die hiermit verbundenen praktischen Probleme hinweisen, insbesondere darauf, dass sie in Österreich vermutlich keine Ausweisdokumente auf den gewünschten Familiennamen „*Fürstin von Sayn-Wittgenstein*“ erhalten wird. Der Notar sollte als Gestaltungsalternative mit den Beteiligten auch erörtern, ob sie anlässlich der Adoption nicht freiwillig einen mit dem österreichischen Heimatrecht der Anzunehmenden kompatiblen Familiennamen wählen möchten, indem sie auf eine Rechtswahl deutschen Rechts nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) verzichten und es bei dem von Art. 10 Abs. 1 EGBGB berufenen österreichischen Heimatrecht belassen.

199 EuGH, Urteil vom 14.10.2008, C-353/06 (Grunkin-Paul), NJW 2009, 135 Rdnr. 38; Urteil vom 22.12.2010, C-208/09 (Sayn-Wittgenstein), FamRZ 2011, 1486 Rdnr. 85; Urteil vom 02.06.2016, C-438/14 (Bogendorff von Wolfersdorff), NJW 2016, 2093 Rdnr. 66.

200 EuGH, Urteil vom 22.12.2010, C-208/09 (Sayn-Wittgenstein), FamRZ 2011, 1486 Rdnr. 87; Urteil vom 02.06.2016, C-438/14 (Bogendorff von Wolfersdorff), NJW 2016, 2093 Rdnr. 68.

201 EuGH, Urteil vom 22.12.2010, C-208/09 (Sayn-Wittgenstein), FamRZ 2011, 1486 Rdnr. 86; Urteil vom 02.06.2016, C-438/14 (Bogendorff von Wolfersdorff), NJW 2016, 2093 Rdnr. 67.

202 EuGH, Urteil vom 22.12.2010, C-208/09 (Sayn-Wittgenstein), FamRZ 2011, 1486 Rdnr. 89 [zu §§ 1, 4 österreichisches Adelsaufhebungsgesetz]; Urteil vom 02.06.2016, C-438/14 (Bogendorff von Wolfersdorff), NJW 2016, 2093 Rdnr. 65, 69-71 [zu Art. 123 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 109 Abs. 3 Satz 2 WRV].

(ii) Verbot der Volljährigenadoption (Bulgarien)

Bisher vom EuGH noch nicht entschieden wurde, ob eine Beschränkung des Freizügigkeitsrechts aus Art. 21 Abs. 1 AEUV auch dann gerechtfertigt ist, wenn das „hinkende“ Namensverhältnis seinerseits darauf beruht, dass der Heimatstaat das der Namensführung zugrunde liegende familienrechtliche Statusereignis nicht anerkennt.²⁰³ Eine solche Fallkonstellation könnte in Beispielsfall 6 eintreten, wenn der Heimatstaat Bulgarien die vom deutschen Amtsgericht ausgesprochene Volljährigenadoption als solche und auch die hierauf aufbauende Namensbestimmung „*Rauch*“ wegen Verstoßes gegen den bulgarischen *ordre public* nicht anerkennen sollte.²⁰⁴

Ob aus Art. 21 Abs. 1 AEUV die Verpflichtung eines Mitgliedstaats zur „Anerkennung“ eines im EU-Ausland begründeten familienrechtlichen Statusverhältnisses als solchem (etwa einer Volljährigenadoption) folgt, hat der EuGH bisher noch nicht ausdrücklich entschieden; die Reichweite der EuGH-Urteile „*Coman*“²⁰⁵ und „*V. M. A./Pancharevo*“²⁰⁶ erscheint insoweit unklar.²⁰⁷ Auch wenn der Heimatstaat Bulgarien in Beispielsfall 6 europarechtlich nicht gehindert sein sollte, dem durch die Adoption begründeten Eltern-Kind-Verhältnis als solchem die Anerkennung zu verweigern, folgt hieraus jedoch nicht, dass der Heimatstaat Bulgarien auch berechtigt ist, der vom deutschen Amtsgericht ausgesprochenen Namensführung der Anzunehmenden die Anerkennung zu verweigern: Die Anerkennung des Statusverhältnisses „Adoption“ und die Anerkennung der Namensführung lassen sich logisch voneinander trennen, so dass die Nichtanerkennung der Namensführung im Hinblick auf das Freizügigkeitsrecht des Art. 21 Abs. 1 AEUV einer gesonderten Rechtfertigung bedarf und nicht automatisch aus der Nichtanerkennung des Statusverhältnisses abgeleitet werden kann.²⁰⁸

203 Krömer, StAZ 2019, 56, 60; Wall, StAZ 2021, 202, 208.

204 Vgl. Krömer, StAZ 2019, 56, 60.

205 EuGH, Urteil vom 05.06.2018, C-673/16 (Coman), FamRZ 2018, 1063 Rdnr. 37-45.

206 EuGH, Urteil vom 14.12.2021, C-490/20 (V. M. A./Pancharevo), FamRZ 2022, 281 Rdnr. 68.

207 Wall, StAZ 2022, 118, 119 f. m. w. N. in Fn. 26, 33; speziell zu EuGH, Urteil vom 05.06.2018, C-673/16 (Coman), FamRZ 2018, 1063: Hübner, FamRZ 2022, 585, 585; Wall, StAZ 2019, 225, 228 m. w. N. in Fn. 49, 51; Wall, StAZ 2021, 202, 206 m. w. N. in Fn. 65, 68; speziell zu EuGH, Urteil vom 14.12.2021, C-490/20 (V. M. A./Pancharevo), FamRZ 2022, 281: Flindt, FamRZ 2022, 286, 288; Hübner, FamRZ 2022, 585, 588 f.; Wall, StAZ 2022, 118, 120.

208 Wall, StAZ 2021, 202, 208.

Die grundbuchverfahrensrechtlichen Übergangsregelungen des MoPeG

Von Rechtspflegerat und Bezirksrevisor **Harald Wilsch**, München



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Die umfangreiche obergerichtliche Rechtsprechung zur GbR im Grundbuchverfahren korrespondiert mit der großen Anzahl von BGB-Gesellschaften im Grundbuch, eingetragen als Berechtigter eines dinglichen Rechts oder als Eigentümer einer Immobilie. In der Grundbuchpraxis überwiegt die Eigentümereintragung der GbR. Die große Verbreitung der GbR im Grundbuch bringt die Notwendigkeit von Übergangsregelungen mit sich, mit denen die Bestandsgesellschaften einheitlich und effektiv in das neue Recht überführt werden können. Diese Aufgabe fällt der Übergangsregelung in Art. 229 § 21 EGBGB zu.

I. Übergangsregelung für Bestandsgesellschaften nach Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB

1. Übergangsregelung nach Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB: doppelte Verfahrensschleife

Die Übergangsregelung in Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB gibt ein anlassbezogenes Verfahren vor. Für die Grundbuchämter ist dabei bedeutsam, dass die Übergangsregelung von ihnen nicht verlangt, den gesamten Eintragungsbestand nach GbRs zu durchforsten und von Amts wegen einzuschreiben.¹ Eine Amtsberichtigung der GbR-Grundbücher findet folglich nicht statt,² was sich auch besser in das Konzept der freiwilligen Gerichtsbarkeit fügt. Ebenso wenig sind die Gesellschaften verpflichtet,³ eine Eintragung im Gesellschaftsregister zu veranlassen, sofern keine Eintragung im Grundbuch erfolgen soll. Das Übergangsrecht in Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB erfordert eine konkrete Verfügung über ein Recht der Gesellschaft. Eintragungen in das Grundbuch, die ein Recht einer GbR betreffen, sollen nicht erfolgen, solange die Gesellschaft nicht im Gesellschaftsregister und daraufhin nach den geänderten Vorschriften (§ 47 Abs. 2 GBO⁴) im Grundbuch eingetragen ist.⁵ Die GbR, die über ein dingliches Recht im Grundbuch verfügen möchte, wird damit in eine doppelte Verfahrensschleife geschickt, da sie zunächst im Gesellschaftsregister und danach als eGbR im Grundbuch eingetragen werden muss. Solange die Registrierung im Gesellschaftsregister und die folgende Berichtigung des Grundbuchs nicht erfolgt sind, kann die

Eintragung im Grundbuch nicht vollzogen werden.⁶ Verfügungen über das Recht der GbR sind somit blockiert, womit beträchtliche Verzögerungen verbunden sein können. Die Materialien nennen eine Veräußerung durch die GbR;⁷ betroffen sind jedoch alle weiteren Verfügungen über ein Recht der GbR, etwa die Übertragung, Belastung, Rangänderung, Inhaltsänderung oder Löschung.⁸ Nicht erfasst sind aber Grundpfandrechte, die im Grundbuch der GbR eingetragen sind und von einer Bank an eine andere Bank abgetreten werden sollen.⁹ Das Eigentumsrecht der Gesellschaft ist in diesem Fall nicht betroffen; die Abtretung spielt sich zwischen dem Zedenten und dem Zessionar ab. Mit der Aufteilung eines Grundstücks der Gesellschaft nach § 8 WEG wird hingegen über ein Recht der Gesellschaft verfügt, sodass die Übergangsregelung in Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB zur Anwendung gelangt.¹⁰

Die doppelte Verfahrensschleife stellt der Gesetzgeber¹¹ in den Dienst des Rechtsverkehrs, dessen Interesse an Transaktionssicherheit Rechnung zu tragen ist, insbesondere vor dem Hintergrund des weggefallenen § 899a BGB.¹²

2. § 40 Abs. 1 GBO analog für Übertragungen oder Aufhebungen einer aus dem Grundbuch ausscheidenden Gesellschaft?

Ob die doppelte Verfahrensschleife des Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB auch bei Übertragungen oder Aufhebungen eines Rechts der Gesellschaft greift, wird bereits seit dem Mauracher Entwurf kontrovers diskutiert.¹³ Scheidet die Gesellschaft aus dem Grundbuch aus, erscheint die Voreintragungsobliegenheit im Gesellschaftsregister und Grundbuch

1 Herrler, ZGR 2021, Sonderheft 23, S. 39, 67.

2 Ebenso Herrler, ZGR 2021, Sonderheft 23, S. 39, 67; Aumann, notar 2022, 99, 103.

3 Wertenbruch, GmbHR 2021, R226.

4 Zur Neufassung des § 47 Abs. 2 GBO vgl. BR-Drucks. 59/21, S. 219.

5 Vgl. auch Wobst, ZPG 2023, 58, 59.

6 BR-Drucks. 59/21, S. 247, 248; Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 323; Bärwaldt/Richter, DB 2021, 2476, 2480; Herrler, ZGR 2021, Sonderheft 23, S. 39, 67; Schäfer, Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft: GbR, PartG, 9. Aufl. 2023, § 707 Rdnr. 39; Schäfer/Hermanns, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2023, § 2 Rdnr. 41; Wobst, ZPG 2023, 58, 59.

7 BR-Drucks. 59/21, S. 248; für Veräußerung vgl. auch Schäfer/Hermanns, Das neue Personengesellschaftsrecht, § 2 Rdnr. 42.

8 Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 328; Wilsch, ZfIR 2020, 521, 525.

9 Zur Fragestellung im Gesetzgebungsverfahren vgl. Wilsch, ZfIR 2020, 521, 524, 525.

10 Wilsch, ZfIR 2020, 521, 525.

11 BR-Drucks. 59/21, S. 248.

12 BR-Drucks. 59/21, S. 248.

13 Wilsch, ZfIR 2020, 521, 524; Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 329.

besonders diskussionswürdig. Zur Entlastung schlägt ein Teil der Literatur¹⁴ vor, den Voreintragungsverzicht nach § 40 Abs. 1 GBO nutzbar zu machen. Die Voreintragungsobliegenheit im Gesellschaftsregister und im Grundbuch greife nicht ein, wenn die Übertragung des Rechts der GbR oder die Aufhebung des Rechts der GbR eingetragen werden soll, § 40 Abs. 1 GBO analog.¹⁵ Dabei wird auch die vermeintliche Ähnlichkeit zwischen der Erbfolge und der Berichtigung auf die eGbR herausgestellt.¹⁶ Die Gegenauffassung¹⁷ widerspricht diesem Analogieschluss. Eine Rechtsnachfolge liege nicht vor,¹⁸ der Gesetzgeber habe sich mit Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB bewusst gegen die Ausnahme entschieden.¹⁹ Im Übrigen Sorge die Regelung für eine gesteigerte Transaktionssicherheit.²⁰ Gerade bei Ehegatten-GbRs, die nur aus zwei Personen bestehen, oder Familien-GbRs, die sich ebenfalls in engen Grenzen bewegen, überzeugt dieses Argument nicht, da vollständige Klarheit über den Bestand der Gesellschafter herrscht. Im Falle einer Ehegatten-GbR, die sich im Scheidungsverfahren auseinandersetzt, kann durch die Registrierung und Grundbucheintragung nicht mehr Transaktionssicherheit gewonnen werden, da persönliche und wirtschaftliche Identität besteht.²¹ Gutgläubensschutz gewährt das Gesetz insoweit nicht. Gleiches gilt für eine Familien-GbR, die sich auseinandersetzen bzw. die Immobilie auf einen der Gesellschafter übertragen möchte. Ins Gewicht fällt ferner, dass die Voreintragung in diesen Fällen besonders unverhältnismäßig²² wäre: Registrierung, Grundbucheintragung, gefolgt von der unmittelbaren Löschung der Ehegatten-GbR bzw. Familien-GbR im Gesellschaftsregister. Die hybride²³ Konstruktion des Verfahrens lässt in diesen Fällen das Pendel in Richtung Richtigstellung ausschlagen. Der Voreintragungsgrundsatz ist gewahrt,²⁴ da der Berechtigte bereits eingetragen, ein Transaktionssicherheitsgewinn illusorisch ist und die Legitimationsprüfung nicht signifikant erleichtert

wird. Die Zwecke, die das Übergangsrecht verfolgt, können mit der doppelten Verfahrensschleife nicht erreicht werden. Eine Mediatisierung von Publizitätsschutz tritt in diesen Konstellationen nicht ein. Im Falle entsprechender Ehegatten- oder Familien-GbRs erscheint daher nicht ausgeschlossen, dass die Grundbuchpraxis zum vorgeschlagenen Voreintragungsverzicht nach § 40 Abs. 1 GBO optiert. Ein Verstoß gegen die Voreintragungsobliegenheit berührt allerdings die Wirksamkeit der Eintragung grundsätzlich nicht.²⁵ Die dennoch vorgenommene Eintragung ist wirksam und das Grundbuch wird durch die Verletzung der Voreintragungsobliegenheit nicht unrichtig. Daher kann allein der Verstoß²⁶ gegen Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB auch nicht die Eintragung eines Amtswiderspruchs nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO rechtfertigen. Ein Amtswiderspruch kommt nur dann in Betracht, falls das Grundbuch aus einem anderen Grund unrichtig geworden sein sollte. Die Beteiligten werden hierüber zu belehren sein, ob sie diese Verfahrensgestaltung wünschen oder doch lieber zur Registrierung und Voreintragung optieren wollen, um „mehr“ Gutgläubens- und Registrierungsschutz zu erhoffen. Dies deckt sich mit der Verfahrensweise, die bei der Veräußerung einer erblasserischen Immobilie durch die Erben an einen Dritten zu beschreiten ist.²⁷

3. Liquidationslose Vollbeendigung der Gesellschaft nach § 712a BGB

Eine Voreintragung nach Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB ist dagegen im Rahmen der liquidationslosen Vollbeendigung der Gesellschaft nach § 712a BGB nicht möglich. Da die Gesellschaft bereits erloschen und auch nicht mehr Eigentümer der Immobilie ist, kommt eine Registrierung im Gesellschaftsregister nicht mehr in Betracht,²⁸ ebenso wenig eine Eintragung der eGbR im Grundbuch. In der Konstellation des § 712a BGB steht das Eigentum nicht mehr der Gesellschaft, sondern dem verbliebenen Gesellschafter zu. Eine Eintragung der eGbR im Sinne von Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB hat vor diesem Hintergrund zu unterbleiben, da sie das Grundbuch unrichtig machen und zur Eintragung eines Amtswiderspruchs nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO führen würde. Eigentümer der Immobilie ist nicht mehr die Gesellschaft. Das Gesellschaftsvermögen ist bereits zum Zeitpunkt des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafter im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den verbleibenden Gesellschafter übergegangen, § 712a Abs. 1 Satz 2 BGB.²⁹

14 Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 329; Servatius, GbR, 2023, § 713 Rdnr. 14; zweifelnd Schäfer, Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft: GbR, PartG, § 707 Rdnr. 43.

15 Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 329.

16 Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 329.

17 Kratzlmeier, ZfIR 2023, 197, 203; Baschnagel/Hilser, notar 2023, 167, 174; Wobst, ZPG 2023, 58, 60.

18 Kratzlmeier, ZfIR 2023, 197, 203.

19 Wobst, ZPG 2023, 58, 60.

20 Zur Ermöglichung eines gutgläubigen Erwerbs Kratzlmeier, ZfIR 2023, 197, 203.

21 Vgl. zum Ausschluss gutgläubigen Erwerbs Grüneberg/Herrler, 82. Aufl. 2023, § 892 Rdnr. 6 und 7.

22 Ebenso Servatius, GbR, 2023, § 713 Rdnr. 14.

23 Richtigstellung und Berichtigung zugleich, eine Richtigstellung mit Mitteln des Berichtigungsverfahrens, die Grenze zwischen beiden Verfahren ist verschoben; zur grundsätzlichen Abgrenzung vgl. Holzer, Die Richtigstellung des Grundbuchs, 2005, S. 81 ff.

24 Zur lediglich unzutreffenden Darstellung des Berechtigten und zum Voreintragungsgrundsatz vgl. Beck'sches Notar-Handbuch/Wilsch, 7. Aufl. 2019, § 11 Rdnr. 149.

25 BR-Drucks. 59/21, S. 248; Herrler, ZGR 2021, Sonderheft 23, S. 39, 50, 61; Westermann/Wertenbruch/Heckschen/Knaier, Handbuch Personengesellschaften, Stand: September 2022, § 9 Rdnr. 230f.

26 Ebenso Herrler, ZGR 2021, Sonderheft 23, S. 39, 50 und 61; Westermann/Wertenbruch/Heckschen/Knaier, Handbuch Personengesellschaften, § 9 Rdnr. 230f.

27 Vgl. Beck'sches Notar-Handbuch/Wilsch, § 11 Rdnr. 149.

28 Ebenso gegen Registrierungsoption der Gesellschaft Kratzlmeier, ZfIR 2023, 197, 204.

29 Zur liquidationslosen Vollbeendigung einer Gesellschaft vgl. BGH, Beschluss vom 05.07.2018, V ZB 10/18, NZG 2018, 1148; zur Gesamtrechtsnachfolge vgl. auch Schäfer/Bergmann, Das neue Personengesellschaftsrecht, § 7 Rdnr. 24.

Eine Liquidation findet nicht statt.³⁰ Das Grundbuchamt kann und darf die „Gesellschaft“ deshalb nicht in die doppelte Verfahrensschleife schicken, eine vorherige Registrierung der GbR im Gesellschaftsregister und im Grundbuch scheidet aus.³¹ Die Umschreibung ist unmittelbar auf den neuen Rechtsträger vorzunehmen, ohne Registrierung und ohne Voreintragung der registrierten GbR. Für die Eigentumsumschreibung von der GbR auf den verbliebenen Gesellschafter fällt eine volle Eintragungsgebühr aus dem vollen Wert der Immobilie an,³² Nr. 14110 KV GNotKG.

4. Das Berichtigungsverfahren, Art. 229 § 21 Abs. 3 EGBGB

a) Grundbuchberichtigung und Berichtigungs-bewilligungen

Die Grundbucheintragung der eGbR anstelle der GbR markiert keinen Rechtsträgerwechsel, da die Gesellschaft unverändert Rechtsinhaber ist und sich nun lediglich im Registergewand präsentiert. Die Eintragung im Gesellschaftsregister bewirkt keine Grundbuchunrichtigkeit im Sinne von § 894 BGB, sondern belässt das Eigentum bzw. die Berechtigung am dinglichen Recht bei der Gesellschaft.³³ Eine Divergenz von Buch- und Rechtsstand³⁴ existiert nicht; es liegt nur eine richtigzustellende Tatsache vor, die den Anwendungsbereich des § 22 GBO grundsätzlich nicht öffnet.³⁵ Die abweichende Ansicht³⁶ verkennt zum einen die Abgrenzung von Berichtigung und Richtigstellung, zum anderen, dass in den hier besprochenen Fällen nur eine Tatsache Gegenstand des Verfahrens ist, nicht aber das materielle Eigentum oder die materielle Inhaberschaft an einem dinglichen Recht. Ein „Transfer“³⁷ gemäß Art. 229 § 21 Abs. 1 bis 3 EGBGB liegt nicht vor, da zwischen GbR und eGbR Identität besteht. Die Gesellschaft ist nunmehr allein im Gesellschaftsregister eingetragen und führt einen Namenszusatz. Dennoch behandelt das Übergangsrecht die Änderungseintragung wie eine Grundbuchberichtigung und sieht „im Interesse der Richtigkeitsgewähr“³⁸ die Korrektur³⁹ aufgrund von Berichtigungs-bewilligungen vor, vgl. Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 2 EGBGB. Daher sind die Berichtigungs-bewilligungen aller im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter erforderlich, vgl. Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 1 EGBGB, worin

ausdrücklich auf die Grundbuchsituation abgestellt wird,⁴⁰ komplettiert durch die Zustimmung der eGbR, vertreten durch die hierzu berufenen Gesellschafter der eGbR nach den Eintragungen im GbR-Register, sofern das Grundeigentum oder das Erbbaurecht der eGbR betroffen ist, Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 2 EGBGB i. V. m. § 22 Abs. 2 GBO.⁴¹ Daneben ist ein Berichtigungsantrag erforderlich, wie sich aus der Verweisung in Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 1 EGBGB auf § 13 GBO ergibt.⁴² Bei dinglichen Rechten der GbR (Grundpfandrechte, Dienstbarkeiten, Reallasten, Nießbrauchsrechte, Vorkaufsrechte, Dauerwohn- und -nutzungsrechte) genügt demnach die Berichtigungs-bewilligung aller im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter; die Gesellschaft muss insoweit nicht zustimmen. Eine Unbedenklichkeitsbescheinigung des FA kann für die Berichtigung nicht verlangt werden,⁴³ da sich das Eigentum an der Immobilie der Gesellschaft nicht ändert. Die Berichtigung auf die eGbR stellt keinen grunderwerbsteuerbaren Vorgang dar.⁴⁴ Nicht selten wird in der Praxis das Vollmachtenmodell greifen, wobei die Gesellschafter dem Notar Vollmacht zur Erteilung aller notwendigen Berichtigungs-bewilligungen erteilen, wovon dieser dann zu gegebener Zeit Gebrauch macht, auch für die eGbR. Gegen die Zulässigkeit eines solchen Modells bestehen keine Bedenken. Nichts anderes kann für ad hoc gegründete oder in der Erwerbsurkunde gegründete Gesellschaften gelten, die jedoch wegen § 47 Abs. 2 GBO erst nach der Eintragung im Gesellschaftsregister im Grundbuch eingetragen werden können.⁴⁵ Das materielle Recht wird hiervon nicht tangiert, sodass auch eine noch nicht

30 Schäfer/Bergmann, Das neue Personengesellschaftsrecht, § 7 Rdnr. 28.

31 Wie hier auch Kratzlmeier, ZfIR 2023, 197, 204.

32 Vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.01.1999, 10 W 113/98, NJW-RR 2000, 115.

33 Wilsch, ZfIR 2020, 521, 525.

34 Wilsch, Grundbuchordnung für Anfänger, 2. Aufl. 2017, Rdnr. 162.

35 Wilsch, ZfIR 2020, 521, 525.

36 Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 326, der sich gegen die Terminologie ausspricht.

37 Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 326 („Transfer“). Das Eigentum bzw. das dingliche Recht der Gesellschaft wird aber nicht transferiert, geht nicht auf die eGbR über.

38 So Herrler, ZGR 2021, Sonderheft 23, S. 39, 68.

39 Ebenso Kratzlmeier, ZfIR 2023, 197, 202.

40 Ebenso Wobst, ZPG 2023, 58, 59.

41 Die Zustimmung ist eine verfahrensrechtliche Erklärung und muss vom Grundbuchamt verlangt werden. Das materielle Recht wird hierdurch nicht berührt, insbesondere ist eine ohne Zustimmung vorgenommene Eintragung materiell-rechtlich wirksam, vgl. Lemke/Zimmer, GBO, 3. Aufl. 2022, § 22 Rdnr. 50. Zu weitreichend insoweit Schäfer, Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft: GbR, PartG, § 707 Rdnr. 42, der regelmäßig die Zustimmung nach § 22 Abs. 2 GBO einfordert, also für alle dinglichen Rechtspositionen der Gesellschaft. Ebenso zu weitreichend Westermann/Wertenbruch/Heckschen/Knaier, Handbuch Personengesellschaften, § 9 Rdnr. 230p, Zustimmung der einzutragenden Gesellschaft. Die Zustimmung ist aber nur bei der Richtigstellung des Eigentums erforderlich, vgl. § 22 Abs. 2 GBO, siehe auch Demharter, GBO, 33. Aufl. 2023, § 22 Rdnr. 1; ebenso Wobst, ZPG 2023, 58, 59.

42 Zur Anwendung von §§ 13 ff. GBO vgl. Herrler, ZGR 2021, Sonderheft 23, S. 39, 68; Schäfer, Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft: GbR, PartG, § 707 Rdnr. 39.

43 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 148; ebenso Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 327.

44 Zur grunderwerbsteuerfreien Eintragung einer Namens- oder Firmenänderung Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 148.

45 Schäfer/Hermanns, Das neue Personengesellschaftsrecht, § 2 Rdnr. 34; Wobst, ZPG 2023, 58, 60.

registrierte Gesellschaft den Kaufvertrag abschließen⁴⁶ und als Erwerber in Erscheinung treten kann. Die Gründung kann auch erst im Rahmen des Erwerbs erfolgen, die Rechtsfähigkeit⁴⁷ der Gesellschaft ist nicht von der Eintragung im Gesellschaftsregister abhängig. Durch Eigenurkunde⁴⁸ des Notars kann der Nachweis geführt werden, dass die Käufer-GbR mit der nunmehr im Gesellschaftsregister eingetragenen GbR identisch ist. Eine weitere Auflassungserklärung ist nicht erforderlich, vielmehr wird durch die Eigenurkunde die grundbuchverfahrensrechtliche Verklammerung hergestellt, um der erwerbenden Gesellschaft den Weg in das Grundbuch zu ebnen.

- b) Checkliste: GbR ist im Grundbuch als *Eigentümer* oder Erbbauberechtigter eingetragen, nun Berichtigung auf die eGbR

Checkliste für den grundbuchamtlichen Vollzug:

- Berichtigungsantrag, vgl. Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 1 EGBGB i. V. m. § 13 GBO
- Berichtigungsbewilligungen aller im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO, Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 2 EGBGB; abgestellt wird auf die Eintragung der Gesellschafter im Grundbuch,⁴⁹ nicht auf die Gesellschafter laut Gesellschaftsregister
- Zustimmung der Gesellschaft⁵⁰ in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO,⁵¹ Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 2 EGBGB i. V. m. § 22 Abs. 2 GBO
- Dritte müssen der Berichtigung nicht zustimmen, etwa die Gläubiger eingetragener Rechte.
- Eine Unbedenklichkeitsbescheinigung des FA nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GrEStG ist nicht erforderlich, da kein Grunderwerbsteuerbarer Vorgang vorliegt.⁵²
- Ob die Berichtigungsbewilligung eines minderjährigen Gesellschafter oder eines Gesellschafter, der unter Betreuung oder Vormundschaft steht, der familien- oder betreuungsgerichtlichen Genehmigung bedarf, §§ 1850, 1643 Abs. 1, § 1799 Abs. 1 BGB, ist nicht eindeutig dem Gesetz zu entnehmen. Mit Blick auf die

46 Schäfer/*Hermanns*, Das neue Personengesellschaftsrecht, § 2 Rdnr. 31, Entgegennahme der Auflassung vor Registrierung möglich; ebenso Schäfer, Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft, § 707 Rdnr. 37; *Servatius*, § 713 Rdnr. 13; *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167, 173; *Wobst*, ZPG 2023, 58, 59.

47 Zur Rechtsfähigkeit vgl. *Wobst*, ZPG 2023, 58.

48 Schäfer/*Hermanns*, Das neue Personengesellschaftsrecht, § 2 Rdnr. 37; Schäfer, Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft, § 707 Rdnr. 37; *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167, 175.

49 Ebenso *Wobst*, ZPG 2023, 58, 59.

50 Also Zustimmung durch die Gesellschafter in vertretungsberechtigter Zahl, *Bärwaldt/Richter*, DB 2021, 2476, 2480.

51 Zur Form *Lemke/Zimmer*, GBO, § 22 Rdnr. 52.

52 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 148; *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319, 327.

„klassische“ Grundbuchberichtigung wird die Notwendigkeit einer familien- bzw. betreuungsgerichtlichen Genehmigung teilweise analog § 1850 Abs. 1 Nr. 1 BGB bejaht, auch wenn eine Verpflichtung zur Abgabe der Berichtigungsbewilligung besteht.⁵³ Die Berichtigung betreffe ein Recht des Kindes, des Mündels oder des Betreuten, über das nur mit Genehmigung verfügt werden könne.⁵⁴ Die Berichtigung und die Verfügung seien gleich zu behandeln, weil das vermeintliche, sich aus dem Grundbuch ergebende Recht aufgegeben werde.⁵⁵ Diese Auffassung überzeugt jedoch nicht, da eine Richtigstellung vorliegt,⁵⁶ die nur wegen § 29 GBO mit den Mitteln der Grundbuchberichtigung zu führen ist. Mit der Richtigstellung wird nicht über das Grundstück oder das Recht der GbR verfügt, weshalb eine entsprechende Anwendung des § 1850 Abs. 1 BGB nicht gerechtfertigt ist. Durch die Richtigstellung auf die eGbR erleidet der Gesellschafter auch keinen Rechtsverlust, da er kein Recht aufgibt, sondern allein eine Tatsache im Grundbuch mit den Mitteln der Berichtigung korrigiert wird. Die Gesellschaft ist nunmehr im Gesellschaftsregister eingetragen und führt einen entsprechenden Namenszusatz. Der Regelungszweck der Norm,⁵⁷ der auf Schutz und Erhalt des Vermögens gerichtet ist, wird durch die Richtigstellung im Grundbuch nicht tangiert, weshalb eine familien- oder betreuungsgerichtliche Genehmigung nicht erforderlich ist.

- Die Grundbucheintragung erfolgt kostenfrei⁵⁸ (kein Eigentumswechsel im Sinne von Nr. 14110 KV GNotKG).
- c) Checkliste: GbR ist im Grundbuch als *Berechtigte eines Rechts der Zweiten Abteilung* eingetragen, nun Berichtigung auf die eGbR

Checkliste für den grundbuchamtlichen Vollzug:

- Berichtigungsantrag, vgl. Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 1 EGBGB i. V. m. § 13 GBO
- Berichtigungsbewilligungen aller im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter, Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 2 EGBGB⁵⁹
- Die Gesellschaft muss nicht zustimmen, da sich das Zustimmungserfordernis nach § 22 Abs. 2 GBO nur

53 Diese Meinung wird die Kommentierung zur Berichtigungsbewilligung bemühen, vgl. DNotl- Report 2021, 57, 59; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3727; *Jürgens/Traumann*, Betreuungsrecht, 7. Aufl. 2023, Vorbemerkungen §§ 1848-1854 Rdnr. 8.

54 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3727 zur klassischen Berichtigungsbewilligung.

55 *Klüsener*, Rpfleger 1981, 461, 468; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3727.

56 Zur Richtigstellung bereits BR-Drucks. 59/21, S. 125.

57 Zum Schutzzweck *Horn/Lamberz*, Gesetzliche Vertretung im BGB, 2023, § 19 Rdnr. 33.

58 *Wilsch*, ZfIR 2020, 521, 528.

59 Vgl. auch *Wobst*, ZPG 2023, 58, 59.

auf die Eintragung eines Eigentümers oder eines Erbbauberechtigten bezieht.

- Der Grundstückseigentümer des belasteten Grundstücks bzw. der Erbbauberechtigte des belasteten Erbbaurechts muss nicht zustimmen, da die Berichtigung des Rechts der Zweiten Abteilung keine Verfügung über das Grundstück bzw. Erbbaurecht enthält
 - Vor-, gleich- oder nachrangige Berechtigte sind ebenfalls nicht betroffen und müssen der Grundbuchberichtigung nicht zustimmen.
 - Eine Unbedenklichkeitsbescheinigung des FA nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GrEStG ist nicht erforderlich, da kein Grunderwerbsteuerbarer Vorgang vorliegt.⁶⁰
 - Zur Frage, ob zur Berichtigungsbewilligung eines Gesellschafters eine familien- oder betreuungsgerichtliche Genehmigung erforderlich ist, vgl. oben b), nach hier vertretener Ansicht ist keine Genehmigung erforderlich
 - die Grundbucheintragung erfolgt kostenfrei⁶¹ (keine Veränderung im Sinne von Nr. 14130 KV GNotKG).
- d) Checkliste: GbR ist im Grundbuch als *Berechtigte eines Rechts der Dritten Abteilung* eingetragen, nun Berichtigung auf die eGbR

Checkliste für den grundbuchamtlichen Vollzug:

- Berichtigungsantrag, vgl. Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 1 EGBGB i. V. m. § 13 GBO
- Berichtigungsbewilligungen aller im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter, Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 2 EGBGB
- Die Gesellschaft muss nicht zustimmen, da sich das Zustimmungserfordernis nach § 22 Abs. 2 GBO nur auf die Eintragung eines Eigentümers oder eines Erbbauberechtigten bezieht.
- Der Grundstückseigentümer des belasteten Grundstücks bzw. der Erbbauberechtigte des belasteten Erbbaurechts muss nicht zustimmen, da die Berichtigung des Rechts der Dritten Abteilung keine weitere Verfügung über das Grundstück bzw. Erbbaurecht enthält.
- Vor-, gleich- oder nachrangige Berechtigte sind ebenfalls nicht betroffen und müssen der Grundbuchberichtigung nicht zustimmen.
- Eine Unbedenklichkeitsbescheinigung des FA nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GrEStG ist nicht erforderlich, da kein Grunderwerbsteuerbarer Vorgang vorliegt.⁶²

60 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 148; *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319, 327.

61 *Wilsch*, ZfIR 2020, 521, 528.

62 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 148; *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319, 327.

- Zur Frage, ob zur Berichtigungsbewilligung eines Gesellschafters eine familien- oder betreuungsgerichtliche Genehmigung erforderlich ist, vgl. oben b), nach hier vertretener Ansicht ist keine Genehmigung erforderlich
- Ist das zu berichtigende Grundpfandrecht ein Briefrecht, ist der Grundpfandrechtsbrief mitvorzulegen, obgleich keine Eintragung bei dem Grundpfandrecht im Sinne von § 41 Abs. 1 Satz 1 GBO vorgenommen, sondern lediglich eine Tatsache richtiggestellt wird; der Grundpfandrechtsbrief ist jedoch zum Nachweis der Bewilligungsbefugnis der Gesellschafter erforderlich.⁶³
- Die Grundbucheintragung erfolgt kostenfrei⁶⁴ (keine Veränderung im Sinne von Nr. 14130 KV GNotKG).

5. Verstoß gegen das Übergangsrecht

Die Übergangsregelung macht es der GbR zur Obliegenheit, vorab beide Eintragungen herbeizuführen: die Registrierung im Gesellschaftsregister, gefolgt von der Berichtigung des Grundbuchs auf die eGbR. Der Wortlaut der Norm („sollen nicht erfolgen“) lässt bereits erahnen, welche Rechtsfolgen ein Verstoß zeitigt. Gemeint ist eine Eintragung im Grundbuch ohne Vorabregistrierung im Gesellschaftsregister und ohne Grundbuchberichtigung. Möglich wäre auch ein nur singulärer Verstoß, eine nur teilweise Verletzung der Obliegenheit, also eine Registrierung im Gesellschaftsregister ohne Folgeeintragung im Grundbuch. Die Verletzung der Soll-Vorschrift tangiert die Wirksamkeit der Eintragung jedoch nicht,⁶⁵ sodass die Eintragung wirksam bleibt. Materiellrechtliche Relevanz kommt der Voreintragungsobliegenheit nicht zu,⁶⁶ wohl ist sie aber Voraussetzung für den Gutgläubensschutz. Da das Grundbuch durch die Verletzung der Voreintragungsobliegenheit nicht unrichtig wird, scheidet auch die Eintragung eines Amtswiderspruchs nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO aus.

II. Übergangsrecht für Veränderungen des Gesellschafterbestandes, Art. 229 § 21 Abs. 2 EGBGB

1. Regelung bis zum 31.12.2023: Eintragung der Gesellschafter als Identifizierungsbehelf

Das bisherige Recht sieht in der Eintragung und Aktualisierung des Gesellschafterbestandes das Vehikel zur Identifizierung der Gesellschaft und Unterstützung des Rege-

63 Zur Briefvorlage zum Nachweis der Bewilligungsbefugnis vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 14.11.2017, 20 W 289/16, BeckRS 2017, 145484.

64 *Wilsch*, ZfIR 2020, 521, 528.

65 BR-Drucks. 59/21, S. 248; *Herrler*, ZGR 2021, Sonderheft 23, S. 39, 64; *Westermann/Wertenbruch/Heckschen/Knaier*, Handbuch Personengesellschaften, § 9 Rdnr. 230f.

66 *Westermann/Wertenbruch/Heckschen/Knaier*, Handbuch Personengesellschaften, § 9 Rdnr. 230f.; *Schäfer/Hermanns*, Das neue Personengesellschaftsrecht, § 2 Rdnr. 31.

lungsgehaltes von § 899a BGB.⁶⁷ Die Eintragung der Gesellschaft kann aktuell nur unter Miteintragung der Gesellschafter erfolgen, § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO, und die für den Berechtigten geltenden Vorschriften finden auch für die Gesellschafter Anwendung, § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO. Das Grundbuch gilt als unrichtig, sobald sich der Gesellschafterbestand ändert⁶⁸. Danach ebnet die Regelung in § 82 Satz 3 GBO verfahrensrechtlich den Weg zu einem Berichtigungszwangsverfahren.

2. Übergangsrechtliche Regelung nach Art. 229 § 21 Abs. 2 EGBGB: gesellschafterbezogener Grundbuchberichtigungsausschluss mit gesellschaftsbezogenem Grundbuchberichtigungszwang

Das neue Recht sieht die Grundbucheintragung der Gesellschafter nicht mehr vor, da das Gesellschaftsregister als Publizitätsmedium zur Verfügung steht. Die Eintragung der Gesellschafter im Grundbuch hat folglich keine materiell- und formellrechtlichen Implikationen mehr. Während die Gesellschafter nur noch im Gesellschaftsregister zu verlautbaren sind,⁶⁹ ist im Grundbuch allein die Gesellschaft anzugeben. Um die alte, die Gesellschafter in den Mittelpunkt stellende Eintragung nicht zu perpetuieren,⁷⁰ sieht das Übergangsrecht einen Lockdown im Gesellschafterbestand⁷¹ vor. Ist die Eintragung eines Gesellschafter unrichtig geworden, findet keine Gesellschafterberichtigung statt, Art. 229 § 21 Abs. 2 Satz 1 EGBGB.⁷² Ausgeschlossen ist mithin die Berichtigung des Gesellschafterbestandes insgesamt,⁷³ sodass die Berichtigung des Grundbuchs auf die eGbR nötig wird. Art. 229 § 21 Abs. 2 Satz 1 EGBGB schließt die Berichtigung des Gesellschafterbestandes im Grundbuch aus,⁷⁴ wohingegen Art. 229 § 21 Abs. 2 Satz 2 EGBGB für die Eintragung der Gesellschaft auf den Grundbuchberichtigungszwang nach § 82 GBO verweist.⁷⁵ Die Auffassung, die von einer automatischen Eintragung der regist-

rierten Gesellschaft im Grundbuch ausgeht,⁷⁶ lässt diesen gesetzlichen Mechanismus außer Acht. Nicht ausreichend deutlich wird in den Materialien jedoch, dass der von § 82 GBO ausgehende Berichtigungszwang lediglich für die Eigentümereintragung gilt, vgl. § 82 Satz 1 GBO („hinsichtlich der Eintragung des Eigentümers“). Hält die GbR andere Rechtspositionen in der zweiten oder dritten Abteilung des Grundbuchs, greift § 82 GBO nicht ein, sodass das Grundbuchamt keine verfahrensrechtliche Handhabe zur Erzwingung der Berichtigung hat.⁷⁷ In der Konsequenz führt dies allerdings nicht dazu, dass der Gesellschafterbestand auch nach dem 01.01.2024 noch berichtigt werden könnte, da einem solchen Ansinnen das generelle Berichtigungsverbot in Art. 229 § 21 Abs. 2 Satz 1 EGBGB entgegensteht. Die Perpetuierung der Eintragung der Gesellschafter soll in allen Grundbuchbereichen ausgeschlossen werden und damit das Verbot nicht auf die erste Abteilung des Grundbuchs beschränkt bleiben. Daher kann auch bei Rechten der Zweiten und Dritten Abteilung des Grundbuchs, die der Gesellschaft zustehen, eine Änderung des Gesellschafterbestandes nicht mehr eingetragen werden. Das Grundbuchamt kann lediglich die Gesellschaft nicht in die doppelte Verfahrensschleife zwingen, da der Grundbuchberichtigungszwang nach § 82 GBO für Rechte der Zweiten und Dritten Abteilung des Grundbuchs nicht gilt. Mangels Regelungslücke kommt auch eine analoge Anwendung nicht in Betracht.⁷⁸

Die Eigentümer-GbR kann folglich nur in Bezug auf das Eigentum mit Zwang dazu angehalten werden, der Berichtigungsverpflichtung binnen angemessener Frist nachzukommen.⁷⁹ Im hierzu ergehenden Beschluss bezeichnet das Grundbuchamt die Unterlagen, die zur Berichtigung des Eigentums erforderlich sind. Das Grundbuchamt kann die Androhung und Festsetzung von Zwangsgeld⁸⁰ in Aussicht stellen, § 35 FamFG. Ist das Berichtigungsverfahren nicht durchführbar oder bietet es keine Aussicht auf Erfolg, kann das Grundbuchamt zudem von Amts wegen berichtigen, § 82a Satz 1 GBO, wobei ohne Eintragung der Gesellschaft im Gesellschaftsregister die Amtsberichtigung jedoch nicht erfolgen kann. Daher dürfte die Androhung und Festsetzung von Zwangsgeld das opportunere Mittel der Wahl sein. Grundvoraussetzung für das Berichtigungsverfahren, das sich nur gegen die Gesellschaft, nicht gegen die Gesellschafter richten kann, ist jedoch, dass dem Grundbuchamt die Veränderung des Gesellschafter-

67 Zum alten Recht BR-Drucks. 59/21, S. 249; § 899a BGB wurde erst mit dem ERVGBG vom 11.08.2009 eingefügt, BGBl. I, S. 2713, 2721.

68 Zum alten Korrekturmechanismus *Kratzmeier*, ZfIR 2023, 197, 201.

69 Ebenso *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319, 323.

70 BR-Drucks. 59/21, S. 249.

71 *Wilsch*, ZfIR 2020, 521, 526.

72 Ebenso *Herrler*, ZGR 2021, Sonderheft 23, S. 39, 69; *Schäfer*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft: GbR, PartG, § 707 Rdnr. 45; *Westermann/Wertenbruch/Heckschen/Knaier*, Handbuch Personengesellschaften, § 9 Rdnr. 230q; *Wobst*, ZPG 2023, 58, 59.

73 Die Berichtigung des Gesellschafterbestandes ist nicht mehr statthaft, *Kratzmeier*, ZfIR 2023, 197, 201.

74 Zum Ausschluss der Berichtigung vgl. BR-Drucks. 59/21, S. 249; *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319, 323, Eintragung der eGbR ohne Nennung der Gesellschafter.

75 Wie hier auch *John*, NZG 2022, 243, 247.

76 *Westermann/Wertenbruch/Heckschen/Knaier*, Handbuch Personengesellschaften, § 9 Rdnr. 230q; *Schäfer/Herrmanns*, Das neue Personengesellschaftsrecht, § 2 Rdnr. 44.

77 Ebenso *Lemke/Schmidt-Räntsch*, GBO, § 82 Rdnr. 9: Diese Rechte sind von § 82 GBO nicht erfasst.

78 Zur Beschränkung auf die Erste Abteilung des Grundbuchs vgl. auch *Bauer/Schaub/Budde*, GBO, 4. Aufl. 2018, § 82 Rdnr. 4; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 378; *Lemke/Schmidt-Räntsch*, GBO, § 82 Rdnr. 9.

79 BR-Drucks. 59/21, S. 249; für Durchsetzung der Berichtigungspflicht mit Zwangsgeldfestsetzung *John*, NZG 2022, 243, 247.

80 *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 381.

bestandes bekannt ist. Nach den kryptischen Motiven sollen die „Erfahrungen des Lebens den Schluss zulassen“,⁸¹ dass der Gesellschafterbestand nicht mehr aktuell ist. Zu eigenen Amtsermittlungen ist das Grundbuchamt weder verpflichtet⁸² noch berechtigt; im Übrigen kann sich das Grundbuchamt auch auf die Richtigkeitsvermutung des § 891 BGB⁸³ stützen. Damit wird sich ein solcher Fall in der Praxis in der Regel auf die Änderungen des Gesellschafterbestandes beschränken, die auf einem Erbfall beruhen.

3. Die Gesellschaft kommt der Verpflichtung nach und reicht die Unterlagen ein; das gesellschaftsbezogene Berichtigungsverfahren, Art. 229 § 21 Abs. 3 EGBGB

Kommt die Gesellschaft der Verpflichtung aus § 82 GBO nach und reicht dem Grundbuchamt die notwendigen Unterlagen ein, kann die Berichtigung wie folgt ins Werk gesetzt werden.

Checkliste für den grundbuchamtlichen Vollzug:

Grundbuchberichtigung auf die Eigentümer-eGmbH bzw. erbbauberechtigter eGmbH

- Berichtigungsantrag, vgl. Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 1 EGBGB i. V. m. § 13 GBO
- Berichtigungsbewilligungen aller im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO, Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 2 EGBGB
- Zustimmung der Gesellschaft⁸⁴ in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO,⁸⁵ Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 2 EGBGB i. V. m. § 22 Abs. 2 GBO
- Dritte müssen der Berichtigung nicht zustimmen, etwa die Gläubiger eingetragener Rechte.
- Eine Unbedenklichkeitsbescheinigung des FA nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GrEStG ist nicht erforderlich.⁸⁶
- Der Grundstückseigentümer muss nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG nicht zustimmen.
- Ob die Berichtigungsbewilligung eines minderjährigen Gesellschafters oder eines Gesellschafters, der unter Betreuung oder Vormundschaft steht, der familien- oder betreuungsgerichtlichen Genehmigung bedarf, §§ 1850, 1643 Abs. 1, § 1799 Abs. 1 BGB, wird zu klären sein; nach hier vertretener Ansicht (vgl. oben I. 4. b)) ist eine Genehmigung nicht erforderlich.

81 BR-Drucks. 59/21, S. 249; was darunter zu verstehen ist, erschließt sich nicht, *Wilsch*, ZfIR 2020, 521, 526.

82 Ebenso BR-Drucks. 59/21, S. 249.

83 *Wilsch*, ZfIR 2020, 521, 526.

84 Also Zustimmung durch die Gesellschafter in vertretungsberechtigter Zahl, *Bärwaldt/Richter*, DB 2021, 2476, 2480.

85 Zur Form *Lemke/Zimmer*, GBO, § 22 Rdnr. 52.

86 *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 148; *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319, 327.

- Die Grundbucheintragung erfolgt kostenfrei⁸⁷ (kein Eigentumswechsel im Sinne von Nr. 14110 KV GNotKG).

III. Bereits eingeleitete Eintragungsvorgänge im Grundbuchverfahren, Art. 229 § 21 Abs. 4 EGBGB

1. Generelles zur Übergangsvorschrift für bereits eingeleitete Eintragungsvorgänge nach Art. 229 § 21 Abs. 4 EGBGB

Manifest wird die Motivation des Gesetzgebers, bereits eingeleitete Transaktionen und das Vertrauen der Beteiligten hierauf zu schützen, besonders in Art. 229 § 21 Abs. 4 EGBGB, der Übergangsvorschrift für bereits eingeleitete Eintragungsvorgänge⁸⁸ im Grundbuch.⁸⁹ Dabei ließ sich der Gesetzgeber von „dem § 878 (BGB) zugrunde liegenden Rechtsgedanken (leiten), dass die Dauer des Eintragungsverfahrens des Grundbuchamts nicht zulasten der Beteiligten gehen darf“.⁹⁰ Diese Erwägung bedarf der näheren Betrachtung. Richtigerweise kann im neuen Recht der Voreintragungsobliegenheit nach § 47 Abs. 2 GBO⁹¹ nur schwer eine echte nachträgliche Verfügungsbeschränkung erblickt werden, weil die Gesellschaft in ihrer Verfügungsbefugnis nicht beschränkt wird und materiellrechtlich beliebig Verträge abschließen kann. Die oben beschriebene Verfahrensschleife kommt jedoch einer nachträglichen Verfügungsbeschränkung sehr nahe, da faktisch ohne Registrierung im Gesellschaftsregister keine weitere Grundbucheintragung möglich ist. Solange die Registrierung im Gesellschaftsregister nicht erfolgt ist, könnte die Grundbucheintragung nicht vollzogen werden.⁹² Damit wäre die erwerbende GbR blockiert, sodass sich die Sachlage aus ihrer Sicht wie eine nachträgliche Verfügungsbeschränkung darstellt. Der Kerngedanke des § 878 BGB kann daher aktiviert werden, um der Willkür der Verfahrensdauer das Primat zu nehmen. Darauf zielt die Überleitungsvorschrift in Art. 229 § 21 Abs. 4 EGBGB, die bestimmte Verfahrenskonstellationen davon befreit, dass „bereits eingeleitete Eintragungsvorgänge im Grundbuch (...) im Gesellschaftsregister

87 *Wilsch*, ZfIR 2020, 521, 528.

88 Irreführend insoweit *Schäfer*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft: GbR, PartG, § 707 Rdnr. 41, der von „Grundbuchanmeldungen“ spricht. Den Begriff der Anmeldung verwendet die Grundbuchordnung jedoch nicht.

89 Zur Überleitungsvorschrift BR-Drucks. 59/21, S. 251; *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319, 323; *Herrler*, ZGR 2021, Sonderheft 23, S. 39, 64; *Schäfer*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft: GbR, PartG, § 707 Rdnr. 41.

90 So BR-Drucks. 59/21, S. 251; zur Anlehnung an § 878 BGB *Kratzmeier*, ZfIR 2023, 197, 207; *Herrler*, ZGR 2021, Sonderheft 23, S. 39, 64; *Schäfer*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft: GbR, PartG, § 707 Rdnr. 41, Rekurs auf § 878 BGB; *Westermann/Wertenbruch/Heckschen/Knaier*, Handbuch Personengesellschaften, § 9 Rdnr. 230p; *Schäfer/Hermanns*, Das neue Personengesellschaftsrecht, § 2 Rdnr. 38.

91 Zur Neufassung vgl. BR-Drucks. 59/21, S. 219.

92 BR-Drucks. 59/21, S. 247, 248.

nach Inkrafttreten des Gesetzes neu angestoßen werden müssen“.⁹³ Bereits initiierte Erwerbsvorgänge werden von den Anforderungen des § 47 Abs. 2 GBO n. F. befreit⁹⁴. Dogmatisch geht die Überleitungsvorschrift über § 878 BGB⁹⁵ hinaus, da sie auch den Erwerber miteinbezieht und nicht nur auf den Verfügenden abstellt.

2. Erster Übergangsfall: Einigung oder Bewilligung erklärt und Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamt vor dem 01.01.2024 gestellt, Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 1 EGBGB

Die erste Konstellation betrifft den Fall, dass bereits sämtliche erforderlichen Handlungen der Beteiligten (Einigung oder Bewilligung und Antragstellung) vor dem Inkrafttreten des Gesetzes liegen.

Beide Tatbestandsmerkmale müssen gegeben sein, um den Anwendungsbereich der Übergangsvorschrift zu eröffnen. Ihre Rechtfertigung bezieht die Norm daraus, dass die Beteiligten zur Realisierung nach altem Recht nicht mehr beitragen konnten und daher darauf vertrauen dürfen, weiterhin nach altem Recht behandelt zu werden.⁹⁶ Weil die Dauer des Eintragungsverfahrens nicht der Verantwortungssphäre der Beteiligten zuzurechnen ist, ordnet die Überleitungsvorschrift in Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 1 EGBGB die Anwendung des § 899a BGB und des § 47 Abs. 2 GBO a. F. an. Demnach ist die erwerbende GbR mit ihren Gesellschaftern im Grundbuch einzutragen, § 47 Abs. 2 GBO a. F.⁹⁷ Das Grundbuchamt kann die Eintragung der erwerbenden Gesellschaft im Grundbuch nicht von der Eintragung der Gesellschaft im Gesellschaftsregister abhängig machen,⁹⁸ sondern muss die in der bisherigen Weise mit ihren Gesellschaftern im Grundbuch eintragen. Das Inkrafttreten des neuen Rechts schafft kein Vollzugshindernis; vielmehr kann der bisherige modus operandi beibehalten werden, die Eintragung der Gesellschaft mit ihren Gesellschaftern. Für die Gesellschaft kann das Recht auch ohne Eintragung der Gesellschaft im Gesellschaftsregister erfolgen, Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 1 EGBGB i. V. m. § 47 Abs. 2 GBO a. F. Daran schließt sich auch kein Grundbuchberichtigungszwang an, da eine Vorschrift wie Art. 229 § 21 Abs. 2 Satz 2 EGBGB hier nicht eingreift. Das Grundbuchamt kann daher nicht die Eintragung nach altem Recht vornehmen und den Grundbuchberichtigungszwang nach § 82 GBO initiieren.⁹⁹ Dies liefe dem Regelungszweck zuwider, bereits initiierte Eintra-

gungsverfahren in bestimmten Konstellationen nicht dem neuen Eintragungsregime zu unterwerfen, und findet im Gesetz keine Stütze. Die nach altem Recht eingetragene Gesellschaft sieht sich erst im Rahmen einer weiteren Verfügung mit dem neuen Recht konfrontiert. Möchte die GbR im weiteren Verlauf über ihr Recht verfügen, wird sie in die oben erwähnte doppelte Verfahrensschleife geschickt: zunächst die Registrierung im Gesellschaftsregister, danach die Richtigstellung im Grundbuch als eGbR. Ohne Registrierung im Gesellschaftsregister und Grundbuchberichtigung erfolgt demnach keine weitere Grundbucheintragung.

3. Zweiter Übergangsfall: Eintragung der Vormerkung vor dem 01.01.2024 bewilligt und beantragt, Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 2 2. Alt. EGBGB

Eine vergleichbare Übergangskonstellation besteht, wenn die Eintragung einer Vormerkung vor dem 01.01.2024 bewilligt und beantragt wurde. Auch in diesem Fall ist noch nach altem Recht zu verfahren, Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 2 EGBGB. Die Regelung ordnet die Anwendung des § 899a BGB und des § 47 Abs. 2 GBO a. F. an. In der Konsequenz ist die Gesellschaft in der Vormerkung noch mit ihren Gesellschaftern zu bezeichnen; das Grundbuchamt kann der Gesellschaft nicht die Registrierung im Gesellschaftsregister aufgeben.¹⁰⁰ Der bisherige modus operandi kommt zur Anwendung, das alte Eintragsrecht, das die Identifizierung der Gesellschaft mithilfe der Gesellschafter vorschreibt, § 47 Abs. 2 GBO a. F. Das alte Recht gilt auch für die spätere Eintragung der Rechtsänderung, wie Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 2 EGBGB explizit bestimmt. Wurde die Eintragung einer *Vormerkung* vor dem 01.01.2024 bewilligt und beantragt, ist auch eine nach dem 01.01.2024 beantragte Eigentumsumschreibung oder eine sonstige Eintragung eines Recht, die durch die Vormerkung gesichert wurde, nach altem Eintragsrecht vorzunehmen und die Gesellschaft mit ihren Gesellschaftern einzutragen, § 47 Abs. 2 GBO a. F. Die Voreintragungspflicht des neuen Rechts gilt nicht, weshalb das Grundbuchamt nicht die Registrierung der Gesellschaft im Gesellschaftsregister verlangen kann. Der Vorwurf, das Übergangsrecht werde damit zu sehr in die Zukunft verlagert, erscheint nicht gerechtfertigt, weil sich nur auf die beschriebene Weise die Transaktionssicherheit realisieren und die Eigentumsumschreibung störungsfrei herbeiführen lässt. Die Vorschrift dient dem Sicherungsinteresse der Beteiligten, die vor einer Verfahrensumwälzung geschützt werden sollen. Die vor dem 01.01.2024 bewilligte und beantragte Vormerkung ebnet der späteren Umschreibung den Weg in das Grundbuch, und zwar ohne Registrierung im Gesellschaftsregister. Der bereits eingeleitete Eintragungsvorgang muss nicht noch zusätzlich im Gesellschaftsregister angestoßen werden.¹⁰¹ Wiederum schließt sich an die Eintragung nach altem Recht kein Grundbuch-

93 BR-Drucks. 59/21, S. 251.

94 Herrler, ZGR 2021, Sonderheft 23, S. 39, 64, 65.

95 Zum Anwendungsbereich des § 878 BGB vgl. auch Grüneberg/Herrler, § 878 Rdnr. 1; Wobst, ZPG 2023, 58, 59.

96 Zum Übergangsrecht Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 323; Kratzlmeier, ZfIR 2023, 197, 207.

97 Wie hier auch Kratzlmeier, ZfIR 2023, 197, 207.

98 Ebenso Kratzlmeier, ZfIR 2023, 197, 207; Schäfer, Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft: GbR, PartG, § 707 Rdnr. 41.

99 Ebenso Kratzlmeier, ZfIR 2023, 197, 207; keine Pflicht der GbR, nach Vollzug für die Registrierung im Gesellschaftsregister zu sorgen.

100 Eine Eintragung im Gesellschaftsregister ist zur Vollendung des Rechtserwerbs nicht erforderlich, Schäfer, Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft: GbR, PartG, § 707 Rdnr. 41.

101 Vgl. Kratzlmeier, ZfIR 2023, 197, 209.

berichtigungszwang an, da Art. 229 § 21 Abs. 4 EGBGB keine derartige Bestimmung vorsieht. Die Gesellschaft trifft das neue Recht erst im Rahmen einer weiteren Verfügung, vgl. Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB.

4. Dritter Übergangsfall: Vormerkung vor dem 01.01.2024 eingetragen, Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 2 1. Alt. EGBGB; Rangrücktritt der Vormerkung; Abtretung des vormerkungsgesicherten Anspruchs der Vormerkung

Eine weitere Übergangskonstellation in Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 2 1. Alt. EGBGB ergibt sich, wenn die Vormerkung vor dem 01.01.2024 im Grundbuch eingetragen wurde. Auch in diesem Fall gilt das alte Recht fort (§ 899a BGB; § 47 Abs. 2 GBO a. F.), Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 2 1. Alt. EGBGB, sodass die Gesellschaft auch nach dem 01.01.2024 mit ihren Gesellschaftern eingetragen wird. Die Vormerkung gewährt Käuferschutz bis zur endgültigen Eintragung, der Vormerkung kommt nicht nur eine rangsichernde, sondern auch eine verfahrenssichernde Wirkung zu. Anderenfalls stünde die Rechtsmängelfreiheit zur Disposition, verursacht durch die Voreintragungsobliegenheit neuen Rechts, § 47 Abs. 2 GBO. Das Grundbuchamt kann den Beteiligten nicht aufgeben, für die Registrierung der GbR im Gesellschaftsregister zu sorgen. Die neue Rechtslage generiert kein Vollzugshindernis und steht der Eintragung nicht entgegen.

Das alte Eintragungsrecht gilt auch für Veränderungen der Vormerkung,¹⁰² etwa für einen Rangrücktritt der Vormerkung, der im Zusammenhang mit der späteren Eintragung der Rechtsänderung steht. In der Konsequenz bleibt die Bezeichnung der Gesellschaft in der vor dem 01.01.2024 bewilligten und beantragten Vormerkung unverändert und wird nicht der Voreintragungsobliegenheit unterworfen. Anlässlich des Rangrücktritts der Vormerkung kann das Grundbuchamt deshalb der Gesellschaft nicht die Registrierung im Gesellschaftsregister aufgeben.

Dies soll aber nicht für die Abtretung des vormerkungsgesicherten Anspruchs gelten, weil diese nicht mehr im Zusammenhang mit dem Rechtserwerb steht, sondern hierdurch ein neuer Rechtserwerb angestoßen wird, der eine neue Auflassung verlangt. Eine Meinung¹⁰³ verneint die Anwendbarkeit des Übergangsrechts nach Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 2 EGBGB und verlangt, dass die übertragende Gesellschaft sich im Gesellschaftsregister eintragen lässt. Da die Gesellschaft aus dem Grundbuch ausscheidet – die Gesellschaft tritt den vormerkungsgesicherten Anspruch an einen Dritten ab –, sind jedoch auch an dieser Stelle die Überlegungen anzustellen, die sich um die Anwendung des Voreintragungsverzichts drehen, § 40 Abs. 1 GBO. Insoweit wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

Wie das Grundbuchamt den Einwand widerlegen soll, die Abtretung des Anspruchs sei von Anfang an geplant gewesen und bedeute die Eintragung der Rechtsänderung, auf die Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 2 EGBGB abstellt, ist nicht er-

sichtlich. Die mögliche Relevanz des Übergangsrechts nach Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 2 EGBGB stellt einen weiteren Punkt dar, der für die Anwendung des Voreintragungsverzichts spricht. Daher erscheint es nicht ausgeschlossen, dass die Grundbuchpraxis auch im Rahmen der Abtretung des vormerkungsgesicherten Anspruchs der GbR zum vorgeschlagenen Voreintragungsverzicht greift, § 40 Abs. 1 GBO, Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 2 EGBGB. Der Verstoß gegen Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB rechtfertigt auch nicht die Eintragung eines Amtswiderspruchs nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO.

5. Vierter Übergangsfall und Regelungslücke: Eintragung eines Widerspruchs nach § 899 BGB infolge auflösend bedingter Anteilsübertragung vor dem 01.01.2024 bewilligt und beantragt oder Widerspruch nach § 899 BGB infolge auflösend bedingter Anteilsübertragung vor dem 01.01.2024 eingetragen

In der Übergangsregelung nach Art. 229 § 21 Abs. 4 EGBGB ist lediglich von der Vormerkung die Rede, nicht aber von anderen Sicherungsinstrumentarien, die vor dem 01.01.2024 eingetragen oder zumindest bewilligt und beantragt wurden. Dies gilt insbesondere für die Eintragung eines Widerspruchs nach § 899 BGB infolge einer bedingten GbR-Anteilsübertragung,¹⁰⁴ die vor dem 01.01.2024 erfolgt ist. Die dogmatische Abgrenzung zwischen der Vormerkung, die einen Rechtserwerb ankündigt, und dem Widerspruch, der gegen die Richtigkeit des Grundbuchs protestiert, scheint für die ausschließliche Begünstigung der Vormerkung zu sprechen. Dies überzeugt jedoch nicht. Was für die Vormerkung gilt, muss auch für den Widerspruch gelten. Gemeinsam ist beiden, dass sie der Sicherung eines Erwerbs dienen, die Vormerkung prophezeiend, der Widerspruch protestierend. Übergangsrechtlich kann die Ankündigung einer Rechtsänderung (Vormerkung) nicht besser behandelt werden als der Hinweis auf eine bereits bestehende Grundbuchunrichtigkeit (Widerspruch). Ein noch nicht vollständig abgeschlossener Erwerbsvorgang (Vormerkung) verdient nicht mehr Schutz als ein bereits abgeschlossener Erwerbsvorgang (Widerspruch). In der Folge ist die Regelungslücke dadurch zu schließen, dass die Übergangsregelung nach Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 2 EGBGB entsprechend auf den bereits eingetragenen oder den bewilligten und beantragten Widerspruch angewendet wird. Wurde vor dem 01.01.2024 ein Widerspruch eingetragen oder die Eintragung eines Widerspruchs vor dem 01.01.2024 bewilligt und beantragt, ist das alte Recht anzuwenden. Anders ließe sich die Eintragung der Rechtsänderung, die den Gegenstand des durch den Widerspruch gesicherten Berichtigungsanspruchs bildet, nicht störungsfrei ins Werk setzen. Die Berichtigung findet statt, womit auch die Lockdown-Situation der Übergangsregelung in Art. 229 § 21 Abs. 2 Satz 1 EGBGB vermieden wird, der Grundbuchberichtigungs Ausschluss mit folgendem Grundbuchberichtigungszwang, Art. 229 § 21 Abs. 2 Satz 2 EGBGB.

¹⁰² Vgl. *Kratzmeier*, ZfIR 2023, 197, 209.

¹⁰³ *Kratzmeier*, ZfIR 2023, 197, 209.

¹⁰⁴ *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 4292; *DNotI-Report* 2015, 97, 98; *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 421, 425.

IV. Ausblick

In den Gesetzesmaterialien¹⁰⁵ und in den Stellungnahmen¹⁰⁶ zur öffentlichen Anhörung des MoPeG ist von 180.000 Immobilien-GbRs die Rede, die eine Grundbuchblattstelle halten. Der Berichtigungsbedarf fällt daher beträchtlich aus, sodass festzuhalten ist, dass die GbR bzw. eGbR noch nicht

am Ende der long and winding road stehen, die vor mehr als zwanzig Jahren ein Urteil des Zweiten Zivilsenats des BGH¹⁰⁷ gewiesen hat. Die Lösung kann nur im „magischen Dreieck“ gelingen, bestehend aus Notariat, Registergericht und Grundbuchamt.

105 BR-Drucks. 59/21, S. 126.

106 Vgl. gutachterliche Stellungnahme von Prof. Dr. *Heckschen* vom 16.04.2021 zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zum Thema „Modernisierung des Personengesellschaftsrechts“ am 21.04.2021, S. 7.

107 BGH, Urteil vom 29.01.2001, II ZR 331/00, NJW 2001, 1056; zum „Paukenschlag“ durch den BGH vgl. *Kindler*, ZfPW 2022, 409, 410; *Bärwaldt/Richter*, DB 2021, 2476.



BUCHBESPRECHUNGEN

Reinhard Bork/Carsten Schäfer (Hrsg.):

GmbHG. Kommentar

5. Aufl., RWS, 2022. 1532 S., 189 €

Von Notar Dr. **Daniel Widmann**, Geisenfeld

In nunmehr fünfter Auflage ist der von Prof. Dr. *Reinhard Bork* und Prof. Dr. *Carsten Schäfer* herausgegebene Kommentar zum GmbHG im Oktober 2022 erschienen. Die Herausgeber haben es erneut geschafft, ein hochkarätiges Team aus Wissenschaft und Praxis zusammenzustellen, das jedoch nur über einen Praktiker aus dem Notariat verfügt.

Die Kernfrage einer jeden Rezension ist, ob die Anschaffung des Werkes für die eigene Bibliothek lohnt. Die Frage ist hier sehr einfach mit dem Lieblingssatz eines jeden Juristen zu beantworten, nämlich „Es kommt darauf an“, auch wenn das Team der anerkannten Autoren bereits für eine hochwertige Kommentierung des GmbH-Rechts im Allgemeinen bürgt.

Die aus meiner Sicht, der Sicht des (jungen) notariellen Praktikers, bedeutendste Neuerung im Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Jahr 2022 war die Einführung der sog. Online-Gründung durch Einführung des § 2 Abs. 3 GmbHG in Verbindung mit den §§ 16a-16e BeurkG. Die Kommentierung erfolgt im *Bork/Schäfer* wissenschaftlich fundiert, *Carsten Schäfer* widmet ihr allerdings nur sieben Randnummern. Eine klare, schnelle Handreichung für die Praxis des Notariats ist es damit nur bedingt. Hier wäre Input aus notarieller Praxis wünschenswert

gewesen. Zugute halten muss man dem Werk jedoch, dass es mit eines der ersten ist, das dieses Themenfeld überhaupt bereits behandelt.

Es wäre jedoch deutlich zu kurz gegriffen, den *Bork/Schäfer* anhand dieser wenigen Randnummern zu beurteilen. Die Stärke des Kurzkomentars sehen auch die Herausgeber selbst an der Schnittstelle zum Insolvenzrecht – und hier schöpft das Werk aus den Vollen. Im Rahmen des Anhangs zu § 30 GmbHG erfolgt eine umfassende, auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung zugeschnittene Kommentierung zentraler insolvenzrechtlicher und anfechtungsrechtlicher Vorschriften. Überdies hat die Kommentierung des § 64 GmbHG a. F. die inhaltliche Verlagerung dieser Vorschrift in die Insolvenzordnung „überlebt“ und ist in aktualisierter Form enthalten.

Der *Bork/Schäfer* ist auch in seiner fünften Auflage ein Werk, das die notarielle Bibliothek verstärkt. Gerade vor dem Hintergrund der im GmbH-Recht sehr starken Konkurrenz an Kommentaren lohnt sich die Anschaffung vor allem für den insolvenzrechtlich interessierten Notar. Wer seine Bibliothek besonders an dieser Schnittstelle stärken möchte, wird im vorliegenden Werk eine echte Verstärkung finden, wie sie in Form des Kurzkomentars nur selten zu finden ist.

Fritz Kersten/Selmar Bühling:

Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit

27. Aufl., Carl Heymans, 2023. 3532 S., 329 €

Von Notar **Benedikt Goslich**, Günzburg

Der *Kersten/Bühling* ist eine Institution unter den rechtswissenschaftlichen Formularbüchern, die sich trotz ihrer über hundertjährigen Tradition auch in ihrer nun vorliegenden 27. Auflage erforderlichen Modernisierungen nicht verschließt. Den durch die Vorlage mit dem Wechsel in der Herausgeberschaft eingeleiteten Generationswechsel gehen die Verantwortlichen durch die Aufnahme zahlreicher neuer und junger Autoren, sämtlich aus dem notariellen Berufsstand, konsequent weiter. Diese neuen Impulse schlagen sich bereits im Vergleich der üblichen Rahmendaten nieder: Der Umfang des Werks hat durch einen Anstieg um 170 Sei-

ten auf nunmehr insgesamt 3366 Seiten (zuzüglich Stichwortverzeichnis) bei zugleich verkleinertem Schriftbild deutlich zugenommen. Die Neuauflage teilt sich in nun insgesamt 151 Kapitel auf, denen erstmals auch eigene und für den eiligen Praktiker sehr hilfreiche Kapitalübersichten vorangestellt sind.

Inhaltlich hatten die Autoren aufgrund der turbulenten gesellschaftlichen und daran anschließend gesetzgeberischen Entwicklungen in den vergangenen Jahren ausreichend Anlass für teils umfassende Neubearbeitungen. Der

mit Einführung des Elektronischen Urkundenarchivs im Jahr 2022 verbundene Paradigmenwechsel im Notariat fand bereits in der Voraufgabe Berücksichtigung, konnte nun jedoch anhand der zwischenzeitlich in Kraft getretenen Änderungen im notariellen Berufsrecht (BNotO, NotAktVV, DONot) konkret beschrieben werden. Einen wohl noch größeren Digitalisierungssprung machte die notarielle Rechtspflege mit Einführung der Online-Beurkundung bzw. Online-Beglaubigung in einzelnen gesellschaftsrechtlichen Bereichen durch das DiRUG bzw. DiREG. Die Neuerungen werden systematisch dargestellt und erstmals auch durch Formulierungsmuster für die Online-Gründung einer GmbH bzw. UG sowie für sämtliche relevanten Registeranmeldungen, auch im Personengesellschaftsrecht, ergänzt. Fragen der virtuellen Gesellschafterversammlung werden für die GmbH sowie schwerpunktmäßig für die Aktiengesellschaft unter Berücksichtigung der COVID-19-Gesetzgebung sowie des Gesetzes zur Einführung virtueller Hauptversammlungen (§ 118a AktG) dargestellt.

Die besondere Aktualität der Neuauflage zeigt sich ferner an einer bereits umfassenden Einarbeitung der Änderungen des MoPeG, welche überwiegend erst am 01.01.2024 in Kraft treten. Insbesondere durch die ausführliche Behandlung der Neuregelungen zum GbR-Gesellschaftsregister und zum Statuswechsel (§ 707 ff. BGB n. F.), einschließlich der Bereitstellung umfassender Formulierungsvorschläge für entsprechende Registeranmeldungen, wird der *Kersten/Bühling* seiner praxisorientierten Vorreiterstellung erneut gerecht.

Im Bereich des Immobilienrechts wurden die zum 01.12.2020 in Kraft getretenen gesetzlichen Neuerungen der WEG-Reform sowie die für die notarielle Praxis relevanten Neuregelungen des Verbrauchsgüterkaufs, insbesondere auch der zunehmend an Bedeutung gewinnende Mitverkauf digitaler Elemente („Smart Home“), eingearbeitet und selbstverständlich in Formulierungsvorschläge umgesetzt. Der Neugestaltung des erbrechtlichen Teils ist ge-lungen und unterstreicht etwa mit dem Einbezug der Fragen um den digitalen Nachlass oder das Europäische Nachlasszeugnis die moderne Ausrichtung der Neuauflage.

Die immens verschärften notariellen Prüf- und Meldepflichten im Bereich der Geldwäscheprävention werden fachbereichsbezogen behandelt. Angesichts der Bedeutung und Komplexität der Thematik wäre die Auslagerung der geldwäscherechtlichen Fragestellungen in ein eigenes Kapitel zu erwägen, zumal die gesetzgeberische Entwicklung hier – wie etwa das durch das Sanktionsdurchsetzungsgesetz II zum 01.04.2023 eingeführte Barzahlungsverbot im Immobiliensektor (§ 16a GWG) belegt – mit ungebre-mstem Tempo voranschreitet.

Der *Kersten/Bühling* ist und bleibt ein unverzichtbarer Klassiker in der Handbibliothek eines Notars, aber auch eines jeden mit vorsorgender Rechtspflege befassten Juristen. Wer dies nicht ohnehin schon getan hat, dem sei die Anschaffung der Neuauflage hiermit uneingeschränkt empfohlen.

Gabriele Müller-Engels/Christian Braun:

Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis

6. Aufl, Carl Heymanns, 2022. 473 S., 89 €

Von Richter am KG Dr. **Martin Menne**, Berlin

Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung werden zusammen mit Verfügungen von Todes wegen in weiten Teilen der Bevölkerung als eine Art von „Gesamtpaket“ angesehen, zu dem die Notarin bzw. der Notar beraten und sodann Urkunden erstellen soll (Kap. 2 Rdnr. 11, 630 ff.): Die beiden Verfasser des vorliegenden Werkes, Rechtsanwältin *Gabriele Müller-Engels*, Referentin für Erb- und Familienrecht am DNotl in Würzburg, und *Christian Braun*, Notar in Bad Reichenhall, führen das ursprünglich einmal von *Müller-Engels* zusammen mit dem Notar und Präsidenten der Leipziger Ländernotarkasse, *Thomas Renner*, Erfurt, begründete Werk in sechster Auflage fort. Der gut nutzbare, empfehlenswerte Band richtet sich an die kautelarjuristische Praxis; die beiden Autoren wollen in diesem wichtigen Feld der vorsorgenden Rechtspflege praktische Hilfe und Unterstützung bieten.

Dazu wird in einem ersten Kapitel ein kurzer, präziser Abriss zum Betreuungsrecht aus der Perspektive der notariellen Praxis gegeben: Die wichtigsten gesetzgeberischen „Eckpunkte“ in der Entwicklung des Rechtsgebiets werden aufgezeigt, das Zentrale Vorsorgeregister der BNotK vorgestellt (Kap. 1 Rdnr. 5; Kap. 2 Rdnr. 634 ff.) und es werden die Schwerpunkte der Anfang 2023 in Kraft getretenen Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts aus kautelarjuristischer Sicht gerafft dargestellt (Kap. 1 Rdnr. 14 ff.). Daran schließt sich ein sehr informativer Abschnitt über den „Betreuten im Rechtsverkehr“ an, in dem die Autoren auf den Abschluss von Rechtsgeschäften durch den Betreuten selbst bzw. durch den Betreuer eingehen und gezielt auf die Änderungen infolge der Betreuungsrechtsreform hinweisen (Kap. 1 Rdnr. 75 ff.). Zu Recht wird dabei besonders ausführlich und zusätzlich durch zahlreiche praktische Beispiele

und Hinweise unterlegt auf die Frage der Errichtung von letztwilligen Verfügungen durch eine unter Betreuung stehende Person eingegangen (Kap. 1 Rdnr. 111 ff.).

Der Hauptteil des Werkes, das zweite Kapitel, ist den Vorsorgeverfügungen gewidmet: Zunächst umreißt das Kapitel die Aufgabenstellung des notariellen Beraters und geht ausführlich dem Problemkreis Geschäftsfähigkeit/Einwilligungsfähigkeit nach (Kap. 2 Rdnr. 12 ff., 18 ff.). In der Folge werden sodann im Einzelnen vermögens- und nichtvermögensrechtliche Angelegenheiten, die Betreuungs- und Patientenverfügung sowie Form- und Gestaltungsfragen, die Registrierung der errichteten Verfügung sowie die Kosten erörtert. Die Darstellung überzeugt dabei in jeder Hinsicht: Die zu behandelnden Fragen illustrieren die Verfasser durch zahlreiche praktische Beispiele, durch Übersichten sowie durch Hinweise aus der Praxis u. a. des DNotI und machen sie so besser greifbar. Im Band findet sich selbstverständlich eine große Anzahl von bewährten Musterformulierungen, die ausführlich erläutert und mit ihren jeweiligen Vor- und Nachteilen, zumeist unter Anführung von konkreten Fällen aus der Rechtsprechung, vorgestellt werden. Schön – und für die Beratungspraxis sicher sehr nützlich – ist, dass die Thematik weit gefasst und etwa auch der Frage nachgegangen wird, wie zu verfahren ist, wenn (beispielsweise) eine Bank eine individuell errichtete Vorsorgevollmacht nicht akzeptieren will, sondern auf der Erteilung einer gesonderten Bank-(Konto-)Vollmacht auf vorformuliertem Formular besteht (Kap. 2 Rdnr. 143 ff.) oder wenn an den Notar der Wunsch herangetragen wird, in eine Patientenverfügung Vorgaben zur aktiven Sterbehilfe aufzunehmen (Kap. 2 Rdnr. 436 ff.). In der Neuauflage gibt es natürlich auch Hinweise, wie im Bereich der Patientenverfügung mit der (glücklicherweise nicht mehr ganz so) aktuellen Corona-Pandemie umgegangen werden kann (Kap. 2 Rdnr. 454, 457 f.) oder wie zu verfahren ist, wenn die Patientenverfügung einer vorliegenden Organspendeerklärung zu widersprechen scheint (Kap. 2 Rdnr. 419 ff.).

Im dritten, abschließenden Kapitel behandeln die Autoren sodann einige Sonder- und Spezialfragen: Es geht um die – praktisch zunehmend wichtiger werdende – Behandlung

von Betreuung und Vorsorgeverfügungen im grenzüberschreitenden Kontext und das Haager Erwachsenenschutzübereinkommen, dem wichtigsten internationalen Übereinkommen in diesem Bereich (Kap. 3 Rdnr. 1 ff.). Für den Praktiker sehr hilfreich ist, dass dem Band ein kurzer Überblick über funktional entsprechende Rechtsinstitute im materiellen Recht von insgesamt 16 europäischen Nachbarstaaten beigegeben ist (Kap. 3 Rdnr. 43 ff.). Weiter werden eingehend die unternehmensbezogene Vorsorgevollmacht erörtert sowie der Problembereich „digitaler Nachlass“: Hier imponiert die unpräzise, pragmatische Herangehensweise an die Problematik, verbunden mit der Empfehlung, zunächst einmal den genauen Vorsorgebedarf zu ermitteln, bevor die jeweiligen Regelungsmöglichkeiten vorgestellt werden (Kap. 3 Rdnr. 162 ff., 174 ff.). Abgerundet wird das Kapitel mit einem Abschnitt, den man in dem Band zwar eher weniger erwartet, dessen Notwendigkeit in einschlägigen Fällen aber auf der Hand liegt – die familienrechtliche Sorgerechtsvollmacht für den Fall, dass es zu einem „Ausfall“ eines (alleinsorgeberechtigten) Elternteils kommt und das Wohl minderjähriger Kinder zu berücksichtigen ist. Nachdem Muster für Sorgerechtsvollmachten bislang noch nicht besonders häufig zu finden sind, ist das dem Band beigegebene Formulierungsmuster für den Rechtsgestalter besonders hilfreich (Kap. 3 Rdnr. 212). Gleiches gilt für die im Werk ebenfalls angesprochene Frage einer Vormundbenennung für den Fall des Todes der Eltern eines minderjährigen Kindes sowie – die sicherlich analog zu §§ 1776, 1777 BGB zu behandelnde – Konstellation, dass ein Elternteil zu Lebzeiten „ausfällt“ (Kap. 3 Rdnr. 213 f., 215).

Die Verfasser runden den Band mit einem Kapitel mit umfangreichen Musterformulierungen ab, die von einer Webseite heruntergeladen und in die eigene Textverarbeitung übernommen werden können, sowie einem Anhang, in dem einige weniger verbreitete Gesetzestexte und Normierungen – etwa das Haager Erwachsenenschutzübereinkommen – eingestellt sind.

Unter dem Strich: Ein nützliches, empfehlenswertes Praktikerwerk zu einem für die notarielle Praxis wichtigen Thema.





RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

1. Abgrenzung Wohnungsrecht und Wohnnutzungsrecht; kein Anspruch des Wohnungsberechtigten auf Nutzungsentschädigung bei eigenmächtiger Selbstnutzung durch Eigentümer

BGH, Urteil vom 23.03.2023, V ZR 113/22 (Vorinstanz: OLG Hamm, Urteil vom 19.05.2022, I-5 U 168/21)

BGB § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, §§ 987 ff., 1065, 1093 Abs. 1 Satz 2

LEITSÄTZE:

1. Ist ein auf Lebzeiten eingeräumtes Recht, ein Gebäude oder einen Teil eines Gebäudes als Wohnung zu benutzen, im Grundbuch und in der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung als „Wohnungsrecht“ bezeichnet, handelt es sich im Zweifel nicht um ein Wohnnutzungsrecht, sondern um ein Wohnungsrecht im Sinne des § 1093 BGB.
2. Der Eigentümer, der die von dem Wohnungsrecht erfassten Räume anstelle des dort nicht wohnenden Berechtigten als Wohnung benutzt, wird durch den damit verbundenen Gebrauchsvorteil nicht auf Kosten des Wohnungsberechtigten bereichert. Der Wohnungsberechtigte kann von dem Eigentümer auch nicht über eine analoge Anwendung von § 1065 BGB Nutzungsersatz nach den §§ 987 ff. BGB verlangen (Fortführung von Senat, Urteil vom 13.07.2012, V ZR 206/11, NJW 2012, 3572).

SACHVERHALT:

1 Die Parteien sind Geschwister. Mit notariellem Vertrag vom (...) Mai 1976 übertrug ihre 2003 verstorbene Mutter (nachfolgend: Erblasserin) ein mit einem Wohnungsrohbau bebautes Grundstück auf den Beklagten. In dem Übertragungsvertrag wurde Folgendes vereinbart:

„Im Hinblick auf vorstehende Übertragung verpflichtet sich der Erschienene zu zwei [der Beklagte] zu folgenden Leistungen: (...)

2. Er räumt der Erschienenen zu eins [Erblasserin] und deren Tochter [Klägerin] als Gesamtberechtigten in dem übertragenen Wohngebäude ein Wohnungsrecht ein. Das Recht bezieht sich auf die ausschließliche Nutzung der Wohnung des Untergeschosses.

Hinsichtlich der Berechtigten (...) [Klägerin] erlischt das Recht bei deren Heirat. Falls es durch die Heirat von (...) [Klägerin] oder durch den Tod einer Berechtigten für eine Berechtigte erlischt, steht es der Letztberechtigten in vollem Umfang zu.

Der Erschienene zu zwei ist verpflichtet, die Wohnung, auf die sich das Wohnungsrecht bezieht, auf seine Kosten einzugsbereit fertigzustellen.“

2 Das Wohnungsrecht wurde in das Grundbuch eingetragen. Der Beklagte stellte den Rohbau fertig und zog mit seiner Familie in die

Hauptwohnung ein. Weder die bis heute unverheiratete Klägerin noch die Erblasserin nutzten in der Folgezeit die Wohnung im Untergeschoss. Beide lebten im früheren Elternhaus der Parteien. Der Beklagte vermietete die Untergeschosswohnung ab den 1989er Jahren. 1999 übereignete die Erblasserin der Klägerin ein Nachbargrundstück mit einem bezugsfertigen Haus. Nach dem Tod der Erblasserin verblieb die Klägerin im elterlichen Haus. 2011 bezog der Beklagte die Untergeschosswohnung selbst, was der Klägerin bekannt war. Mit Schreiben vom 25.09.2018 widersprach die Klägerin der Nutzung der Wohnung durch den Beklagten und forderte ihn zur Räumung auf. Alternativ bot sie ihm an, die Wohnung gegen Zahlung einer monatlichen Nutzungsentschädigung zu nutzen. Auf die Anfang 2019 erhobene Klage wurde der Beklagte im Januar 2020 rechtskräftig zur Räumung und Herausgabe der Wohnung verurteilt. Er zog Mitte Mai 2020 aus der Wohnung aus; diese steht seitdem leer.

3 Die Klägerin verlangt von dem Beklagten Nutzungsersatz für die Zeit vom 01.01.2017 bis 30.04.2020 i. H. v. 26.000 € nebst Zinsen und die Freistellung von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten. Das LG hat der Klage hinsichtlich des Nutzungsersatzes für den Zeitraum vom 01.11.2018 bis 30.04.2020 i. H. v. 9.000 € nebst Zinsen und hinsichtlich der Freistellung von außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das OLG unter Zurückweisung der Anschlussberufung der Klägerin die Klage abgewiesen und die Revision zugelassen. Mit der Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

AUS DEN GRÜNDEN:

4 I. Das Berufungsgericht verneint einen Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung aus § 1093 Abs. 1 Satz 2, §§ 1036, 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2, § 818 Abs. 2 BGB. Allerdings sei die Klägerin Inhaberin eines Wohnungsrechts im Sinne von § 1093 BGB und deshalb unter Ausschluss des Beklagten als Eigentümer zur Nutzung der Untergeschosswohnung berechtigt. Der Beklagte habe in dem Zeitraum von 2011 bis Mai 2020 den unmittelbaren Besitz an der Untergeschosswohnung unentgeltlich ausgeübt und damit „etwas auf sonstige Weise erlangt“ im Sinne von § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB. Dies sei jedoch nicht auf Kosten der Klägerin geschehen. Er habe zwar das getan, was eigentlich die Klägerin aufgrund ihres Wohnungsrechts hätte tun können. Der von dem Beklagten durch Eigennutzung vereinnahmte Nutzwert sei aber nicht der Klägerin zugewiesen, weil diese Dritten, zu denen auch der Eigentümer gehöre, das Nutzungsrecht nicht habe überlassen dürfen. Über die Zahlung einer Nutzungsentschädigung sei zwischen den Parteien auch keine Vereinbarung zustande gekommen. Die unentgeltliche Eigennutzung durch den Eigentümer sei genauso zu behandeln wie die Fremdvermietung durch diesen, bei der der Wohnungsberechtigte nach der Rechtsprechung des BGH keinen Anspruch auf den Nutzwert in Form der Mieteinnahmen habe.

5 Der Klägerin stehe gegen den Beklagten auch kein Anspruch auf Nutzungsersatz gemäß § 990 Abs. 1, §§ 989, 987 BGB (analog) zu. Ob dem Wohnungsberechtigten bei Nutzung der Räume durch den Eigentümer der Nutzwert zugewiesen sei, stelle eine Wertungsfrage dar, die im

Gleichklang mit dem bereicherungsrechtlichen Anspruch beantwortet werden müsse.

6 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand. Ein Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Zahlung einer Nutzungsentschädigung, der sich mangels einer vertraglichen Beziehung zwischen den Parteien nur aus dem Gesetz ergeben könnte, besteht nicht.

7 1. Zu Recht verneint das Berufungsgericht einen Zahlungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB. Nach dieser Vorschrift ist der Schuldner verpflichtet, dem Gläubiger herauszugeben, was er in sonstiger Weise auf dessen Kosten ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Diese Voraussetzungen für einen Anspruch wegen Bereicherung in sonstiger Weise sind nicht erfüllt.

8 a) Allerdings hat der Beklagte durch die Eigennutzung den unmittelbaren Besitz an der Untergeschosswohnung ohne Rechtsgrund erlangt.

9 aa) Er war von der Nutzung der Räumlichkeiten ausgeschlossen, weil der Klägerin daran ein Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB eingeräumt worden ist.

10 (1) Nach § 1093 Abs. 1 BGB kann als beschränkte persönliche Dienstbarkeit auch das Recht bestellt werden, ein Gebäude oder einen Teil eines Gebäudes unter Ausschluss des Eigentümers als Wohnung zu benutzen. Mehreren Berechtigten kann – wie hier der Klägerin und der Erblasserin – ein gemeinsames Wohnungsrecht eingeräumt werden, das ihnen „als Gesamtberechtigten im Sinne von § 428 BGB“ zustehen soll (vgl. Senat, Beschluss vom 21.12.1966, V ZB 24/66, BGHZ 46, 253, 256 ff.; BGH, Urteil vom 08.05.1996, XII ZR 254/94, NJW 1996, 2153). Wesensmerkmal des dinglichen Wohnungsrechts (§ 1093 BGB) ist der Ausschluss des Eigentümers von der Benutzung des Gebäudes bzw. Gebäudeteils. Behält sich der Eigentümer dagegen die Mitbenutzung vor, so kann nur ein Wohnnutzungsrecht in der Form einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit nach § 1090 BGB bestellt werden (vgl. BGH, Urteil vom 04.08.2010, XII ZR 14/09, BGHZ 186, 372 Rdnr. 18; OLG Hamm, DNotZ 1962, 402; OLG München, FGPrax 2018, 110, 111, juris Rdnr. 29; Staudinger/Reymann, Neub. 2021; § 1093 Rdnr. 3; *Böhlinger*, BWNNotZ 1987, 129, 131). Bei diesem sind bezogen auf das Recht, die Sache zu nutzen, Eigentümer und Dienstbarkeitsberechtigter gleichberechtigt. Die §§ 741 ff. BGB finden entsprechend Anwendung (vgl. BGH, Urteil vom 04.08.2010, XII ZR 14/09, BGHZ 186, 372 Rdnr. 19).

11 (2) Die Auslegung des Berufungsgerichts, bei dem zugunsten der Klägerin bestellten dinglichen Recht handele es sich um ein Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB, hält der – revisionsrechtlich uneingeschränkten (vgl. Senat, Urteil vom 12.07.2019, V ZR 288/17, NJW-RR 2020, 77 Rdnr. 6 m. w. N.) – Nachprüfung stand und wird von der Revision als ihr günstig hingenommen. Ohne Erfolg macht die Revisionserwiderung geltend, es sei lediglich eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit gemäß § 1090 BGB in Gestalt eines Wohnnutzungsrechts bestellt worden.

12 (a) Zur Ermittlung des Inhalts einer Dienstbarkeit ist vorrangig auf Wortlaut und Sinn der Grundbucheintragung und

der nach § 874 BGB in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt; Umstände außerhalb dieser Urkunden dürfen jedoch insoweit mit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (vgl. Senat, Urteil vom 12.07.2019, V ZR 288/17, NJW-RR 2020, 77 Rdnr. 6 m. w. N.; Urteil vom 19.03.2021, V ZR 44/19, NJW-RR 2021, 1176 Rdnr. 13).

13 (b) Richtig ist allerdings, dass die der Formulierung in § 1093 Abs. 1 BGB entsprechenden Worte „unter Ausschluss des Eigentümers“ in der Eintragungsbewilligung vom 11.05.1976 und dem Grundbucheintrag fehlen. Das steht der Annahme eines Wohnungsrechts gemäß § 1093 BGB jedoch nicht entgegen, wenn sich die Ausschließlichkeit der Nutzung aus dem Inhalt des dinglichen Rechts ergibt (vgl. OLG Frankfurt a. M., MittBayNot 2007, 402, 403; OLG Zweibrücken, DNotZ 1997, 325, 326; Staudinger/Reymann, § 1093 Rdnr. 3; *Böhlinger*, BWNNotZ 1990, 153, 154 f.; *Wulf*, DNotZ 1997, 331, 334). So ist es hier.

14 (aa) Insoweit hilft entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts zwar der Verweis auf die amtliche Überschrift „Wohnungsrecht“ von § 1093 BGB für die Auslegung der Grundbucheintragung und der nach § 874 BGB in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung nicht weiter. Die amtliche Überschrift von § 1093 BGB ist erst durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz am 01.01.2002 aufgenommen worden; sie gab es im Zeitpunkt der Bestellung des dinglichen Rechts im Jahre 1976 noch nicht.

15 (bb) Ist ein auf Lebzeiten eingeräumtes Recht, ein Gebäude oder einen Teil eines Gebäudes als Wohnung zu benutzen, im Grundbuch und in der nach § 874 BGB in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung als Wohnungsrecht bezeichnet, handelt es sich aber im Zweifel nicht um ein Wohnnutzungsrecht, sondern um ein Wohnungsrecht im Sinne des § 1093 BGB. Das entspricht seit jeher allgemeiner Ansicht, weil es dem Regelfall entspricht, ein Wohnungsrecht unter Ausschluss des Eigentümers auszugestalten (so schon RG, BayZ 1932, 305, 306; Gruchot 73 [1933], 217, 219; vgl. OLG Hamm, DNotZ 1970, 417 f.; OLG Zweibrücken, DNotZ 1997, 325, 326 f.; OLG Celle, BeckRS 1997, 31137770; AG Bremen, DNotZ 1965, 751; Erman/*Grizwotz*, BGB, 16. Aufl., § 1093 Rdnr. 3; MünchKomm-BGB/*Mohr*, 9. Aufl., § 1093 Rdnr. 5; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 1236; *Böhlinger*, BWNNotZ 1990, 153, 154 ff.; *Haegeler*, DNotZ 1965, 752; *Wulf*, DNotZ 1997, 331, 334). Ein Wohnnutzungsrecht gemäß § 1090 BGB ist nur dann anzunehmen, wenn sich aus der in der Grundbucheintragung in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der Eigentümer zur Mitbenutzung berechtigt sein soll (vgl. etwa OLG Stuttgart, BWNNotZ 1990, 163; OLG Koblenz, NJW 2000, 3791, 3792).

16 (cc) Solche Anhaltspunkte für eine vom Regelfall abweichende Bestellung eines Wohnnutzungsrechts statt eines Wohnungsrechts lassen sich weder der Eintragungsbewilligung vom 11.05.1976 noch dem Grundbucheintrag entnehmen. Das als „Wohnungsrecht“ bezeichnete Recht soll sich auf die „ausschließliche Nutzung“ der Wohnung des Unter-



geschosses beziehen. Ihm werden ganz bestimmte Räumlichkeiten unterworfen, nämlich die Untergeschosswohnung, und es weist auch im Übrigen einen mit § 1093 BGB zu vereinbarenden Inhalt auf. Aus dem Umstand, dass das lebenslängliche Wohnungsrecht der Klägerin unter der auflösenden Bedingung der Heirat steht, folgt bei nächstliegender Betrachtung ebenfalls nicht, dass sich der Eigentümer die Mitbenutzung der Wohnung vorbehalten hat.

17 (3) Dass die Klägerin das Wohnungsrecht bislang zu keinem Zeitpunkt ausgeübt hat, führt nicht zu dessen Erlöschen. Das Wohnungsrecht besteht grundsätzlich fort, auch wenn der Wohnungsberechtigte die dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume nicht (mehr) nutzt (zum dauerhaften Umzug in ein Pflegeheim; vgl. Senat, Urteil vom 19.01.2007, V ZR 163/06, ZfIR 2007, 63 Rdnr. 13). Das Wohnungsrecht der Klägerin endete auch nicht mit dem Tod der Erblasserin. Das folgt aus der Gesamtberechtigung gemäß § 428 BGB (vgl. Senat, Beschluss vom 21.12.1966, V ZB 24/66, BGHZ 46, 253, 259 f.; Urteil vom 06.03.2020, V ZR 329/18, DNotZ 2021, 275 Rdnr. 7; BGH, Urteil vom 11.07.1996, IX ZR 81/94, NJW 1996, 3006, 3008) und ist in der Bestellungsurkunde zudem ausdrücklich so bestimmt.

18 bb) Die Klägerin hat dem Beklagten die Benutzung der Wohnung nicht gemäß § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB überlassen. Zwar kann der Wohnungsberechtigte, wenn ihm dies gestattet ist, einem anderen und damit auch dem Eigentümer die Ausübung des Wohnungsrechts überlassen. Für eine solche Gestattung bedarf es aber einer Vereinbarung zwischen dem Eigentümer und dem Wohnungsberechtigten (vgl. Senat, Urteil vom 19.01.2007, V ZR 163/06, NJW 2007, 1884 Rdnr. 20; BGH, Urteil vom 25.09.1963, VIII ZR 39/62, NJW 1963, 2319). Kommt diese zustande und wird dem Eigentümer auf dieser Grundlage die Wohnung zur alleinigen Nutzung überlassen, bedarf es der Auslegung im Einzelfall, ob dafür die Zahlung eines Entgelts vereinbart ist. Vorliegend ist schon keine Vereinbarung zwischen den Parteien über die Gestattung der Überlassung der Ausübung des Wohnungsrechts getroffen worden. Die Klägerin war nur zur entgeltlichen Überlassung der Wohnung an den Beklagten bereit und dieser hat das Angebot auf Abschluss einer Nutzungsvereinbarung abgelehnt.

19 b) Der Beklagte hat die Gebrauchsvorteile, die aus dem rechtsgrundlosen Besitz der von dem Wohnungsrecht erfassten Untergeschosswohnung folgen, jedoch nicht auf Kosten der Klägerin erlangt.

20 aa) Der Bereicherungsschuldner erlangt nur dann im Sinne von § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB etwas auf Kosten des Bereicherungsgläubigers, wenn er in eine Rechtsposition eingegriffen hat, die nach der Rechtsordnung dem Gläubiger zu dessen ausschließlicher Verfügung und Verwertung zugewiesen ist (vgl. nur BGH, Urteil vom 09.03.1989, I ZR 189/86, BGHZ 107, 117, 120 f.). Insoweit ist es nicht entscheidend, ob der Bereicherungsschuldner bei redlichem Vorgehen etwas für die erlangte Position hätte zahlen müssen. Vielmehr kommt es darauf an, ob der Bereicherungsgläubiger nur die Unterlassung der unerlaubten Nutzung des Rechtsguts verlangen kann oder ob er darüber hinaus selbst berechtigt wäre, die Nutzungen zu ziehen

(Senat, Urteil vom 13.07.2012, V ZR 206/11, NJW 2012, 3572 Rdnr. 9).

21 bb) Das Wohnungsrecht berechtigt gemäß § 1093 Abs. 1 Satz 1 BGB nur zu einer eingeschränkten, nämlich der persönlichen Nutzung der umfassten Räume durch den Wohnungsberechtigten unter Ausschluss des Eigentümers. Es umfasst nicht das Recht zu einer alleinigen Überlassung der Räume an Dritte. Darin unterscheidet es sich von einem Nießbrauch, der ein umfassendes Nutzungsrecht gewährt (§ 1030 Abs. 1, § 1059 Satz 2 BGB; vgl. Senat, Urteil vom 13.07.2012, V ZR 206/11, NJW 2012, 3572 Rdnr. 13). Gestattet ist dem Wohnungsberechtigten lediglich die Aufnahme der Familie des Wohnungsberechtigten und der „zur standesgemäßen Bedienung und zur Pflege erforderlichen Personen“ (§ 1093 Abs. 2 BGB). Ob der Beklagte als Bruder der Klägerin zu diesem Personenkreis zählt, kann dahinstehen, weil die Klägerin als Wohnungsberechtigte die Räumlichkeiten schon nicht bewohnt. Die nach § 1093 Abs. 2 BGB Aufgenommenen erlangen kein eigenes Recht zum Wohnen und ihnen darf die Wohnung nicht zur alleinigen Benutzung überlassen werden (vgl. OLG Oldenburg, NJW-RR 1994, 467, 468; BeckOGK-BGB/Kazele, Stand: 01.02.2023], § 1093 Rdnr. 178; MünchKomm-BGB/Mohr, § 1093 Rdnr. 12; Staudinger/Reymann, § 1093 Rdnr. 40; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1262).

22 cc) Im Hinblick auf die nur eingeschränkte Berechtigung gemäß § 1093 Abs. 1 Satz 1 BGB zur persönlichen Nutzung hat der Senat bereits entschieden, dass der Wohnungsberechtigte gegen den eigenmächtig vermietenden Eigentümer keinen Anspruch auf Auskehrung der vereinnahmten Mieten aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB hat (vgl. Senat, Urteil vom 13.07.2012, V ZR 206/11, NJW 2012, 3572 Rdnr. 9 m. w. N.). Der vermietende Eigentümer erlangt zwar den mittelbaren Besitz an der Wohnung, nicht aber die vereinnahmten Mieten auf Kosten des Wohnungsberechtigten. Die Nutzungen sind dem Wohnungsberechtigten nicht zugewiesen, denn er hat keinen Anspruch gegen den Eigentümer auf Gestattung der Vermietung. Es fehlt am Zurechnungszusammenhang zwischen der Bereicherung des Eigentümers und der Entreicherung des Wohnungsberechtigten. Letzterem steht kein Vermietungsrecht zu. Auch der Eigentümer hat bei einer unberechtigten Vermietung der dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume durch den Wohnungsberechtigten keinen Anspruch auf Auskehrung der vereinnahmten Mieten aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB (vgl. Senat, Urteil vom 02.06.1972, V ZR 154/70, BGHZ 59, 51, 57 f.; zur unberechtigten Untervermietung; vgl. BGH, Urteil vom 13.12.1995, XII ZR 194/93, BGHZ 131, 297, 304 ff. m. w. N.; Urteil vom 12.08.2009, XII ZR 76/08, NJW-RR 2009, 1522 Rdnr. 30).

23 dd) Diese Grundsätze gelten, wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei annimmt, auch dann, wenn der Eigentümer – wie hier – die dem Wohnungsrecht unterliegenden Räume selbst bewohnt. Der Eigentümer, der die von dem Wohnungsrecht erfassten Räume anstelle des dort nicht wohnenden Berechtigten als Wohnung benutzt, wird durch den damit verbundenen Gebrauchsvorteil nicht auf Kosten des Wohnungsberechtigten bereichert. Der Eigentümer erlangt dann zwar, anders als bei der Vermietung an einen Dritten,

nicht nur den mittelbaren, sondern den unmittelbaren Besitz. Er zieht selbst die Gebrauchsvorteile. Damit tut er das, was nach dem Inhalt des Wohnungsrechts (§ 1093 Abs. 1 BGB) das ausschließliche Recht des Wohnungsberechtigten ist. Dieser könnte die Unterlassung der unerlaubten Nutzung durch den Eigentümer verlangen (§§ 1004, 1090 Abs. 2 i. V. m. § 1027 BGB). Der Vorteil, den der Eigentümer aus der Wohnnutzung zieht, ist aber nicht dem Wohnungsberechtigten zugewiesen; diesem steht nur der Vorteil des eigenen Gebrauchs der Wohnung zu. Der Wohnungsberechtigte hat keinen Anspruch darauf, die Vorteile abzuschöpfen, die der Eigentümer durch eine Vermietung oder – wie hier – durch eine unentgeltliche Eigennutzung zieht.

24 2. Rechtsfehlerfrei verneint das Berufungsgericht auch einen Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Nutzungersatz aus § 1093 Abs. 1 Satz 2, §§ 1065, 990 Abs. 1, § 987 Abs. 1, § 989 BGB.

25 a) Unmittelbar anwendbar sind die Vorschriften des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses nicht. Gemäß § 1093 Abs. 1 Satz 2 BGB finden auf das Wohnungsrecht nur bestimmte Vorschriften über den Nießbrauch entsprechende Anwendung. Die Norm des § 1065 BGB, die auf die für die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften verweist, zählt dazu nicht.

26 b) Der Wohnungsberechtigte kann von dem Eigentümer auch nicht über eine analoge Anwendung von § 1065 BGB Nutzungersatz nach den §§ 987 ff. BGB verlangen.

27 aa) Allerdings kommt im Grundsatz eine entsprechende Anwendbarkeit von § 1065 BGB auf das Wohnungsrecht in Betracht. Teilweise wird eine planwidrige Regelungslücke des § 1093 Abs. 1 Satz 2 BGB angenommen und über § 1065 BGB eine entsprechende Anwendung der §§ 985 ff. BGB bejaht (vgl. *Grüneberg/Herrler*, 82. Aufl., § 1093 Rdnr. 16; *MünchKomm-BGB/Mohr*, § 1093 Rdnr. 8; *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., § 217 S. 1106; a. A. *RGRK/Rothe*, BGB, 12. Aufl., § 1093 Rdnr. 6). Jedenfalls wird wegen der kurzen Verjährungsfrist für den Abwehrensanspruch aus § 1004 BGB (§ 195 BGB) ein erhebliches praktisches Bedürfnis für eine Anwendung der §§ 985 ff. BGB gesehen (vgl. *Staudinger/Reymann*, § 1093 Rdnr. 38; *Staudinger/Weber*, 2017, § 1027 Rdnr. 23 für die Grunddienstbarkeit). Dabei besteht Einigkeit, dass der Wohnungsberechtigte von einem Dritten gemäß § 985 BGB die Herausgabe der von dem Wohnungsrecht erfassten Räume verlangen kann. Anerkannt ist auch, dass dem Wohnungsberechtigten gegen den störenden Eigentümer ein Herausgabeanspruch zusteht, wobei unterschiedlich beurteilt wird, ob dieser sich aus § 985 BGB ergibt (vgl. OLG Hamburg, WuM 2004, 492; *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl., § 113 II 3 Fn. 9; *Hurst*, ZMR 1969, 97) oder ob § 985 BGB durch das gesetzliche Begleitschuldverhältnis, das mit der Bestellung des Wohnungsrechts kraft Gesetzes zwischen dem Wohnungsberechtigten und dem Eigentümer entsteht (vgl. Senat, Urteil vom 19.09.2008, V ZR 164/07, NJW 2008, 3703 Rdnr. 16 f.), verdrängt wird (vgl. *Staudinger/Reymann*, § 1093 Rdnr. 38; *Staudinger/Weber*, § 1027 Rdnr. 23 für die Grunddienstbarkeit).

28 bb) Nicht im Wege der analogen Anwendung von § 1065 BGB anwendbar sind jedoch im Verhältnis zwischen dem Wohnungsberechtigten und dem Eigentümer die Vorschriften der §§ 987 ff. BGB über den Ersatz von Nutzungen. Es mangelt insoweit an der erforderlichen Vergleichbarkeit der Sachverhalte (vgl. zu den Voraussetzungen einer Analogie Senat, Beschluss vom 14.06.2007, V ZB 102/06, NJW 2007, 3124 Rdnr. 11 m. w. N.). Die §§ 987 ff. BGB regeln Ansprüche des Eigentümers gegen den nichtberechtigten Besitzer wegen Nutzungen, die wegen der bestehenden Vindikationslage an sich dem Eigentümer zustünden. Dabei soll jedoch der redliche und unverklagte rechtmäßige Besitzer geschützt werden, der eine vermeintlich eigene Sache nutzt. Nach diesem Regelungszweck unterscheidet sich der Fall, in dem der Eigentümer anstelle des Wohnungsberechtigten die Wohnung nutzt, indem er sie vermietet oder selbst bewohnt, wesentlich von dem unmittelbaren Anwendungsbereich der §§ 987 ff. BGB. Ohne eine Vereinbarung mit dem Wohnungsberechtigten ist der Eigentümer zwar von der Nutzung der Wohnräume ausgeschlossen (§ 1093 Abs. 1 Satz 1 BGB) und zu deren Herausgabe verpflichtet. Die von dem Eigentümer unberechtigt gezogene Nutzung der Wohnung ist aber dem Wohnungsberechtigten von vornherein nicht zugewiesen (vgl. oben Rdnr. 23). Die Begrenzung des Zuweisungsgehalts des Wohnungsrechts auf die Eigennutzung durch den Wohnungsberechtigten steht der Anwendbarkeit der §§ 987 ff. BGB im Verhältnis zum Eigentümer entgegen. Die Wertung des § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB, dass der Wohnungsberechtigte keinen Anspruch darauf hat, die Vorteile abzuschöpfen, die der Eigentümer durch eine Vermietung oder – wie hier – durch eine Wohnnutzung zieht, gilt für die Vorschriften der §§ 987 ff. BGB über die Herausgabe gezogener Nutzung bzw. die Zahlung von Nutzungersatz gleichermaßen.

29 3. Der Wohnungsberechtigte ist durch die Verneinung der Ansprüche auf Nutzungersatz aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 und §§ 987 ff. BGB gegen den Eigentümer nicht schutzlos gestellt. Er kann Schadensersatz verlangen, wenn der Eigentümer seine Pflicht zur Herausgabe der von dem Wohnungsrecht erfassten Räume verletzt (§ 280 Abs. 1 und 2, § 823 Abs. 1 BGB). Dafür kann dahinstehen, ob sich der Herausgabeanspruch des Wohnungsberechtigten gegen den Eigentümer aus § 985 BGB oder aus dem gesetzlichen Begleitschuldverhältnis ergibt oder ob es sich insoweit um eine echte Anspruchskonkurrenz handelt. Der Klägerin ist durch die Wohnnutzung des Beklagten jedenfalls kein Schaden entstanden, weil sie zu keinem Zeitpunkt einen Willen hatte, die Wohnung selbst zu nutzen.

(...)

2. Erlöschen einer „Bauverbots“-Dienstbarkeit nach Verjährung des Beseitigungsanspruchs hinsichtlich beeinträchtigender Anlage

BGH, Urteil vom 20.01.2023, V ZR 65/22 (Vorinstanz: OLG Schleswig, Berichtigungsbeschluss vom 22.04.2022, 7 U 75/21)

BGB §§ 96, 894, 1028 Abs. 1 Satz 2
WEG § 1 Abs. 2

LEITSÄTZE:

1. Mit der Verjährung des Beseitigungsanspruchs erlischt die Grunddienstbarkeit nach § 1028 Abs. 1 Satz 2 BGB nur dann insgesamt, wenn die Ausübung der durch sie gewährten Berechtigung aufgrund der Beeinträchtigung durch die Anlage gar nicht mehr möglich ist; wird die Dienstbarkeit durch die Anlage nur teilweise beeinträchtigt, dann erlischt sie nur hinsichtlich des von der Beeinträchtigung betroffenen Teils und bleibt im Übrigen bestehen.
2. Dies gilt auch dann, wenn die Grunddienstbarkeit ein Bauverbot zum Inhalt hat, gegen das durch die Errichtung eines Gebäudes verstoßen wurde. Verjährt der Anspruch auf Beseitigung des Gebäudes, erlischt die Dienstbarkeit grundsätzlich nur insoweit, als das Unterlassen der Bebauung mit einem Gebäude entsprechenden Ausmaßes nicht mehr verlangt werden kann.
3. Wird die Löschung einer Grunddienstbarkeit begehrt, die zugunsten eines in Wohnungseigentum aufgeteilten Grundstücks besteht, so ist die auf § 894 BGB gestützte Klage gegen die Wohnungseigentümer als (gemeinschaftlich) Berechtigte zu richten; nur wenn es sich um Verwaltungsvermögen, d. h. um ein im Eigentum der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer stehendes Grundstück handelt, ist diese die richtige Beklagte.

Die Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2023, 451.

3. Genaue Bezeichnung einer Dienstbarkeit im Grundbuch

BGH, Urteil vom 11.11.2022, V ZR 145/21 (Vorinstanz: OLG München, Endurteil vom 23.06.2021, 7 U 1497/19)

BGB § 873 Abs. 1, § 874 Satz 1, § 1018

LEITSÄTZE:

1. Wenn der aus einer Grunddienstbarkeit Berechtigte durch Bezeichnung des herrschenden Grundstücks im Grundbuch eindeutig bezeichnet ist, kommt eine abweichende Auslegung anhand der Eintragungsbewilligung und der tatsächlichen Verhältnisse nicht in Betracht. Dies gilt auch dann, wenn die Grunddienstbarkeit zugunsten einer noch wegzumessenden Teilfläche bestellt worden war (im Anschluss an Senat,

Beschluss vom 23.09.1993, V ZB 27/92, BGHZ 123, 297, 301).

2. Herrschendes Grundstück im Sinne von § 1018 BGB kann nur ein selbstständiges Grundstück im Sinne der Grundbuchordnung, also eine räumlich abgegrenzte, auf einem besonderen Grundbuchblatt gebuchte Fläche sein. Ausreichend, aber auch erforderlich ist dabei, dass das Grundstück im Zeitpunkt der Eintragung der Dienstbarkeit rechtlich selbstständig ist.

SACHVERHALT:

1 Die Parteien sind Grundstücksnachbarn. Beide Grundstücke – das der Kläger (Flurstück XX 23/21) und das des Beklagten (Flurstück XX 23/17) – sind aus der Teilung des Flurstücks XX 23 hervorgegangen. Der Beklagte ist außerdem Eigentümer des nach der Teilung verbliebenen Restgrundstücks, das im Grundbuch weiterhin als Flurstück XX 23 geführt wird. Anlässlich des Verkaufs der noch wegzumessenden, heute dem Grundstück des Beklagten (XX 23/17) entsprechenden Teilfläche des früheren Flurstücks XX 23 verpflichtete sich die damalige Erwerberin am 25.07.1969 mit Wirkung gegen sich und ihre Rechtsnachfolger im Eigentum gegenüber den jeweiligen Eigentümern unter anderem der „Parzelle Nr. 2“, den Bewuchs auf der Kauffläche auf eine Höhe von maximal vier Metern zu beschränken. Die Parzelle Nr. 2 entspricht dem heutigen Grundstück der Kläger (XX 23/21). Hierfür wurde eine Grunddienstbarkeit bestellt und deren Eintragung im Grundbuch bewilligt. Der Eintragungsantrag sowie die Bezeichnung des herrschenden und des dienenden Grundstücks sollten einer Nachtragsurkunde vorbehalten bleiben. Mit Nachtragsurkunde vom 26.09.1972 bewilligten und beantragten die Eigentümer des zwischenzeitlich abgemessenen Grundstücks XX 23/17 die Eintragung der Grunddienstbarkeit „zugunsten des jeweiligen Eigentümers der Flst. Nr. XX 23“.

2 In das Grundbuch des Grundstücks XX 23/17 wurde am 17.01.1974 Folgendes eingetragen:

„Grunddienstbarkeit (Bepflanzungsbeschränkung) für den jeweiligen Eigentümer von Grundstück FINr. XX 23; gemäß Bewilligung vom 25.07.1969 URNr. (...) /1969 und Nachtrag vom 26.09.1972 URNr. (...) /1972“.

Zu diesem Zeitpunkt existierte für das Grundstück XX 23/21 noch kein eigenes Grundbuchblatt; ein solches wurde erst mit Eintragung der Kläger als Eigentümer am 25.03.1974 angelegt. Der Beklagte erwarb das Restgrundstück XX 23 im Jahr 2001 und das Grundstück XX 23/17 im Jahr 2010.

3 Mit ihrer Klage haben die Kläger zunächst verlangt, dass der Beklagte den Bewuchs auf vier Meter zurückschneidet. Das LG hat die Klage abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung der Kläger hat das OLG zurückgewiesen. Auf den erstmals in der Berufungsinstanz gestellten Hilfsantrag hat es jedoch festgestellt, dass der Beklagte verpflichtet ist, den Bewuchs auf höchstens vier Metern zu halten. Dagegen wendet sich der Beklagte mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Kläger beantragen.

AUS DEN GRÜNDEN:

4 I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts, dessen Urteil in BeckRS 2021, 15933 veröffentlicht ist, ist die Dienstbarkeit zugunsten des Grundstücks XX 23/21 entstanden. Zwar sei im maßgeblichen Grundbuch des dienenden Grundstücks XX 23/17 eine Dienstbarkeit zugunsten des Grundstücks XX 23 eingetragen worden. Bezogen auf das Grundstück XX 23 fehle es aber an einer korrespondierenden dingli-

chen Einigung, weil sich die Einigung in der Urkunde URNr. (...)/69 auf das noch wegzumessende Grundstück der Kläger (das spätere Flurstück XX 23/21) bezogen habe. Da dieses Grundstück bei der Eintragung der Dienstbarkeit in das Grundbuch des Grundstücks XX 23/17 grundbuchrechtlich noch nicht existiert habe, sei das Grundbuch zu diesem Zeitpunkt richtig gewesen. Die Bewilligung und die Eintragung betreffen kein Aliud, sondern ein überobligatorisches Mehr gegenüber der Einigung, hätten also dem mit der Einigung Gewollten entsprochen und seien lediglich darüber hinaus gegangen. Durch die spätere grundbuchrechtliche Entstehung des Grundstücks XX 23/21 habe sich an der bereits entstandenen Dienstbarkeit nichts mehr geändert, auch wenn das Grundbuch dadurch eventuell unrichtig geworden sei.

5 II. Die Revision des Beklagten hat Erfolg. Er ist gegenüber den Klägern nicht aufgrund einer Grunddienstbarkeit verpflichtet, den Bewuchs seines Grundstücks XX 23/17 auf höchstens vier Metern zu halten. Denn eine solche Grunddienstbarkeit zugunsten des klägerischen Grundstücks XX 23/21 ist nicht entstanden.

6 1. Voraussetzung für die Belastung eines Grundstücks mit einer Grunddienstbarkeit ist gemäß § 873 BGB eine Einigung über den Eintritt der Rechtsänderung und eine Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch. Einigung und Eintragung müssen inhaltlich übereinstimmen (vgl. Senat, Beschluss vom 23.09.1993, V ZB 27/92, BGHZ 123, 297, 301). Die Grunddienstbarkeit ist auf dem für das dienende Grundstück angelegten Grundbuchblatt in Abteilung II einzutragen (§ 10 Abs. 1 lit. a) GBV; siehe auch Senat, Urteil vom 07.03.2014, V ZR 137/13, WM 2014, 710 Rdnr. 9 m. w. N.).

7 a) Im Ausgangspunkt zutreffend ist die Annahme des Berufungsgerichts, dass sich die dingliche Einigung hinsichtlich der Belastung mit einer Dienstbarkeit auf das spätere Grundstück XX 23/17 und hinsichtlich der Berechtigung ausweislich der Bezeichnung als „Parzelle 2“ auf das spätere Grundstück XX 23/21 bezog. Richtig ist auch, dass die am 17.01.1974 auf dem Grundbuchblatt des Grundstücks XX 23/17 erfolgte Eintragung, die das Grundstück XX 23 als herrschendes Grundstück benennt, hiermit nicht übereinstimmt.

8 b) Rechtsfehlerhaft ist jedoch die Schlussfolgerung des Berufungsgerichts, dass gleichwohl eine Dienstbarkeit zugunsten des Grundstücks XX 23/21 entstanden sei. Da Einigung und Eintragung inhaltlich nicht übereinstimmen, sind die Voraussetzungen von § 873 BGB nicht erfüllt.

9 c) Nichts anderes folgt aus den in Bezug genommenen Urkunden. Wenn der aus einer Grunddienstbarkeit Berechtigte durch Bezeichnung des herrschenden Grundstücks im Grundbuch eindeutig bezeichnet ist, kommt eine abweichende Auslegung anhand der Eintragungsbewilligung und der tatsächlichen Verhältnisse nicht in Betracht. Dies gilt auch dann, wenn die Grunddienstbarkeit zugunsten einer noch wegzumessenden Teilfläche bestellt worden war (so bereits Senat, Beschluss vom 23.09.1993, V ZB 27/92, BGHZ 123, 297, 301).

10 aa) Zwar kann gemäß § 874 BGB bei der Eintragung eines Rechts, mit dem ein Grundstück belastet wird, zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden. Die Person des Berechtigten muss jedoch aus dem Grundbuch selbst ersichtlich sein. Ist der Berechtigte durch Bezeichnung des herrschenden Grundstücks im Grundbuch eindeutig bezeichnet, ist für eine Auslegung anhand der Eintragungsbewilligung kein Raum. Gerade weil der Berechtigte aus der Eintragung unmittelbar hervorgehen muss, besteht jedenfalls bei unzweideutiger Verlautbarung kein Anlass für den Rechtsverkehr, anhand der Bewilligung zu prüfen, ob die Eintragung damit übereinstimmt. Von Bedeutung ist auch nicht, dass Berechtigter einer Grunddienstbarkeit nicht ein namentlich bestimmter, sondern der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks ist (§ 1018 BGB), und dass deswegen der Berechtigte durch Bezeichnung dieses Grundstücks eingetragen wird. Denn wenn dies in eindeutiger Form geschehen ist, so ist der Berechtigte der Grunddienstbarkeit unzweideutig bezeichnet (vgl. zum Ganzen Senat, Beschluss vom 23.09.1993, V ZB 27/92, BGHZ 123, 297, 301).

11 bb) Daran gemessen richtet sich die Person des Berechtigten hier allein nach der Grundbucheintragung.

12 (1) Im Grundbuch des mittlerweile im Eigentum des Beklagten stehenden Grundstücks XX 23/17 ist als herrschendes Grundstück eindeutig das Grundstück XX 23 bezeichnet und nicht das klägerische Grundstück XX 23/21, das der in der dinglichen Einigung genannten Parzelle 2 entspricht. Die Bezeichnung des herrschenden Grundstücks mit der Flurstücksnummer XX 23 ist schon deshalb eindeutig, weil dieses Grundstück weiterhin existiert. Dass das herrschende Grundstück eindeutig bezeichnet ist, wird hier besonders augenfällig, weil das Grundstück XX 23 ebenfalls im Eigentum des Beklagten steht und dieser daher keine Veranlassung hatte anzunehmen, dass eigentlich ein Dritter berechtigt sein sollte. Demgegenüber ist unerheblich, dass alle Grundstücke aus dem früheren Flurstück XX 23 hervorgegangen sind.

13 (2) Entgegen der von dem Prozessbevollmächtigten der Kläger in der Verhandlung vor dem Senat vertretenen Ansicht ist § 1025 BGB nicht anwendbar. § 1025 Satz 1 BGB regelt die Teilung des Grundstücks des Berechtigten. Hier sollte aber nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht das gesamte ursprüngliche Grundstück XX 23 – aus dem sowohl herrschendes als auch belastetes Grundstück hervorgegangen sind – begünstigt und sodann nach Bestellung einer Grunddienstbarkeit geteilt werden. Vielmehr sollte nur ein noch wegzumessender Teil zulasten eines anderen noch wegzumessenden Teils berechtigt werden.

14 2. Anders als das Berufungsgericht offenbar meint, ergeben sich keine Besonderheiten aus dem Umstand, dass die Grunddienstbarkeit zugunsten einer noch wegzumessenden Teilfläche bestellt worden und das Grundstück der Kläger zum Zeitpunkt der Eintragung der Dienstbarkeit noch nicht entstanden war.



15 a) Das Berufungsgericht übersieht nämlich, dass herrschendes Grundstück im Sinne von § 1018 BGB nur ein selbstständiges Grundstück im Sinne der Grundbuchordnung, also eine räumlich abgegrenzte, auf einem besonderen Grundbuchblatt gebuchte Fläche sein kann (vgl. BayObLGZ 1965, 267, 271; ebenso Staudinger/Weber, Neub. 2017, § 1018 Rdnr. 43; BeckOGK-BGB/Kazele, Stand: 01.11.2022, § 1018 Rdnr. 131; NK-BGB/Otto, 5. Aufl., § 1018 Rdnr. 35; MünchKomm-BGB/Mohr, 8. Aufl., § 1018 Rdnr. 24). Dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und wird, soweit ersichtlich, nicht in Zweifel gezogen. Ausreichend, aber auch erforderlich ist dabei, dass das Grundstück im Zeitpunkt der Eintragung der Dienstbarkeit rechtlich selbstständig ist. Ist das herrschende Grundstück bei Bestellung der Dienstbarkeit noch rechtlich unselbstständig, kann das Grundstück durch eine Identitätserklärung bei Eintragung grundbuchmäßig bestimmt werden. Zugunsten eines katastermäßig selbstständigen, aber rechtlich unselbstständigen Grundstücks kann dagegen keine Grunddienstbarkeit bestellt werden (ebenso Staudinger/Weber, a. a. O.).

16 b) Hier existierte das klägerische Grundstück XX 23/21 zum Zeitpunkt der Eintragung noch nicht. Damit hätte die Eintragung der Dienstbarkeit nicht erfolgen dürfen, und sie konnte nicht zur Entstehung der Dienstbarkeit zugunsten des Grundstücks XX 23/21 führen. Möglich gewesen wäre allenfalls eine Sicherung des Anspruchs auf Einräumung der Dienstbarkeit durch Vormerkung gemäß § 883 Abs. 1 BGB (vgl. Staudinger/Weber, § 1018 Rdnr. 43). Die Dienstbarkeit konnte auch durch die spätere Anlegung des Grundbuchblatts für das Flurstück XX 23/21 nicht entstehen, weil – wie ausgeführt – Einigung und Eintragung inhaltlich nicht übereinstimmen (vgl. oben Rdnr. 7).

(...)

4. Keine unwirtschaftliche Aufteilung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz bei Miteigentum

OLG Braunschweig, Beschluss vom 30.11.2022, 2 W 104/22 (Lw)

GG Art. 14 Abs. 1 Satz 1

GrdstVG § 2 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 2

LEITSATZ:

Die Einräumung von Miteigentum allein bedeutet noch keine unwirtschaftliche Aufteilung im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 GrdstVG.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte zu 1 ist Eigentümerin des im Grundbuch des AG H für B Blatt 1056 zu lfd. Nr. 9 und 10 eingetragenen Grundbesitzes. Dabei handelt es sich um Landwirtschaftsflächen in der Größe von 5.296 m² und 10.754 m². Mit Überlassungsvertrag vom (...)03.2022 (UR-Nr.: [...]/22 des Notars H, [...]) hat die Beteiligte zu 1 den Grundbesitz auf die Betei-

ligten zu 2 und 3 zu je einem halben Miteigentumsanteil übertragen.

2 Auf den am 21.06.2022 bei dem Landkreis G eingegangenen Antrag, den Vertrag nach § 2 GrdstVG zu genehmigen, hat der Grundstücksverkehrsausschuss am 07.07.2022 beschlossen, den Vertrag nur unter der Bedingung zu genehmigen, dass das landwirtschaftliche Grundstück lediglich an eine Person zu Alleineigentum übertragen wird. Gegen den entsprechend ergangenen Grundstücksverkehrsgenehmigungsbescheid des Landkreises G vom 11.07.2022, der dem Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1 bis 3 am 18.07.2022 zugegangen ist, haben diese mit am 27.07.2022 bei dem Landkreis eingegangenen Schriftsatz Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt.

3 Das AG – Landwirtschaftsgericht – H hat den Antrag auf gerichtliche Entscheidung mit Beschluss vom 30.08.2022, zugestellt am 15.09.2022, zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die am 26.09.2022 bei Gericht eingegangene sofortige Beschwerde der Beteiligten zu 1 bis 3. Zur Begründung führen sie aus, dass nach § 8 Nr. 2 GrdstVG eine Genehmigung zu erteilen sei, wenn ein landwirtschaftlicher/forstwirtschaftlicher Betrieb geschlossen veräußert oder im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übertragen werde. Da die Veräußerin im Wege letztwilliger Verfügung den Grundbesitz von Todes wegen den beiden Erwerbern hätte zuwenden können, müsse es auch möglich sein, ihnen den Grundbesitz unter Lebenden zu übertragen. Das Argument des Landkreises G, dass zwar eine Übertragung an die Erwerber in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zulässig sei, nicht aber als Miteigentümer, entbehre jeder sachlichen Rechtfertigung.

4 Das AG hat der sofortigen Beschwerde mit Beschluss vom 11.10.2022 nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Braunschweig als Beschwerdegericht zur Entscheidung vorgelegt.

5 Der Senat hat den Landkreis G als Genehmigungsbehörde (Grundstücksverkehrsausschuss nach § 41 LwKG i. V. m. § 3 Abs. 1 GrdstVG) angehört.

6 II. 1. Die zulässige sofortige Beschwerde (§ 1 Nr. 2, 9 LwVG i. V. m. §§ 58 ff., 63 Abs. 2 Nr. 2 FamFG) ist begründet.

7 a) Der notarielle Vertrag vom (...)03.2022 bedarf als rechtsgeschäftliche Veräußerung landwirtschaftlicher Flächen von mehr als 1 ha gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1 GrdstVG i. V. m. § 1 Nds. GrdstVG AG (Niedersächsisches Ausführungsgesetz zum Grundstücksverkehrsgesetz) der Genehmigung. Werden – wie hier – in einem Vertrag mehrere Grundstücke veräußert, die die Genehmigungsfreigrenze teils überschreiten und teils unterschreiten, löst das die Freigrenze übersteigende Grundstück das Genehmigungserfordernis für das gesamte Geschäft nach § 2 Abs. 1 GrdstVG aus, da die Genehmigungsbedürftigkeit für das jeweilige Rechtsgeschäft grundsätzlich nur einheitlich beantwortet werden kann (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 17.11.2010, 2 Ww 6/10, NJW-RR 2011, 884 Rdnr. 32 ff.; OLG Schleswig, Beschluss vom 03.03.2009, 3 WLw 20/08, BeckRS 2009, 11302 Rdnr. 37; OLG Brandenburg, Beschluss vom 01.03.2018, 5 WLw 17/17 Rdnr. 15, BeckRS 2018, 11555;

Düsing/Martinez/Martinez/Martinez, Agrarrecht, 2. Aufl., § 2 GrdstVG Rdnr. 26).

8 Dasselbe ergibt sich auf Grundlage des am 01.09.2022 in Kraft getretenen § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 NGrdstLwG (Niedersächsisches Gesetz über Grundstücksgeschäfte im Bereich der Landwirtschaft), wonach nur die Veräußerung von Grundstücken, die kleiner sind als 0,5 ha, keiner Genehmigung nach § 2 Abs. 1 und Abs. 2 GrdstVG bedarf. Zudem bestimmt jetzt § 1 Abs. 1 Satz 2 NGrdstLwG, dass sich die Größe von Grundstücken unter Einschluss von solchen Grundstücken errechnet, die gleichzeitig veräußert werden.

9 b) Versagungsgründe nach § 9 GrdstVG liegen indes nicht vor. Insbesondere ist keine unwirtschaftliche Verkleinerung oder Aufteilung eines Grundstücks gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 GrdstVG gegeben.

10 (1) Nach der genannten Bestimmung darf die Genehmigung versagt oder durch Auflagen oder Bedingungen eingeschränkt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen sich ergibt, dass das Grundstück durch die Veräußerung unwirtschaftlich verkleinert oder aufgeteilt werden würde. Die Begründung von Miteigentum, die hier durch Überlassung des Grundbesitzes von der Beteiligten zu 1 an die Beteiligten zu 2 und 3 erfolgt, welche jeweils einen halben Miteigentumsanteil erwerben sollen, bedeutet jedoch nicht in jedem Fall eine unwirtschaftliche Aufteilung im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 GrdstVG mit der Folge, dass die Genehmigung zu versagen oder nur unter einer Bedingung zu erteilen wäre (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 28.10.1997, 3 W 69/97, AgrarR 1998, 317). Auch das OLG Stuttgart, welches zunächst den Grundsatz aufgestellt hat, die Begründung von Miteigentum stelle wegen der dem Miteigentum innewohnenden Tendenz zur Realteilung in aller Regel eine unwirtschaftliche Aufteilung des Grundstücks dar (vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 06.02.1990, 10 W(Lw) 17/89, RdL 1990, 155; ebenso *Wöhrmann*, Das Grundstücksverkehrsgesetz, 1963, S. 193), wendet diese Regel nicht schematisch an (vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 19.04.1994, 10 W(Lw) 12/92, RdL 1995, 48).

11 (2) Entscheidend ist, dass allein durch die Begründung von Miteigentum an dem in tatsächlicher Hinsicht ungeteilt bleibenden Grundstück, also durch die Bildung von Bruchteilseigentum im Rechtssinne das in der Natur vorhandene Grundstück nicht real verkleinert oder aufgeteilt wird, so dass sich an der tatsächlichen einheitlichen Bewirtschaftung des Grundstücks nichts ändert. Daraus lässt sich demgemäß keine unwirtschaftliche Verkleinerung oder Aufteilung entnehmen (vgl. *Netz*, GrdstVG, 7. Aufl., Rdnr. 23, 34). Auch gibt die bloße Begründung von Miteigentum noch nichts Ausreichendes dafür her, dass sich aus dem Bruchteilseigentum künftig eine Realteilung entwickeln wird (siehe auch dazu *Netz*, a. a. O.). Umstände, die darauf hindeuten würden, dass eine zu einer späteren Abtrennung von Grundstücksteilen führende Entwicklung schon jetzt konkret angelegt ist, liegen dagegen nicht vor.

12 Dass jeder Miteigentümer das Recht hat, die Auseinandersetzung der Bruchteilsgemeinschaft zu betreiben und

die Auseinandersetzung und Aufhebung der Gemeinschaft die Gefahr der Zerstückelung in sich trägt (so *Wöhrmann*, a. a. O.), stellt im Lichte der Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG keinen hinreichenden Grund dar, der Begründung von Miteigentum generell die Genehmigung zu versagen. Eine solche Sichtweise verkennt die Systematik des GrdstVG. Nach § 2 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Nr. 1 GrdstVG bedarf die rechtsgeschäftliche Veräußerung eines Grundstücks der Genehmigung, wobei der Veräußerung eines Grundstücks zwar die Einräumung eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück gleichsteht. Damit ist jedoch noch nichts darüber gesagt, ob die Genehmigung versagt werden kann. Dies regelt § 9 GrdstVG, wonach die Genehmigung nur unter bestimmten Voraussetzungen versagt oder durch Auflagen oder Bedingungen eingeschränkt werden darf. Daraus folgt, dass die Erteilung der Genehmigung die Regel und ihre Versagung oder Einschränkung die Ausnahme ist. Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis würde ins Gegenteil verkehrt, knüpfte man allein an die Einräumung oder Begründung von Miteigentum bereits die Versagung der Genehmigung.

13 Hinzu kommt, dass eine Veräußerung der Miteigentumsanteile und spätere Realteilung des Grundbesitzes der erneuten landwirtschaftsrechtlichen Genehmigung bedarf, eine spätere Realteilung also versagt werden könnte (vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.05.1975, 15 W(b) 1/75; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 28.10.1997, 3 W 69/97, AgrarR 1998, 317). Damit kann der Gefahr der Zerstückelung entgegengewirkt werden, wenn sie sich tatsächlich konkretisiert. Eine Teilungsversteigerung zur Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft nach § 180 ZVG wiederum würde nicht zur Teilung des Grundstücks in Natur, sondern lediglich zur Teilung des Erlöses führen (ebenso *Netz*, a. a. O.; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 28.10.1997, a. a. O.).

(...)

5. Übertragung von Miteigentumsanteilen innerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft, Erstreckung von Grundpfandrechten kraft Gesetzes

OLG Hamm, Beschluss vom 29.11.2022, 15 W 271/22

BGB §§ 877, 893, 925

GBO §§ 19, 20

LEITSÄTZE:

- Miteigentumsanteile können isoliert innerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft durch Auflassung übertragen werden.**
- Bei einer Vergrößerung des Miteigentumsanteils erstrecken sich die auf dem Miteigentumsanteil lastenden Grundpfandrechte kraft Gesetzes auf den hinzukommenden Miteigentumsanteil (Anschluss an OLG Karlsruhe, Beschluss vom 18.09.2012, 11 Wx 4/12).**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Beteiligten zu 1 bis 11 sind die Wohnungs- und Teileigentümer der Eigentumsanlage Y-Straße (...) in Z, deren Wohnungs- und Teileigentum in den im Rubrum angegebenen Grundbüchern eingetragen ist.

2 Die Beteiligte zu 2 ist im Teileigentumsgrundbuch von Z Blatt (...)82 noch unter ihrer vormaligen Firma (...) KG mit einem Miteigentumsanteil von 12,86/1.000 an dem Grundstück eingetragen. Eintragungen in Abteilung III dieses Grundbuchs sind nicht vorhanden.

3 In der notariellen Urkunde vom (...)06.2021 (UR-Nr. [...] /2021 des Notars V in Z) haben sich die Beteiligten zu 1 bis 11 darauf geeinigt, dass das für die Beteiligte zu 2 eingetragene Sondereigentum Gemeinschaftseigentum wird und der ihr zustehende Miteigentumsanteil von 12,86/1.000 anteilig auf die in den Grundbüchern von Z Blatt (...)72, (...)73, (...)74, (...)75, (...)76 und (...)77 eingetragenen Wohnungseigentümer übertragen wird.

4 Die Beteiligten haben beantragt,

die Eigentumsübertragung in den Grundbüchern einzutragen und das Teileigentumsgrundbuch Blatt (...)82 zu schließen.

5 Mit Zwischenverfügung vom 06.09.2021 hat das Grundbuchamt die Auffassung vertreten, dass der Vollziehung des Antrags die folgenden Eintragungshindernisse entgegenstehen: Erstens sei für die übertragenen Miteigentumsanteile eine Nachverpfändung der in den Grundbüchern von Z Blatt (...)72, (...)73, (...)76 und (...)77 eingetragenen Grundpfandrechte erforderlich. Zweitens müssten sich die betroffenen Wohnungseigentümer auch insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen (§ 800 ZPO). Drittens seien Unbedenklichkeitsbescheinigungen nachzureichen.

6 Die Beteiligten haben lediglich die geforderten Unbedenklichkeitsbescheinigungen nachgereicht. Trotz gewährter Fristverlängerungen haben sie die weiteren vom Grundbuchamt angenommenen Eintragungshindernisse nicht beseitigt.

7 Mit Beschluss vom 05.04.2022 hat das Grundbuchamt den Antrag aus dem Schriftsatz vom 30.08.2021 zurückgewiesen. Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Beteiligten vom 24.08.2022, mit der sie geltend machen, dass eine Nachverpfändung und Vollstreckungsunterwerfung nicht erforderlich seien. Das Grundbuchamt hat der Beschwerde mit Beschluss vom 01.09.2022 nicht abgeholfen und sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

8 II. Die zulässige Beschwerde ist auch in der Sache begründet und führt zu der aus dem Rubrum ersichtlichen Anweisung an das Grundbuchamt.

9 Der vom Grundbuchamt für erforderlich gehaltenen Nachverpfändung und Vollstreckungsunterwerfung bedarf es nicht. Weitere Eintragungshindernisse sind nicht gegeben.

10 Die Übertragung von Miteigentumsanteilen ohne gleichzeitige Übertragung von Sondereigentum innerhalb der

Wohnungseigentümergeinschaft ist nach allgemeiner Ansicht zulässig (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 2971 m. w. N.).

11 In Rechtsprechung und Literatur ist allerdings umstritten, ob sich die Belastungen des gewinnenden Wohnungseigentums kraft Gesetzes auf den übernommenen Miteigentumsanteil erstrecken (LG Wiesbaden, Beschluss vom 08.01.2004, 4 T 652/03, Rechtspfleger 2004, 350; Staudinger/C. Heinze, Neub. 2018, § 877 Rdnr. 64; BeckOGK-WEG/M. Müller, § 2 Rdnr. 363; Bärmann/Armbrüster, WEG, 14. Aufl., § 2 Rdnr. 90; Streuer, Rechtspfleger 1992, 181, 183; DNotI-Report 2015, 49) oder ob insoweit eine Nachverpfändung erforderlich ist (BayObLG, Beschluss vom 26.09.1958, 2 Z 104/58, Rechtspfleger 1959, 277; Senat, Beschluss vom 11.06.1986, 15 W 452/85, NJW-RR 1986, 1275; Demharter, GBO, 32. Aufl., Anh. zu § 3 Rdnr. 89; Schöner/Stöber, a. a. O.). In späteren Entscheidungen haben das BayObLG (Beschluss vom 16.04.1993, 2 Z BR 34/93, NJW-RR 1993, 1043) und der Senat (Beschluss vom 28.05.1998, 15 W 411/97, FGPrax 1998, 206) die Notwendigkeit einer rechtsgeschäftlichen Nachverpfändung offen gelassen.

12 Der Senat schließt sich nunmehr der Auffassung an, dass eine Erstreckung der Belastungen des gewinnenden Wohnungseigentums auf den übernommenen Miteigentumsanteil kraft Gesetzes stattfindet. Der BGH sieht die Änderung der mit einem bestimmten Sondereigentum verbundenen Miteigentumsquote als Inhaltsänderung im Sinne des § 877 BGB an (BGH, Urteil vom 18.06.1976, V ZR 156/75, NJW 1976, 1976). Die auf dem bisherigen Miteigentumsanteil lastenden Grundpfandrechte erstrecken sich damit auch auf den inhaltlich geänderten Miteigentumsanteil. Die Erstreckung bedarf damit keines weiteren Rechtsgeschäfts, sondern tritt kraft Gesetzes ein. Da die Erstreckung der Grundpfandrechte auf den hinzugewonnenen Miteigentumsanteil für die Grundpfandrechtsgläubiger rechtlich vorteilhaft ist, bedarf es nicht deren Zustimmung. Auch eine erneute Abgabe der Unterwerfungserklärung (§ 800 ZPO) ist deshalb entbehrlich.

13 Somit sind die beantragten Eigentumsumschreibungen und die Schließung des Teileigentumsgrundbuchs zu vollziehen.

(...)

6. Eintragung einer mit einer Eigentumswohnung mitveräußerten Gartenfläche als Sondereigentum

OLG Rostock, Beschluss vom 24.10.2022, 3 W 82/22

WEG § 3

LEITSÄTZE:

1. Das Sondereigentum gemäß § 3 Abs. 2 WEG in der seit dem 01.12.2020 geltenden Fassung kann auf einen außerhalb des Gebäudes liegenden Teil des Grund-

stücks, wie zum Beispiel Gartenflächen, erstreckt werden, es sei denn, die Wohnung oder die Räume bleiben dadurch wirtschaftlich nicht die Hauptsache.

2. Die Hauptsacheeigenschaft der Wohnung bzw. der Räume wird grundsätzlich vermutet, insbesondere bei – wie hier – Verbindung einer Wohnung mit einem Garten.
3. Eine Prüfung durch das Grundbuchamt hat nur bei konkreten anderweitigen Anhaltspunkten zu erfolgen.

Hinweis des Schriftleitung: Zur Entscheidung nimmt Prof. Dr. Hartmut Wicke, Notar in München, in ZWE 2023, 79 eingehend Stellung.

7. Zum ausländischen Güterrecht und zum gutgläubigen Erwerb einer Vormerkung

OLG München, Endurteil vom 17.08.2022, 7 U 4125/19

BGB § 883 Abs. 1, §§ 892, 894, 2301

EGBGB Art. 43 Abs. 1

GBO § 44 Abs. 2 Satz 1

LEITSÄTZE:

1. Die Prozessführungsbefugnis ist Prozessvoraussetzung, sodass grundsätzlich die lex fori und damit deutsches Zivilprozessrecht zur Anwendung kommt. Dies gilt jedoch nur, soweit dieses nicht auf ausländisches Recht verweist. Eine solche Verweisung ist immer dann anzunehmen, wenn sich die Prozessführungsbefugnis auf eine Vorschrift des materiellen Rechts gründet. Dies ist hier der Fall, da die Klägerin ihre Prozessführungsbefugnis auf das Güterrecht stützt. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Die Vormerkung im Sinne des § 883 BGB ist ein „Recht an einer Sache“ im Sinne des § 43 Abs. 1 EGBGB und folgt deshalb der lex rei sitae des betroffenen Grundstücks, das in Deutschland liegt (vgl. BeckOGK-BGB/Prütting, Stand: 01.02.2020, Art. 43 EGBGB Rdnr. 85). Die Möglichkeit und die Voraussetzungen des Erwerbs eines Rechts an einer Sache vom Nichtberechtigten sind ein Teilschritt der Übertragung eines dinglichen Rechts, fallen daher in den Anwendungsbereich des Art. 43 Abs. 1 EGBGB und bemessen sich deshalb nach deutschem Recht. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Ehegüterrechtliche absolute Verfügungsbeschränkungen sind im Grundbuch nicht eintragungsfähig, sodass es insoweit keinen guten Glauben an die Richtigkeit und Vollständigkeit des Grundbuchs geben kann und deshalb § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB vor solchen Verfügungsbeschränkungen auch nicht schützt. Dies gilt jedoch nur für den Ersterwerber. Gutgläubiger Zweiterwerb ist dagegen möglich. (Leitsatz der Schriftleitung)

4. Bei der Verlängerung einer Annahmefrist für ein Vertragsangebot vor deren Ablauf geht es zwar nicht um die Wiederverwendung einer eingetragenen Vormerkung nach deren Erlöschen infolge Aufhebung des ursprünglichen Vertrags und Abschluss eines anderweitigen (ebenso OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.06.2013, I-3 Wx 82/13, Rdnr. 21), jedoch sind aufgrund der strikten Akzessorietät der Vormerkung die vom BGH zur Frage der Wiederverwendung einer Vormerkung entwickelten Grundsätze zur erforderlichen Kongruenz von Eintragung, Bewilligung und Anspruch zugrunde zu legen. Welcher Anspruch durch die Vormerkung gesichert wird, ist demnach durch Auslegung des Eintragungsvermerks und der darin gemäß § 44 Abs. 2 Satz 1 GBO in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung zu ermitteln. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

- 1 A. Die Parteien streiten um eine Grundbuchberichtigung.
- 2 Die Klägerin, eine philippinische Staatsangehörige, und M B, ein deutscher Staatsangehöriger (im Folgenden MB genannt), lebten seit 2004 auf einer von MB gekauften Farm in Südafrika. Am XX.02.2006 schlossen sie in O, Südafrika, die Ehe. Ein Ehevertrag wurde nicht abgeschlossen, eine Rechtswahl nicht getroffen.
- 3 In das Wohnungs- und Teileigentums-Grundbuch von I-V des AG München, Band (...), Blatt Nr. (...) war MB als Eigentümer u. a. eines 98/10.000 Miteigentumsanteils an dem Grundstück (...)/20 I straße (...), Gebäude und Freifläche verbunden mit Sondereigentum an Wohnung und Keller Nr. (...) eingetragen.
- 4 Mit Urkunde des Notars X (URNr. [...] /2013) vom 27.11.2013 überließ MB, dabei unter Verwendung einer von MB H B, dem Ehemann der Beklagten und Sohn des MB aus früherer Ehe (im Folgenden als HB bezeichnet), erteilten notariellen Generalvollmacht vom 12.06.1996 (URNr. [...] /1996 des Notars Y) vertreten durch HB, dem HB neben 26 weiteren Wohnungen die o. g. streitgegenständliche Wohnung. Gleichzeitig behielt sich MB ein lebenslanges Nießbrauchsrecht an den 27 übertragenen Wohnungen vor und erklärten die Vertragsparteien die Auflassung hinsichtlich der 27 Wohnungen. Die Klägerin hat der Überlassung der Wohnung an HB nicht zugestimmt.
- 5 Am 04.12.2013 wurde HB als Eigentümer der streitgegenständlichen Wohnung in das Wohnungs- und Teileigentums-Grundbuch eingetragen. Gleichzeitig erfolgte die Eintragung des Nießbrauchs zugunsten des MB.
- 6 Am 15.01.2014 ging beim High Court of South Africa (Eastern Circuit Local Division, G) der Scheidungsantrag der Klägerin ein, der MB am 24.01.2014 zugestellt wurde. Das Scheidungsverfahren vor dem High Court of South Africa ist noch nicht abgeschlossen.
- 7 Mit Urkunde des Notars X (URNr. [...] /2014) vom 30.06.2014 bot HB der Beklagten an, einen Vertrag mit ihm zur unentgeltlichen Übertragung der streitgegenständlichen Woh-

nung sowie 24 weiterer Wohnungen in M auf die Beklagte abzuschließen. Das Angebot des HB war bis 31.12.2016 befristet. Darüber hinaus erteilte HB der Beklagten für den Fall der Annahme des Angebots unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB Vollmacht, für ihn und in seinem Namen zugleich mit der Annahmeerklärung die Auflassungserklärungen beider Parteien für sämtliche überlassenen Objekte beurkunden zu lassen. Schließlich beantragte und bewilligte HB hinsichtlich der streitgegenständlichen Wohnungen und aller weiteren zur Übertragung an die Beklagte angebotenen Wohnungen die Eintragung jeweils einer Auflassungsvormerkung in die jeweiligen Wohnungs- und Teileigentums-Grundbücher zugunsten der Beklagten „zur Sicherung deren Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an den genannten Objekten“.

8 Am 04.07.2014 wurde hinsichtlich des streitgegenständlichen Grundstücks eine Auflassungsvormerkung zugunsten der Beklagten „gemäß Bewilligung vom 30.06.2014 URNr. (...) Notar X“ in das Wohnungs- und Teileigentums-Grundbuch eingetragen.

9 Von den neben der streitgegenständlichen Wohnung der Beklagten von HB mit Urkunde vom 30.06.2014 zur unentgeltlichen Übertragung angebotenen weiteren 24 Wohnungen in M wurden von HB im Zeitraum vom 12.09.2014 bis 10.06.2016 drei Wohnungen an Dritte aufgelassen.

10 Am 06.05.2016 wurde der am 04.12.2013 zugunsten des MB in das Wohnungs- und Teileigentums-Grundbuch eingetragene Nießbrauch an der streitgegenständlichen Wohnung gelöscht.

11 Am 07.06.2016 schlossen HB und die Kreissparkasse S zwei Darlehensverträge über 1.000.000 € (Nr. [...]958) und 500.000 € ([...]941), wobei als Verwendungszweck der Darlehenssummen jeweils „Darlehensablösung HypoVereinsbank M (I straße [...])“ angegeben war.

12 Mit einstweiliger Verfügung vom 29.09.2016, 534 F 9427/16, ordnete das AG – Familiengericht München die Eintragung eines Widerspruchs zugunsten der Klägerin und MB gegen die Eintragung des HB als Eigentümer der streitgegenständlichen Wohnung sowie weiterer 25 Wohnungen an. Der Widerspruch wurde am 07.10.2016 in das Wohnungs- und Teileigentums-Grundbuch eingetragen.

13 Die Klägerin behauptete, HB sei zu Unrecht als Alleineigentümer der streitgegenständlichen Wohnung in das Wohnungs- und Teileigentums-Grundbuch eingetragen gewesen. HB habe die Wohnung mangels Zustimmung der Klägerin hierzu nicht wirksam von MB übertragen bekommen, da nach dem anwendbaren südafrikanischem Güterrecht durch die Eheschließung an der Wohnung Gesamthandseigentum der Klägerin und des MB begründet worden sei. HB habe dies auch gewusst. Im Übrigen habe HB den MB bei der Übertragung der Wohnung auch nicht wirksam vertreten, da die Generalvollmacht vom 12.06.1996 hierfür nicht ausgereicht habe. Die Überlassung der Wohnung habe nur dazu gedient, die nach südafrikanischen Recht bestehenden güterrechtlichen Ansprüche der Klägerin zu vereiteln.

14 Ein gutgläubiger Erwerb der Vormerkung durch die Beklagte scheitere schon daran, dass kein sicherungsfähiger Anspruch bestehe, da das bislang von der Beklagten nicht angenommene Schenkungsangebot des HB vom 30.06.2014 nur zu einem künftigen Anspruch führe und für diesen ein hinreichend sicherer Rechtsboden nicht bestehe. Darüber hinaus sei das Schenkungsangebot des HB an die Beklagte vom 30.06.2014 sittenwidrig und daher nichtig.

15 Die Klägerin sei nach dem anzuwendenden südafrikanischen Sachrecht hinsichtlich des geltend gemachten Grundbuchberichtigungsanspruchs auch aktivlegitimiert.

16 Die Klägerin beantragte,

die Beklagte wird verurteilt, der Berichtigung des Wohnungsgrundbuchs von I-V des AG München, Band (...), Blatt (...), Bestandsverzeichnis lfd. Nr. (...), 98/10.000 Miteigentumsanteil am Grundstück (...)/20 I straße (...), Gebäude- und Freifläche verbunden mit Sondereigentum an Wohnung und Keller Nr. (...), der Gestalt zuzustimmen, dass die in Abteilung 2 lfd. Nr. 2 zugunsten der Beklagten eingetragene Auflassungsvormerkung gelöscht wird.

17 Die Beklagte beantragte, Klageabweisung.

18 Sie erwiderte, dass deutsches und nicht südafrikanisches Güterrecht zur Anwendung käme, da MB und die Klägerin den erklärten Willen gehabt hätten, nach deutschem Recht zu heiraten. Aus diesem Grund würden die Klägerin und MB im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft (§§ 1363 ff. BGB) leben und wäre MB auch nach der Eheschließung mit der Klägerin Alleineigentümer der Wohnung geblieben. Die Übertragung der streitgegenständlichen Wohnung sowie der weiteren Wohnungen auf HB sei auch nicht schenkweise, sondern im Rahmen einer erforderlichen Umschuldung erfolgt. Ohne diese Umschuldung hätte MB seine Verbindlichkeiten gegenüber seinen Gläubigern nicht weiter bedienen können, sodass es zur Zwangsversteigerung gekommen wäre. Im Zuge der Umschuldung habe HB MB von Verbindlichkeiten i. H. v. 2.035.195,94 € befreit. Nachdem Verhandlungen mit der HVB, der bisherigen Hauptgläubigerin des MB, zugunsten derer die Wohnung(en) mit Grundschulden belastet war(en), um die Jahreswende 2015/2016 gescheitert seien, habe HB mit den beiden bei der Kreissparkasse S aufgenommenen Darlehen die HVB-Darlehen abgelöst.

19 Selbst wenn man – wie die Klägerin – von der Anwendbarkeit südafrikanischen Güterrechts ausgehe, so sähe dieses keine dinglichen Verfügungsbeschränkungen vor und gelte im Übrigen die Zustimmung des anderen Ehegatten zu Veräußerungen im normalen Geschäftsverkehr als erteilt. Um eine solche Veräußerung im normalen Geschäftsverkehr gehe es streitgegenständlich, da die Übertragung der Wohnung im Rahmen der Umschuldung erfolgt sei.

20 Ein Verstoß gegen etwaige Verfügungsbeschränkungen des südafrikanischen Rechts führe auch nicht zur Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts, sondern begründe allenfalls Schadensersatzansprüche des anderen Ehegatten, die erst im Rahmen der Vermögensaufteilung im Scheidungsverfahren zu berücksichtigen seien.

21 Die Übertragung der Wohnung sei auch nicht sittenwidrig gewesen.

22 Im Übrigen habe HB die Wohnung gutgläubig erworben, da ihm die angeblichen Verfügungsbeschränkungen des südafrikanischen Güterrechts nicht bekannt gewesen seien.

23 Auch die Beklagte selbst sei bei Erwerb der Vormerkung am 30.06.2014 gutgläubig gewesen. Sie habe nicht gewusst, dass auf die Ehe der Klägerin und des MB südafrikanisches Güterrecht zur Anwendung komme. Sie habe mit den „Weibergeschichten“ des MB nichts zu tun haben wollen. HB habe diese Angelegenheiten so weit wie möglich von ihr fernhalten wollen. Sie habe nur mitbekommen, dass HB andauernd Geld für MB habe auftreiben müssen.

24 Im Oktober 2016 und damit vor Ablauf der ursprünglich gesetzten Frist zur Annahme seines an die Beklagte gerichteten Schenkungsangebots habe HB die Annahmefrist bis 31.12.2026 verlängert.

25 Mit Endurteil vom 05.07.2019, 3 O 12134/17, wies das LG München I die Klage ab. Das LG führte zur Begründung seiner Entscheidung aus, dass der Klägerin der von ihr geltend gemachte Grundbuchberichtigungsanspruch nicht zustehe, da die im Grundbuch eingetragene Auflassungsvormerkung mit der wirklichen Rechtslage übereinstimme.

26 Die Voraussetzungen der §§ 883 und 885 BGB für das Entstehen einer Vormerkung seien erfüllt. Das Schenkungsangebot des HB an die Beklagte vom 30.06.2014 habe einen Anspruch der Beklagten auf Abschluss eines Vertrages zur Übertragung der streitgegenständlichen Wohnung begründet. Die Klägerin, die diesbezüglich die Beweislast treffe, habe die Behauptung der Beklagten, die Frist zur Annahme des Schenkungsangebots des HB sei verlängert worden und deshalb noch nicht abgelaufen, nicht widerlegt. Insoweit habe die Klägerin nämlich keinen Beweis angeboten. Nur die nicht beweisbelastete Beklagte habe Beweis angetreten (LGU S. 11 letzter Absatz und S. 12 erster Absatz).

27 Das Gericht sei nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 08.05.2019 davon überzeugt, dass das Schenkungsangebot vom 30.06.2014 kein Scheingeschäft gewesen sei. Die vom LG angehörte Beklagte habe glaubhaft bekundet, dass das Schenkungsangebot ernst gemeint gewesen sei. Das LG hielt die Beklagte auch unter Berücksichtigung von deren Eigeninteresse am Ausgang des Prozesses für glaubwürdig (LGU S. 12 zweiter Absatz). Auch die Tatsache, dass die Beklagte nicht gegen die nach Abgabe des Schenkungsversprechens erfolgten Zwischenverfügungen bezüglich dreier anderer Wohnungen vorgegangen sei, spreche nicht für ein Scheingeschäft, da die Beklagte ja bereits durch die Vormerkung ein Anwartschaftsrecht erworben habe und daher hinreichend gesichert gewesen sei. Eines weiteren Vorgehens habe es daher nicht bedurft (LGU S. 12 dritter Absatz).

28 Die Vormerkung sei entsprechend § 885 Abs. 1 Satz 1 BGB aufgrund der Bewilligung des HB in dem notariellen Schenkungsangebot vom 30.06.2014 erfolgt.

29 Weder die Auflassung durch MB an HB noch das Schenkungsangebot des HB an die Beklagte würden gegen die guten Sitten verstoßen. Insoweit habe die Klägerin schon nicht hinreichend vorgetragen, dass sich die Rechtsstellung der Klägerin durch das Schenkungsangebot des HB an die Beklagte tatsächlich verschlechtert habe. Die Beklagte habe durch das Privatgutachten von H G vorgetragen, dass die Veräußerung der Einheiten von MB an HB im November 2013 für die Klägerin keinen Nachteil bedeutet habe, da die Umschuldung zu einer Steigerung der Mieteinnahmen geführt habe und bestehende Verbindlichkeiten hätten zurückgezahlt werden können (LGU S. 13 erster Absatz).

30 Eine Schädigungsabsicht von HB oder der Beklagten habe die Klägerin weder schlüssig dargetan noch unter Beweis gestellt (LGU S. 13 zweiter Absatz).

31 Auf die Gutgläubigkeit der Beklagten komme es nicht an, da die Beklagte von HB als Berechtigtem erworben habe, weil dieser seinerseits das Eigentum an der streitgegenständlichen Wohnung gutgläubig von MB erworben habe (LGU S. 13 dritter Absatz). Zwar hätte die Grundstückübertragung durch MB auf HB nach südafrikanischem Recht der Zustimmung der Klägerin bedurft. Jedoch habe HB gutgläubig das Eigentum an dem Grundstück erworben. §§ 1365 und 1369 hinderten die Anwendung von § 892 BGB nicht. Die von MB auf HB übertragenen Wohnungen stellten nicht das gesamte Vermögen des MB und der Klägerin dar. Wohnungen seien auch kein Hausrat.

32 Eine Bösgläubigkeit des HB habe die Klägerin zur Überzeugung des LG nicht nachweisen können. Dass HB am 27.11.2013 bzw. 04.12.2013 wusste, dass die Klägerin und MB im Güterstand der community of property verheiratet waren und die Klägerin daher Miteigentümerin der M Wohnungen war und MB deshalb die Zustimmung der Klägerin benötigt hätte, hätte die Klägerin nur durch die Aussage von MB und HB nachweisen können. Insoweit sei aber Beweis nur unter Verwahrung gegen die Beweislast angeboten worden (LGU S. 15). Die sonst von der Klägerin angebotenen Beweismittel seien ungeeignet.

33 Die schnelle zeitliche Abfolge der Übertragungen könne eine Bösgläubigkeit nicht begründen. Auch die nahe Verwandtschaft von MB und HB sei dafür kein hinreichendes Indiz. Es sei auch nicht davon auszugehen, dass HB die Wohnungen unentgeltlich erworben habe und er dadurch Vorteile erlangt habe. Die Beklagte habe insoweit vorgetragen, dass der übertragene Grundbesitz mit einem Nießbrauch zugunsten von MB im Wert von 1.453.655 € belastet sei. Darüber hinaus bestünden an den Immobilien in M. dingliche Sicherheiten i. H. v. 536.850 €. Der Ertragswert der Immobilien belaufe sich lediglich auf 3.845.000 €, so dass es kein auffälliges Missverhältnis zwischen dem Wert der Immobilien und der Gegenleistung gebe. Schließlich habe die Beklagte substantiiert dargelegt, dass sich MB im November/Dezember 2013 in einem Liquiditätseingpass befunden habe und deshalb die monatlichen Darlehensverbindlichkeiten i. H. v. 15.000 € nicht mehr habe bedienen können, weshalb MB die Immobilien zum Zwecke der Umschuldung auf HB übertragen habe. Dies alles sei von der Klägerin nicht substantiiert bestritten worden. Zu guter



Letzt habe die Klägerin auch nicht substantiiert bestritten, dass HB bis Ende 2016 Aufwendungen in Höhe von insgesamt 4.473.687,02 € zugunsten von MB getätigt habe.

34 Die Auflassung vom 27.11.2013 sei wirksam, insbesondere sei die von HB dabei verwendete Generalvollmacht gültig gewesen.

35 Die Auflassung sei auch nicht sittenwidrig. Es sei schon fraglich, ob in Anbetracht der vorgenommenen Umschuldung die Klägerin hierdurch überhaupt geschädigt worden sei. Die Klägerin sei jedenfalls insoweit ihrer Darlegungs- und Beweislast nicht nachgekommen.

36 Nach alledem habe die Klägerin ihr Miteigentum an dem Grundstück durch den gutgläubigen Eigentumserwerb des HB verloren, sodass sie nicht mehr Gläubigerin im Sinne des § 894 BGB sei. Durch die Vormerkung zugunsten der Beklagten sei daher kein Recht der Klägerin beeinträchtigt.

37 Auf den Tatbestand und die Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urteils wird gemäß § 540 Abs. 1 ZPO Bezug genommen.

38 Mit ihrer Berufung verfolgt die Klägerin unter Wiederholung und Vertiefung ihres bisherigen Vortrags ihr erstinstanzliches Klageziel vollumfänglich weiter.

39 Sie rügt u. a., dass sich das LG nicht mit der Gültigkeit der von HB bei der Übertragung der Wohnung(en) von MB an ihn verwendeten Generalvollmacht und der Unwirksamkeit der Auflassung an HB auseinandersetze sowie die Darlegungs- und Beweislast verkenne. Bei der Annahme eines gutgläubigen Erwerbs der Wohnung(en) durch HB habe das LG übersehen, dass bei der vorliegend anzunehmenden Vorwegnahme der Erbfolge § 892 BGB schon nicht zur Anwendung komme. Im Übrigen verhindere auch die wirtschaftliche Identität von MB und HB eine Berufung auf § 892 BGB. Das LG habe es auch unterlassen, die von Klägerseite für die Bösgläubigkeit des HB angebotenen Beweise zu erheben. So hätte der Notar O vernommen werden müssen. Die von der Klägerin vorgetragene Indiztatsachen, die für eine Bösgläubigkeit des HB sprächen, habe das LG ignoriert. Insbesondere der enge zeitliche Zusammenhang zwischen der Bekundung der Scheidungsabsicht durch die Klägerin im Herbst 2013 sowie der schriftlichen Information des MB über die südafrikanische Güterrechtslage durch den südafrikanischen Rechtsanwalt R einerseits und der Übertragung der Wohnung(en) Ende November/Anfang Dezember 2013 andererseits, sei außer Acht geblieben, ebenso die familiäre Nähe von MB und HB. Bei der Beurteilung habe das LG darüber hinaus fälschlich nicht auf den Zeitpunkt der Vollendung des Erwerbs des Eigentums durch HB, sondern teilweise auf Vorgänge abgestellt, die sich erst Jahre später zugetragen hätten. Das LG habe auch keinen Hinweis darauf erteilt, dass der Aspekt der (Un-)Entgeltlichkeit der Übertragung der Wohnung(en) von MB auf HB von Bedeutung sei. Hätte das LG einen solchen Hinweis erteilt, hätte die Klägerin weiter zur Unschlüssigkeit des Vortrags der Beklagten zur behaupteten Umschuldung vorgetragen.

40 Hinsichtlich eines gutgläubigen Erwerbs der Vormerkung habe das LG übersehen, dass ein zu sichernder Anspruch der Beklagten nicht bestehe, da aufgrund des Schenkungsversprechens des HB vom 30.06.2014 nur ein künftiger Anspruch begründet worden sei, dem es aber an einem hinreichend sicheren Rechtsboden fehle. Ein gutgläubiger Erwerb der Vormerkung sei daher ausgeschlossen. Außerdem bestehe der Schutzzweck der Vormerkungsvorschriften nicht darin, Immobilien bei einem zwischengeschalteten „Strohmann“, nämlich der Beklagten, zu parken, um sie sodann an gutgläubige Dritte zu veräußern.

41 Schließlich habe das LG auch verkannt, dass sich die Vermögenslage der Klägerin und des MB durch die Übertragung der Wohnung(en) auf HB verschlechtert habe. Das vom LG für die Beurteilung der Vermögenslage der Ehegatten herangezogene Privatgutachten H G stamme aus dem Jahr 2019, relevanter Zeitpunkt sei aber der Zeitpunkt der Übertragung der Wohnung(en) Ende 2013.

42 Die Beklagte beantragt daher:

Unter Abänderung des Endurteils des LG München I – 3. Zivilkammer – vom 05.07.2019, Az. 3 O 12134/17 wird die Beklagte verurteilt, der Berichtigung des Wohnungsgrundbuchs von I-V des AG München, Band (...), Blatt (...), Bestandsverzeichnis lfd. Nr. 1, 98/10.000 Miteigentumsanteil am Grundstück (...)/20 I Straße (...), Gebäude- und Freifläche verbunden mit Sondereigentum an Wohnung und Keller Nr. (...), der Gestalt zuzustimmen, dass die in Abteilung 2 lfd. Nr. 2 zugunsten der Beklagten eingetragene Auflassungsvormerkung gelöscht wird.

43 Hilfsweise beantragt die Klägerin:

Auf die Berufung der Klägerin hin wird das Endurteil des LG München I – 3. Zivilkammer – vom 05.07.2019, 3 O 12134/17 samt dem ihm zugrunde liegenden Verfahren aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung – auch über die Kosten des Berufungsverfahrens – an das LG München I zurückverwiesen.

44 Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Berufung.

45 Die Beklagte verteidigt das Urteil.

46 Sie trägt dazu vor, dass die Idee des Übertragungsangebots an die Beklagte erst nach der Übertragung der Wohnungen durch MB an HB entstanden sei. MB sei nicht mehr kreditwürdig gewesen und die HVB als Darlehensgeberin sei nicht mehr bereit gewesen, weitere Wohnungen, die als Sicherheit dienten, freizugeben, damit MB den Verkaufserlös „verplempern“ könne. Die HVB sei auch nicht mit einer Reduzierung der Tilgungssätze einverstanden gewesen. Die Verträge mit der HVB hätten nur bei einem Eigentümerwechsel beendet werden können, was aber allein das Problem des hohen Schuldendienstes nicht hätte lösen können. Nur eine Umschuldung und Ablösung der HVB-Darlehen durch einen neuen Eigentümer hätte die Möglichkeit eröffnet, niedrigere Zinsen und Tilgungen zu vereinbaren, die zu einem höheren Cash-Flow führen würden. Dieser höhere Cash-Flow sollte MB und der Klägerin im Wege des Nieß-

brauchs zugutekommen. HB sei ein kreditwürdiger Darlehensnehmer gewesen, der im Herbst 2013 zuverlässig, vertrauenswürdig, gesund und liquide gewesen sei.

47 Nach dem Erwerb der Wohnungen in M von MB habe HB befürchten müssen, an P-Krebs erkrankt zu sein. Die Werte des Tumormarkers PSA seien bereits seit Mitte 2013 deutlich über der Norm gelegen und seien seitdem bedrohlich angestiegen. Da zu diesem Zeitpunkt die Umschuldung durch den Abschluss neuer Darlehensverträge noch nicht abgeschlossen gewesen sei, habe dies das Projekt in Frage gestellt. Bis zu einer Umschuldung hätten die Mittel zum Ausgleich der Cashunterdeckung des MB i. H. v. 12.700 € monatlich durch HB aufgebracht werden müssen. Aufgrund des Krebsverdachts habe HB befürchten müssen, nicht mehr kreditwürdig zu sein oder schlimmstenfalls vor der Umschuldung zu versterben. In diesem Fall hätten die Beklagte und die minderjährigen Kinder des HB eine Erbengemeinschaft gebildet. Die Beklagte hätte dann allein die Darlehen nicht erhalten, da sie nicht Alleineigentümerin der Wohnungen geworden wäre. Die Beklagte hätte durch das Schenkungsangebot in die Lage versetzt werden sollen, im Falle der krankheitsbedingten Verweigerung der Darlehensgewährung an HB durch die Banken oder im Falle eines absehbaren Versterbens von HB sofort Alleineigentümerin der Wohnungen zu werden und als in eigener Person kreditwürdige nunmehrige Alleineigentümerin die Finanzierung mit der Bank zu realisieren.

48 Die Verlängerung der Annahmefrist für das Schenkungsangebot im Oktober 2016 mit notarieller Urkunde des Notars X vom 18.10.2016 (URNr. [...] /2016) sei damit zu erklären, dass die Erkrankung des HB zu diesem Zeitpunkt noch längst nicht überwunden gewesen sei. Vielmehr seien die PSA-Werte weiter dramatisch angestiegen. HB habe bis dahin bereits Biopsien und eine MRT-Untersuchung hinter sich gehabt. Im Jahr 2018 sei der PSA-Wert weiter angestiegen. Im Jahr 2019 habe sich HB einer schweren Krebsoperation unterziehen müssen, bei der eine radikale P-tekтомie durchgeführt worden sei. Dass kurz vor der Verlängerung der Annahmefrist für das Schenkungsangebot die beiden Darlehensverträge mit der KSK S abgeschlossen worden seien, habe an den Befürchtungen, dass HB als Darlehensnehmer wegfallen oder durch das Fortschreiten der Krankheit seine Kreditwürdigkeit verlieren könne, nichts geändert.

(...)

50 B. Die zulässige Berufung der Klägerin ist unbegründet, da das LG die Klage jedenfalls im Ergebnis zu Recht abgewiesen hat.

51 I. Die Klage ist zulässig, insbesondere ist die Klägerin prozessführungsbefugt.

52 Zwar ist die Prozessführungsbefugnis Prozessvoraussetzung, sodass grundsätzlich die lex fori und damit deutsches Zivilprozessrecht zur Anwendung kommt. Dies gilt jedoch nur, soweit dieses nicht auf ausländisches Recht verweist. Eine solche Verweisung ist immer dann anzunehmen, wenn sich die Prozessführungsbefugnis auf eine Vorschrift des materiellen Rechts gründet. Dies ist hier der Fall,

da die Klägerin ihre Prozessführungsbefugnis auf das Güterrecht stützt. Dann bestimmt sich die Prozessführungsbefugnis nach der Rechtsnorm, die nach deutschem bzw. in Deutschland geltendem internationalen Privatrecht maßgeblich ist (vgl. Geimer/Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2020, Parteien und ihre Vertreter, Rdnr. 2234 und 2235 und dem in Rdnr. 2238 aufgeführten Beispiel, dass ein Ehegatte die Rechte des anderen Ehegatten kraft Güterrechts geltend macht). Im Streitgegenständlichen Fall ist dies das südafrikanische Güterrecht.

53 Grundsätzlich bemißt sich die Frage, welches Recht auf den ehelichen Güterstand anwendbar ist, nach dem 3. Kapitel der EuGüVO. Für Ehegatten, die – wie die Klägerin und MB – die Ehe vor dem 29.01.2019 eingegangen, gilt nach Art. 69 Abs. 3 EuGüVO weiterhin Art. 15 EGBGB (vgl. Grüneberg/Thorn, 81. Aufl. 2022, Art. 69 EuGüVO Rdnr. 1). Mangels Rechtswahl der Ehegatten (Art. 15 Abs. 2 EGBGB) unterliegen demnach die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe dem bei der Eheschließung für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgebenden Recht. Da die Klägerin und MB zum Zeitpunkt der Eheschließung keine gemeinsame Staatsangehörigkeit hatten (Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB), kommt es insoweit darauf an, ob und ggf. in welchem Land beide Ehegatten bei der Eheschließung ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten. Der gewöhnliche Aufenthalt bezeichnet dabei den Ort eines nicht nur vorübergehenden Verweilens, an dem der Schwerpunkt der Bindungen einer Person insbesondere in familiärer oder beruflicher Hinsicht und damit ihr Daseinsmittelpunkt liegt. Entscheidend sind in erster Linie die objektiven Merkmale der Dauer und Beständigkeit des Aufenthalts. Der Wille, den Aufenthaltsort zum Daseinsmittelpunkt zu machen, ist nicht erforderlich. Der gewöhnliche Aufenthalt ist ein faktischer Wohnsitz. Er erfordert eine gewisse Eingliederung in die soziale Umwelt, die durch die tatsächliche Dauer des Aufenthalts indiziert wird. Bei mehr als sechs Monaten ist grundsätzlich von einem gewöhnlichen Aufenthalt auszugehen (vgl. Grüneberg/Thorn, Art. 5 EGBGB Rdnr. 10).

54 Nach diesen Grundsätzen lag der gewöhnliche Aufenthalt der Ehegatten zum Zeitpunkt der Eheschließung 2006 in Südafrika. Denn bereits im Jahr 2003 hatte MB einen dauerhaften Anlegeplatz für seine Yacht in K, Südafrika, gekauft und die Klägerin und MB lebten sodann seit 2004 auf einer von MB angeschafften Farm in Südafrika. Auf die Behauptung der Beklagten, die Ehegatten hätten in Südafrika nur vorübergehend Station machen und nach Brasilien weitersegeln wollen und die Ehe hätte nach der Vorstellung der Ehegatten deutschem Recht unterfallen sollen, und damit auf die Willensrichtung des MB und der Klägerin kommt es wegen der objektiven Natur des gewöhnlichen Aufenthalts nicht an. Ebenso wenig ist entscheidungserheblich, ob die Ehegatten von der Anwendbarkeit deutschen Rechts auf ihre Ehe ausgingen. Dies ist ein unbeachtlicher Rechtsirrtum.

55 Da das nach alledem anwendbare südafrikanische Güterrecht nach der Rechtsauskunft des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht vom 04.12.2020 eine Berechtigung der Klägerin vorsieht, auch

ohne Zustimmung des MB gegen Dritte zu klagen, ist die Klägerin prozessführungsbefugt.

56 II. Die Klage ist jedoch unbegründet, da der von der Klägerin geltend gemachte, auf die Zustimmung der Beklagten zur Löschung der zu deren Gunsten in das Grundbuch eingetragenen Vormerkung gerichtete Grundbuchberichtigungsanspruch nach § 894 BGB nicht besteht. Denn die im Grundbuch zugunsten der Beklagten eingetragene Vormerkung entspricht der wirklichen Rechtslage.

57 Es kann insoweit dahinstehen, ob die Klägerin hinsichtlich dieses Grundbuchberichtigungsanspruchs – wie sie behauptet – aktivlegitimiert ist, weil sie nach klägerischem Vortrag durch die Eheschließung mit MB im Jahr 2006 aufgrund des nach südafrikanischem Güterrecht in Ermangelung einer Rechtswahl der Ehegatten anwendbaren gesetzlichen Güterstands der community of property zusammen mit MB Gesamthandseigentümerin der bis zur Eheschließung im Alleineigentum des MB stehenden streitgegenständlichen Wohnung geworden sei und dies auch immer noch sei, da HB mangels ihrer nach südafrikanischem Güterrecht erforderlichen Zustimmung zur Überlassung der Wohnung durch MB an HB im November 2013 nicht Eigentümer der Wohnung geworden sei, sodass die Klägerin in ihrer Stellung als Gesamthandseigentümerin durch die Eintragung der Vormerkung zugunsten der Beklagten beeinträchtigt sei. Denn selbst wenn die Klägerin hinsichtlich des streitgegenständlichen Grundbuchberichtigungsanspruchs aktivlegitimiert wäre, so bestünde dieser Anspruch dennoch nicht, da die zugunsten der Beklagten eingetragene Vormerkung mit der wirklichen Rechtslage übereinstimmt. Die Beklagte hat die Vormerkung nämlich gutgläubig erworben und die Vormerkung ist in der Folge auch nicht untergegangen.

58 1. Gemäß Art. 43 Abs. 1 EGBGB kommt auf die Frage des gutgläubigen Erwerbs der Vormerkung und die Frage des Weiterbestehens der Vormerkung deutsches Sachrecht zur Anwendung, da die Vormerkung im Sinne des § 883 BGB ein „Recht an einer Sache“ im Sinne des § 43 Abs. 1 EGBGB ist und deshalb der *lex rei sitae* des betroffenen Grundstücks folgt, das in Deutschland liegt (vgl. BeckOGK-BGB/*Prütting*, Art. 43 EGBGB Rdnr. 85). Die Möglichkeit und die Voraussetzungen des Erwerbs eines Rechts an einer Sache vom Nichtberechtigten sind ein Teilschritt der Übertragung eines dinglichen Rechts, fallen daher in den Anwendungsbereich des Art. 43 Abs. 1 EGBGB und bemessen sich deshalb nach deutschem Recht (vgl. *Grüneberg/Thorn*, Art. 43 EGBGB Rdnr. 3 m. w. N. aus der Rechtsprechung).

59 2. Aus dem notariellen Schenkungsangebot des HB vom 30.06.2014 ergibt sich mangels Annahme dieses Angebots durch die Beklagte noch kein Auflassungsanspruch der Beklagten, sondern lediglich ein künftiger Auflassungsanspruch der Beklagten. Solche künftigen Ansprüche sind nach § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB vormerkungsfähig, wenn bereits der Rechtsboden für ihre Entstehung durch ein rechtsverbindliches Angebot soweit vorbereitet ist, dass die Entstehung des Anspruchs nur noch vom Willen des künftigen Berechtigten abhängt (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 31.10.1980, V UR 95/79, Rdnr. 11 m. w. N.). Als feste Rechts-

grundlage genügt damit jedenfalls die vom Schuldner nicht mehr einseitig zu beseitigende Bindung, die eingetreten ist, wenn er seine zur Anspruchsentstehung notwendige Willenserklärung nicht mehr widerrufen kann (vgl. BGH, Urteil vom 09.03.2006, IX ZR 11/05, Rdnr. 13 m. w. N.). Dies ist nach dem Schenkungsangebot des HB vom 30.06.2014 der Fall, da ein Widerruf des Schenkungsangebots durch ihn nicht mehr möglich ist.

60 Entgegen der Ansicht der Klägerin handelt es sich bei dem aus dem Schenkungsangebot des HB vom 30.06.2014 resultierenden künftigen Auflassungsanspruch der Beklagten auch nicht um ein Schenkungsversprechen von Todes wegen im Sinne des § 2301 BGB, da das Schenkungsversprechen nicht daran anknüpft, dass die Beklagte als Beschenkte HB als Schenker überlebt. Vielmehr kann die Beklagte das Schenkungs- und Auflassungsangebot des HB jederzeit annehmen. Da der durch die Vormerkung gesicherte zukünftige Anspruch somit kein erbrechtlicher ist, ist er auch vormerkungsfähig (vgl. BayObLG, Beschluss vom 16.05.2002, 2 Z BR 181/01, Rdnr. 20 f.).

61 Da der gutgläubige Ersterwerb einer Vormerkung nach § 893 Fall 2 BGB (dazu BGH, Urteil vom 10.12.1971, V ZR 90/69, Rdnr. 11) entsprechend 892 BGB möglich ist (vgl. *Grüneberg/Herrler*, § 885 Rdnr. 13), konnte die Beklagte grundsätzlich auf die Eintragung des HB als Alleineigentümer der streitgegenständlichen Wohnung im Wohnungs- und Teileigentums-Grundbuch vertrauen.

62 3. Ein gutgläubiger Erwerb der Vormerkung wäre nach § 893 Fall 2, § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB ausgeschlossen, wenn zum Erwerbszeitpunkt zugunsten der Klägerin ein Widerspruch hinsichtlich der Eigentümerstellung des HB in das Grundbuch eingetragen gewesen wäre. Ein solcher Widerspruch wurde jedoch erst aufgrund der einstweiligen Verfügung des AG – Familiengericht München vom 29.09.2016, 534 F 9427/16, (...), am 07.10.2016 eingetragen. Dieser Zeitpunkt liegt lange nach dem im Rahmen des 892 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB allein relevanten Zeitpunkt der Vollendung des Erwerbs der Vormerkung durch die Beklagte (zum Abstellen auf diesen Zeitpunkt und zur Unanwendbarkeit des § 892 Abs. 2 BGB im Fall des § 892 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB vgl. OLG Köln, Beschluss vom 22.05.2013, I-2 Wx 94 – 97/13, Rdnr. 21 und *Grüneberg/Herrler*, § 892 Rdnr. 23). Denn der Erwerb der Vormerkung durch die Beklagte war aufgrund der zuvor erfolgten Einigung von HB und der Beklagten bereits mit der Eintragung der Vormerkung am 04.07.2014 vollendet.

63 Aus diesem Grund kommt es für die Frage, ob der am 07.10.2016 eingetragene Widerspruch gegen die Eigentümerstellung des HB den Vormerkungserwerb durch die Beklagten noch hindern konnte, auch nicht darauf an, dass die Verlängerung des Schenkungsangebots an die Beklagte durch HB am 18.10.2016 und damit nach Eintragung des Widerspruchs am 07.10.2016 erfolgte. Denn mit der Verlängerung des Schenkungsangebots war kein Neuerwerb der Vormerkung verbunden (zur Verlängerung siehe unten unter 8.).

64 4. Ein gutgläubiger Erwerb der Vormerkung durch die Beklagte war aber auch nicht nach § 893 Fall 2, § 892 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB ausgeschlossen. Denn nach Durchführung der Beweisaufnahme konnte die Klägerin nicht zur Überzeugung des Senats nachweisen, dass die Beklagte zu dem im Rahmen des § 892 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB nach § 892 Abs. 2 1. Alt. BGB allein ausschlaggebenden Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf Eintragung der Vormerkung (hierzu vgl. BGH, Urteil vom 13.10.2000, V ZR 349/99, Rdnr. 12) positive Kenntnis von der (unterstellt) tatsächlich nicht gegebenen Eigentümerstellung des HB und damit von der (unterstellten) Unrichtigkeit des Grundbuchs hatte. Zwar ist der Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf Eintragung der Vormerkung von den Parteien nicht vorgetragen, er liegt jedoch notwendigerweise zwischen der Errichtung der Urkunde des Notars X vom 30.06.2014 und der Eintragung der Vormerkung in das Wohnungs- und Teileigentums-Grundbuch am 04.07.2014. Da nicht ersichtlich ist, dass sich innerhalb dieser wenigen Tage etwas am Kenntnisstand der Beklagten hinsichtlich der Eigentümerstellung des HB geändert hätte, kann der taggenaue Zeitpunkt der Antragstellung dahinstehen.

65 Gemäß § 892 Abs. 2 Alt. 1 BGB kommt es dagegen für die Frage einer positiven Kenntnis der Beklagten von der (unterstellten) Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht auf die Situation bei Verlängerung des Schenkungsangebots durch HB am 18.10.2016 an.

66 a. Die Beweislast für eine positive Kenntnis der Beklagten von der (unterstellt) fehlenden Eigentümerstellung des HB trägt nicht die Erwerberin, sondern die Klägerin, die sich auf die Unwirksamkeit des Erwerbs beruft. Denn nach dem Wortlaut des § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB („es sei denn, dass [...] die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist“) ist der gute Glaube an die Richtigkeit des Grundbuchs keine Tatbestandsvoraussetzung des Erwerbs, sondern die Bösgläubigkeit vielmehr ein Ausschlussgrund (vgl. BeckOGK-BGB/*Hertel*, Stand: 15.04.2021, § 892 Rdnr. 90).

67 b. Nach der Rechtsprechung des BGH kann eine nicht beweisbelastete Partei jedoch grundsätzlich ausnahmsweise eine Substantiierungslast treffen, wenn der darlegungspflichtige Gegner außerhalb des darzulegenden Geschehensablaufs steht und die maßgebenden Tatsachen nicht kennt, während sie der anderen Partei bekannt und ihr nähere Angaben zuzumuten sind (BGH, Urteil vom 18.05.2005, VIII ZR 368/03, Rdnr. 22 m. w. N. aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung). Diese Grundsätze gelten auch im Rahmen des § 892 (vgl. BGH, Urteil vom 24.10.2014, V ZR 45/13, Rdnr. 22). Der BGH hat insoweit angenommen, dass, wenn die beweisbelastete Partei Tatsachen vorgetragen hat, die einen Verdacht der Bösgläubigkeit des Erwerbers begründen, der Erwerber sodann die für seine Gutgläubigkeit sprechenden Tatsachen darzulegen hat, die die beweisbelastete Partei anschließend widerlegen muss (vgl. BGH, Urteil vom 24.10.2014, V ZR 45/13, Rdnr. 23).

68 Nachdem die Klägerin, die außerhalb der Vorgänge um das Schenkungsangebot und die Vormerkung stand und deshalb die maßgebenden Tatsachen nicht kennt, in erster Instanz vorgetragen hatte, dass weder ein Grund für die

Abgabe des Schenkungsangebots durch HB, für die Verlängerung dieses Angebots am 18.10.2016 noch für die Nichtannahme dieses Angebots durch die Beklagte ersichtlich sei und diese deshalb nicht nachvollziehbare Vorgehensweise des HB und der Beklagten auch aufgrund des engen zeitlichen Zusammenhangs mit der Einreichung des Scheidungsantrags durch die Klägerin auf ein kollusives Zusammenwirken der Ehegatten hindeute in der Absicht, die nach südafrikanischem Güterrecht gegebenen Ansprüche der Klägerin hinsichtlich der streitgegenständlichen, aber auch der anderen zur Übertragung angebotenen Wohnungen zu vereiteln, hat die Beklagte, die in erster Instanz lediglich pauschal ihre Bösgläubigkeit bestritten hatte, erstmals in der Berufungserwiderung Gründe für das Schenkungsangebot des HB an sie und dessen immer noch nicht erfolgte Annahme durch sie dargetan. Im Wesentlichen sollte mit dem Schenkungsangebot bei einer etwaigen Tumorerkrankung des HB und einer dadurch beeinträchtigten Kreditwürdigkeit des HB die Finanzierung der von MB dem HB überlassenen, mit Grundschulden belasteten Wohnungen in M dadurch sichergestellt werden, dass in diesem Fall (und nur in diesem) die Beklagte schnell Alleineigentümerin der Wohnungen werden könne und die Finanzierung unabhängig von HB selbst abwickeln könne (zum Vorbringen der Beklagten im Einzelnen vgl. oben den Tatbestand zum streitigen Beklagtenvorbringen in zweiter Instanz).

69 Wie der Senat in seinem Hinweis an die Parteien vom 06.08.2020 zum Ausdruck gebracht hat, genügt dieser Vortrag der Beklagten zur Erfüllung der ihr obliegenden sekundären Darlegungslast.

70 c. Nach alledem war es nunmehr an der beweisbelasteten Klägerin, die positive Kenntnis der Beklagten davon, dass HB nicht Eigentümer der streitgegenständlichen Wohnung geworden war, und damit die Bösgläubigkeit der Beklagten nachzuweisen (eine von der Klägerin angenommene sekundäre Beweislast gibt es nicht).

71 aa. Unter Anwendung der vom BGH für die Annahme einer positiven Kenntnis im Sinne des § 892 Abs. 1 Satz 1 2. Var. BGB entwickelten Grundsätze läge positive Kenntnis der Beklagten von der (unterstellt) fehlenden Eigentümerstellung des HB bereits dann vor, wenn sich der Verdacht eines aufgrund der güterrechtlichen Regelungen nach südafrikanischem Recht unwirksamen Erwerbs der streitgegenständlichen Wohnung durch HB von MB für die Beklagte aufdrängte, sie jedoch die Möglichkeiten, sich Klarheit zu verschaffen, bewusst nicht wahrgenommen hätte, um zu vermeiden, dass aus einem begründeten Verdacht Gewissheit wird (BGH, Urteil vom 24.10.2014, V ZR 45/13, Rdnr. 33). Die Beklagte müsste also vor der Nichtberechtigung des HB bewusst die Augen verschlossen haben (BGH, Urteil vom 24.10.2014, V ZR 45/13, Rdnr. 35). Eine lediglich grob fahrlässige Unkenntnis, ein Zweifeln oder Möglichhalten genügen dagegen nicht (vgl. *Grüneberg/Herrler*, § 892 Rdnr. 24). Bei zweifelhafter Rechtslage ergibt sich eine Kenntnis der Unrichtigkeit einer Eintragung im Grundbuch nicht schon aus der Kenntnis der sie begründenden Tatsachen (RG, Urteil vom 20.11.1937, V 307/36, RGZ 156, 122, 128).

72 bb. Den ihr obliegenden Nachweis einer solchen positiven Kenntnis hat die Klägerin durch die durchgeführte Beweisaufnahme jedoch nicht zur Überzeugung des Senats führen können, wobei der Senat sich zur Bildung einer Überzeugung mit einer Gewissheit begnügt, die Zweifeln Schweigen gebiete, ohne sie völlig auszuschließen (vgl. BGH, Urteil vom 16.04.2013, VI ZR 44/12, Rdnr. 8).

73 (1) Die Beklagte hat im Rahmen ihrer Parteieinvernahme durch den Senat glaubhaft bekundet, dass sie weder in die Finanzierung des Lebens des MB, ihres Schwiegervaters, noch in die Finanzierung der von MB auf HB übertragenen Wohnungen eingebunden gewesen sei. Was MB und die Klägerin machten, ginge sie nichts an und interessiere sie nicht. Das Schenkungsangebot des HB an sie kenne sie, ihr sei auch klar gewesen, dass sie dieses Angebot annehmen könne. Mit der Bedeutung der Vormerkung habe sie sich nicht befasst, sie wisse auch nicht, was eine Vormerkung sei. Hintergrund des Schenkungsversprechens ihres Mannes sei nicht das Scheidungsverfahren des MB und der Klägerin gewesen, das insoweit nicht von Interesse gewesen sei, sondern ausschließlich die steigenden PSA-Werte des HB, aufgrund derer HB und sie damit gerechnet hätten, dass HB irgendwann an Krebs erkranken würde. HB habe ihr daraufhin vorgeschlagen, Regelungen für den Fall zu treffen, dass er sterben würde. Mit den Regelungen habe sie sich aber nicht auseinandergesetzt; sie habe sich damit auch nicht befassen wollen. Sie vertraue insoweit auf ihren Mann, mit dem sie seit 35 Jahren in einer Beziehung lebe und von dem auch die Idee für die Schenkung gekommen sei.

74 Für die Glaubhaftigkeit der Aussage der Beklagten spricht zunächst die Aussage des Zeugen N, der HB seit 2012 als Urologe behandelt und der glaubhaft bekundete, dass die PSA-Werte des HB bereits seit 2012 auffällig gewesen seien, dass sie aber im Jahr 2014 stetig und schnell gestiegen seien und deshalb im August 2014 eine Biopsie vorgenommen worden sei. Der von der Beklagten in ihrer Aussage angegebene Anlass für das am 30.06.2014 erklärte Schenkungsangebot, nämlich das Wissen sowohl des HB als auch der Beklagten um die ernsthafte Möglichkeit einer P-krebserkrankung bei HB in der ersten Jahreshälfte 2014 und damit vor Abgabe des Schenkungsversprechens steht damit zur Überzeugung des Senats fest. Ohne Bedeutung ist dabei, dass – was zwischen den Parteien unstrittig ist – eine Tumorerkrankung des HB positiv erst mehrere Jahre später (2018/2019) festgestellt wurde und in früheren Jahren durchgeführte Biopsien einen negativen Befund erbrachten. Denn nach Aussage des Zeugen N kann auch nach einer negativen Biopsie das Vorhandensein eines Tumors nicht ausgeschlossen werden, da Biopsien immer nur punktuell trafen. Da der Zeuge N gleichzeitig bekundete, dass „es ein reelles Risiko (gebe), an einem P-karzinom zu sterben“, erscheint auch glaubhaft, dass die Beklagte und HB durch das Schenkungsangebot Vorsorge für den Fall eines Versterbens des HB im Zuge einer P-erkrankung treffen wollten, obwohl eine solche zu diesem Zeitpunkt (30.06.2014) unstrittig noch nicht diagnostiziert war. Dabei kommt es nämlich allein darauf an, ob die Ehegatten subjektiv davon ausgingen, dass eine solche Gefahr

möglicherweise bestehe. Ob und inwiefern HB und der Zeuge N im Rahmen der Behandlung über die Gefahr eines tödlichen Ausgangs der Erkrankung sprachen und ob damit objektiv im konkreten Fall für HB (zeitnah) Todesgefahr bestand, ist für die Frage der Glaubhaftigkeit der Aussage der Beklagten hinsichtlich des Beweggrundes für das Schenkungsangebot dagegen unerheblich. Denn es ist nach der allgemeinen Lebenserfahrung nicht fernliegend, dass Vorsorgemaßnahmen (und darum hat es sich nach Aussage der Beklagten im Falle des Schenkungsangebots gehandelt: „Ich habe es so verstanden, dass Hintergrund für die Schenkung war, dass im Falle des Sterbens meines Mannes, ich nicht nur Schulden haben sollte“) selbst dann getroffen werden, wenn die Beteiligten nur subjektiv von einer Gefahr ausgehen, diese Gefahr jedoch objektiv gar nicht oder nur in einem geringen Umfang besteht. Dass es (unterstellt) auch andere rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten gegeben haben mag, um das nach dem Vortrag der Beklagten mit dem Schenkungsangebot verfolgte Ziel der Sicherung der Finanzierung der Umschuldung zu erreichen, und dass nach der Aussage der Beklagten HB und die Beklagte ein gemeinschaftliches Testament errichteten, mit dem die Ehegatten sich ohnehin gegenseitig als Erben einsetzten, spricht nicht gegen die Glaubhaftigkeit der Aussage der Beklagten, da die tatsächlich gewählte Lösung des Schenkungsangebots jedenfalls auch dazu führt, dass die Beklagte einfach, schnell, unabhängig vom Willen Dritter und ohne Weiteres nachweisbar zu jedem ihr beliebigen Zeitpunkt (ggf. auch noch vor dem Tod des HB) Alleineigentümerin der Wohnung(en) werden kann, während bei testamentarischer Erbfolge stets die Möglichkeit einer Anfechtung des Testaments durch übergangene Erbaspiranten und damit der Unsicherheit hinsichtlich des Eigentumserwerbs besteht. Glaubhaft ist ferner die Aussage der Beklagten auch insoweit, als sie erklärte, sie habe sich mit den „vertraglichen Regelungen“ nicht befasst und auch nicht befassen wollen, da es dabei um die Finanzierung gegangen sei und sie insoweit ihrem Mann vertraut habe, der Bankkaufmann sei und sich darum gekümmert habe. Denn es ist allgemein bekannt, dass es – auch wenn es dem aktuell propagierten Rollenverständnis nicht mehr entsprechen mag – immer noch Ehen gibt, in denen nach der von den Ehegatten konsensual vorgenommenen Aufgabenverteilung, deren Festlegung allein Sache der Ehegatten ist, der Ehemann die wirtschaftlichen und finanziellen Angelegenheiten regelt, zumal wenn der Mann Bankkaufmann ist und deshalb über die entsprechende Sachkenntnis verfügt. Die von der Beklagten geschilderte Aufgabenverteilung ist deshalb auch nicht fernliegend. Aufgrund der 35-jährigen Dauer der Beziehung der Beklagten zu HB ist auch nicht fernliegend, dass die Beklagten ihrem Mann „blind“ vertraute.

75 Aufgrund dieses Vertrauens der Beklagten in HB und dem von der Beklagten bekundeten Zweck des Schenkungsangebots vom 30.06.2014, nämlich die Sicherstellung der Finanzierung der Umschuldung, spricht auch die Übertragung von drei der der Beklagten von HB schenkweise angebotenen Wohnungen an Dritte nach dem 30.06.2014 nicht gegen die Glaubhaftigkeit der Aussage der Beklagten. Denn nach der Absprache zwischen HB und der Beklagten

ging es gerade nicht darum, der Beklagten die Möglichkeit zur Vermögensmehrung zu verschaffen, die durch eine Übertragung von drei Wohnungen geschmälert worden wäre. Vielmehr sei es nur um eine Vorsorgemaßnahme für den Fall des Versterbens des HB gegangen. Dieser Zweck hätte auch noch nach Überlassung der drei Wohnungen an Dritte erreicht werden können.

76 Wegen der glaubhaft vorgetragenen Nichtbefassung der Beklagten mit der „Finanzierung“ der Umschuldung spricht gegen die Glaubhaftigkeit ihrer Aussage auch nicht, dass – jedenfalls nach dem Vortrag der Klägerin – die angebliche krankheitsbedingte potentielle Gefährdung der Kreditwürdigkeit des HB unter Berücksichtigung seines behaupteten erheblichen eigenen Immobilienbesitzes nicht nachvollziehbar, die Umschuldung letztendlich gar nicht erforderlich gewesen sei, da die Mieterträge aus der streitgegenständlichen Wohnung und den anderen Wohnungen zur Tragung der Darlehensraten ausgereicht hätten und die beiden Brüder des HB durch die Umschuldung zulasten von MB und der Klägerin entlastet würden.

(...)

80 (3) Der Senat verkennt bei der Bewertung sowohl der Glaubhaftigkeit der Aussage der Beklagten als auch ihrer Glaubwürdigkeit nicht, dass es gewichtige Indizien gibt, die darauf hindeuten, dass HB bei der Übertragung der streitgegenständlichen Wohnung von MB auf ihn Ende November/Anfang Dezember 2013 zumindest befürchtete, dass MB entgegen der Eintragung im Grundbuch nicht Alleineigentümer der Wohnung war, sondern dass tatsächlich MB und die Klägerin aufgrund südafrikanischen Güterrechts Gesamthandseigentümer der Wohnung waren und dass dies der Grund für die Übertragung war. Dafür spricht insbesondere der enge zeitliche Zusammenhang zwischen der Übertragung der Wohnung(en) Ende November/Anfang Dezember 2013 auf HB und der Einreichung des Scheidungsantrags der Klägerin im Januar 2014. Selbst wenn aber HB bei Übertragung der Wohnung(en) auf ihn durch MB im Jahr 2013 aufgrund seiner (des HB) unterstellten positiven Kenntnis von dem nach südafrikanischem Güterrecht tatsächlich bestehenden Gesamthandseigentum von MB und der Klägerin an der Wohnung gewusst haben sollte, dass die Eintragung des MB in das Grundbuch als Alleineigentümer der Wohnung(en) tatsächlich unrichtig war (was der Senat ausdrücklich offenlässt), und er deshalb folglich auch bei Abgabe des Schenkungsversprechens gegenüber der Beklagten und der Bewilligung der Vormerkung am 30.06.2014 bösgläubig gewesen wäre, so würde all dies nach Durchführung der Beweisaufnahme nicht zur Bejahung auch einer positiven Kenntnis der Beklagten von der tatsächlich nicht bestehenden Alleineigentümerstellung des HB an der Wohnung führen. Denn dazu hätte die Beklagte entweder positive Kenntnis davon haben müssen, dass HB tatsächlich nicht Eigentümer der Wohnung(en) war, was, wenn HB ihr dies nicht so eröffnet haben sollte (dafür, dass HB ihr dies eröffnet hat, haben sich keine Anhaltspunkte ergeben), Kenntnis nicht nur der tatsächlichen Umstände des Scheidungsverfahrens in Südafrika, sondern auch der Anwendbarkeit südafrikanischen Rechts und der

sich daraus ergebenden Rechtslage voraussetzt. Abgesehen davon, dass nicht einmal der Senat aufgrund der von der Klägerseite in Bezug genommenen südafrikanischen Rechtstexte aus eigener Sachkunde mit Sicherheit beurteilen kann, ob nach südafrikanischem Recht durch die Eheschließung der Klägerin mit MB Gesamthandseigentum der Ehegatten an der Wohnung begründet wurde und welche Folgen dies für die Wirksamkeit von Verfügungsgeschäften eines der Ehegatten hat, ist nicht ersichtlich, wie die Beklagte als juristische Laiin diese Sicherheit hätte erlangen sollen, um zu der erforderlichen positiven Kenntnis vom Bestehen von Gesamthandseigentum zu gelangen. Denn nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme hat sich die Beklagte nachvollziehbar (siehe oben) mit den Verhältnissen von MB nicht befasst und hat ihr HB nur gesagt, dass er die Wohnung(en) von einem Vater übernommen habe, weil dieser nicht liquide sei und wegen seines Alters keinen Kredit mehr bekomme, und dass er MB habe helfen wollen. Daraus lässt sich eine positive Kenntnis der Beklagten hinsichtlich der Unrichtigkeit der Eintragung des HB in das Grundbuch als Alleineigentümer nicht herleiten, zumal die mit der Überlassung der Wohnungen durch MB an HB verbundene Eintragung eines Nießbrauchs an den Wohnungen zugunsten des MB mit der von HB bekundeten Absicht, durch die Umschuldung MB finanziell helfen zu wollen, konform geht und deshalb diese Absicht des HB aus Sicht der Beklagten plausibel erschien. Die Tatsache, dass es sich bei der Beklagten um die Ehefrau des HB handelt, genügt – auch bei einer Zusammenschau mit den anderen Umständen des vorliegenden Falles – entgegen der Ansicht der Klägerin für eine Überzeugungsbildung des Senats hinsichtlich positiver Kenntnis der Beklagten nicht.

81 cc. Die Beklagte hat nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme auch nicht vor der fehlenden Alleineigentümerstellung des HB die Augen verschlossen, was – wie oben unter aa. ausgeführt – einer positiven Kenntnis von der Nichtberechtigung des HB gleichzustellen wäre. Denn in Anbetracht ihrer glaubhaften Nichtbefassung mit den Angelegenheiten ihres Schwiegervaters und der Abwicklung der Finanzierung allein durch ihren Mann (HB) sowie der unklaren und komplexen südafrikanischen Rechtslage ist nicht ersichtlich, warum sich ihr hätte aufdrängen müssen, dass HB die Wohnung(en) nicht berechtigt von MB erlangt haben sollte. Entgegen der Ansicht der Klägerin bestand deshalb auch keine Obliegenheit, sich über den Hintergrund des Schenkungsversprechens näher zu informieren.

(...)

86 Nach alledem sieht der Senat unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles eine positive Kenntnis der Beklagten von der Unrichtigkeit des Grundbuchs als nicht erwiesen an, sondern geht vielmehr von einer Gutgläubigkeit der Beklagten aus.

87 5. Die Anwendung der §§ 893, 892 BGB war auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Erwerb der Vormerkung kein Verkehrsgeschäft gewesen wäre (zum ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal des „Verkehrsgeschäfts“ im Rahmen des § 892 BGB vgl. BGH, Urteil vom 29.06.2007, V ZR 5 /07, Rdnr. 22 ff.).

88 a. Die wohl herrschende Meinung in Schrifttum und Rechtsprechung verneint das Vorliegen eines „Verkehrsgeschäfts“ und damit die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs nach §§ 893, 892 BGB, wenn es sich bei dem auf den Rechtserwerb gerichteten Rechtsgeschäft um die Vorwegnahme der Erbfolge handelt (vgl. RG, Urteil vom 23.04.1932, V 325/31, RGZ 136, 148, 150, BayObLG, Beschluss vom 17.04.1986, 2 Z 79/85, Rdnr. 21, OLG Zweibrücken, Beschluss vom 30.08.1999, 3 W 125/99, Rdnr. 7, MünchKomm-BGB/Kohler, 8. Aufl. 2020, § 892 Rdnr. 31; ausdrücklich offengelassen aber in BGH, Urteil vom 02.10.1981, V ZR 126/80, Rdnr. 10). Danach sei für die rechtsvernichtende Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs kein Raum in Fällen, in denen die Eigentumsübertragung sowohl nach ihrer tatsächlichen Gestaltung wie auch nach dem Willen der Vertragsbeteiligten die Bedeutung einer Vorwegnahme der Erbfolge habe. Dafür müsse aber das fragliche Rechtsgeschäft seiner Gesamtgestaltung nach so deutlich die Züge einer Vorwegnahme der Erbfolge in sich tragen, dass zweifelsfrei eine Anwendung des § 892 BGB seinem Zweck nach nicht begründet sei (RG, a. a. O.). Das Angebot des HB auf unentgeltliche Übertragung der streitgegenständlichen sowie der weiteren Wohnungen erfüllt diese Voraussetzungen nicht. Denn in der Urkunde vom 30.06.2014 ist ausdrücklich nur die Rede davon, dass das Übertragungsangebot „unentgeltlich“ und damit schenkweise erfolge. Von einer Vorwegnahme der Erbfolge ist in der Urkunde dagegen ebenso wenig die Rede wie von den beiden gemeinsamen Kindern der Klägerin und des HB als weichenden Erben. Darüber hinaus bekundete die glaubwürdige Beklagte in ihrer Parteivernehmung durch den Senat in der mündlichen Verhandlung vom 06.07.2022 glaubhaft, dass es bei der Schenkung ausschließlich um die Sicherung der Finanzierung für den Fall der schwerwiegenden Erkrankung bzw. des Versterbens des HB ging (zur Einschätzung der Beklagten als glaubwürdig und ihrer Aussage als glaubhaft vgl. die Ausführungen oben unter 4 c)) und damit nicht um eine Vorwegnahme der Erbfolge. Schließlich spricht gegen eine Vorwegnahme der Erbfolge, die ihrem Wesen nach auf die endgültige Übertragung des Vermögens oder Teile davon vom künftigen Erblasser auf die als Erbin in Aussicht genommene Person abzielt, auch, dass nach Abgabe des Schenkungsangebots am 30.06.2014 noch drei der der Beklagten von HB zur unentgeltlichen Übertragung angebotenen Wohnungen an Dritte aufgelassen wurden. Da es daher keine hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkte dafür gibt, dass mit dem Schenkungsangebot die Erbfolge vorweggenommen werden sollte, ist von dem beurkundeten Rechtsgeschäft und damit einem Schenkungsangebot auszugehen (vgl. BGH, Urteil vom 02.10.1981, V ZR 126/80, Rdnr. 11), sodass sich die Beklagte auf einen Gutglaubenserwerb nach § 893 Fall 2, § 892 BGB berufen kann.

89 b. Die Anwendung der §§ 893, 892 BGB ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil ein Verkehrsgeschäft aufgrund „wirtschaftlicher Identität“ von HB und der Beklagten zu verneinen wäre. Die Tatsache, dass die Beklagte die Ehefrau des HB ist, lässt auch unter Berücksichtigung der weiteren Umstände des vorliegenden Falles nicht den Schluss

zu, dass sie eine Strohfrau oder „Treuhänderin“ des HB ist (vgl. BGH, Urteil vom 29.06.2007, V ZR 5/07, Rdnr. 35). Die von der Klägerin behauptete „Treuhandstellung“ der Beklagten hat sich durch die Beweisaufnahme nicht zur Überzeugung des Senats belegen lassen.

90 6. Ob das südafrikanische Güterrecht in Nr. 15 (1) (a) und (b) des Matrimonial Property Act 88 of 1984 eine ehegüterrechtliche absolute Verfügungsbeschränkung konstituiert und ob die tatsächlichen Voraussetzungen für deren Eingreifen im streitgegenständlichen Fall vorliegen, kann dahinstehen. Zwar sind ehegüterrechtliche absolute Verfügungsbeschränkungen im Grundbuch nicht eintragungsfähig, sodass es insoweit keinen guten Glauben an die Richtigkeit und Vollständigkeit des Grundbuchs geben kann und deshalb § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB vor solchen Verfügungsbeschränkungen auch nicht schützt. Jedoch gilt dies nur für den Ersterwerber, d. h. HB. Gutgläubiger Zweiterwerb wie hier durch die Beklagte von HB ist dagegen möglich (vgl. Grüneberg/Herrler, § 892 Rdnr. 18; vgl. auch BGH, Urteil vom 14.06.1972, VIII ZR 163/70, Art. I Abs. 2 MRG Nr. 53 Rdnr. 27, OLG Köln, Beschluss vom 17.10.1968, 10 W 56/68, OLGZ 1969, 171, 173 zu § 1365 BGB, OLG Zweibrücken, Beschluss vom 10.06.1986, 3 W 74/86 unter II. 1. zu § 1365 BGB, Staudinger/Picker, Neub. 2019, § 892 Rdnr. 265 a. E. für das Verfügungsverbot nach § 1365 BGB). Ein Grund, der ehegüterrechtlichen Vorschrift der Nr. 15 (1) (a) und (b) des Matrimonial Property Act 88 of 1984 eine höhere Schutzwirkung als der des § 1365 BGB zuzubilligen und deshalb neben dem gutgläubigen Ersterwerb auch den gutgläubigen Zweiterwerb auszuschließen, ist nicht erkennbar, zumal das südafrikanische Güterrecht selbst in Nr. 15 (9) des Matrimonial Property Act 88 of 1984 sogar einen gutgläubigen Ersterwerb zulässt.

91 Da somit ein gutgläubiger Erwerb der Vormerkung durch die Beklagte als Zweiterwerberin nach § 893 Fall 2, § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB möglich war, kommt es auf die Gutgläubensregelungen der Art. 12 Satz 1 EGBGB und 16 Abs. 2 EGBGB nicht mehr an.

92 7. Es kann dahinstehen, ob – wie eine in Rechtsprechung und Literatur vertretene Ansicht, auf die sich die Klägerin beruft, meint – einem Erwerber trotz seiner Gutgläubigkeit gemäß § 826 BGB verwehrt sein kann, sich auf die Wirkung des § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB zu berufen, wenn er in Kenntnis einer möglichen Unrichtigkeit des Grundbuchs und im Bewusstsein einer möglichen Schädigung des wahren Berechtigten in einer gegen die guten Sitten verstoßender Weise einen nach § 892 BGB wirksamen Erwerb herbeigeführt hat (zum Streitstand vgl. Staudinger/Picker, § 892 Rdnr. 163). Denn Hinweise darauf, dass die Beklagte den Inhalt des Grundbuchs, d. h. die Alleineigentümerstellung des HB, für möglicherweise unrichtig hielt und bei Erwerb der Vormerkung die Klägerin in sittenwidriger Weise schädigen wollte, hat die Beweisaufnahme nicht ergeben. Die Beklagte hat nämlich glaubhaft (vgl. zur Beweiswürdigung oben 4 c)) bekundet, dass sie mit der Finanzierung der Wohnung(en) nichts zu tun hatte und mit den Angelegenheiten des MB nicht befasst war.

93 8. Die Vormerkung ist nach ihrem gutgläubigen Erwerb durch die Beklagte auch nicht untergegangen.

94 a. Den von der Klägerin behaupteten konkludenten Erlass des künftigen Schenkungsanspruchs der Beklagten gegen HB durch die Beklagte infolge ihrer Einwilligung zur Überlassung mehrerer der ihr von HB schenkweise angebotenen Wohnungen an Dritte im Zeitraum vom 12.09.2014 bis 10.06.2016 mit der Folge, dass die Vormerkung infolge ihrer strengen Akzessorietät erloschen wäre, sieht der Senat nicht. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung sind nämlich an die Feststellung des für eine solche Vereinbarung erforderlichen Erlass- bzw. Verzichtswillens strenge Anforderungen zu stellen. Da bei Erklärungen, die als Verzicht, Erlass oder in ähnlicher Weise rechtsvernichtend gewertet werden sollen, das Gebot einer interessengerechten Auslegung beachtet werden muss und die der Erklärung zugrunde liegenden Umstände besondere Bedeutung haben, bedarf es konkreter Anhaltspunkte für die Feststellung des Willens einer Partei, auf einen Anspruch zu verzichten (vgl. BGH, Urteil vom 15.07.2016, V ZR 168/15, Rdnr. 35 und die weiteren Nachweise bei *Grüneberg/Grüneberg.*, § 397 Rdnr. 6). Solche konkreten Anhaltspunkte liegen streitgegenständlich jedoch nicht vor. Aus der Einwilligung in die Überlassung dreier der ihr von HB angebotenen Wohnungen an Dritte kann nämlich nicht ohne Weiteres gefolgert werden, dass die Beklagten ihren künftigen Anspruch auf Auflassung auch der mehr als zwanzig anderen Wohnungen endgültig nicht mehr geltend machen will.

95 b. Die Vormerkung ist in der Folge auch nicht deshalb untergegangen, weil das Schenkungsangebot ursprünglich bis 31.12.2016 befristet war.

96 aa. Der Senat ist dabei infolge der Vorlage einer Kopie der notariellen Urkunde des Notars X vom 18.10.2016 (URNr. [...]2016) davon überzeugt, dass HB sein an die Beklagte gerichtetes ursprünglich bis zum Ablauf des 31.12.2016 befristetes Schenkungsangebot bis 31.12.2026 verlängert hat.

97 bb. Die Vormerkung ist auch nicht deshalb untergegangen, weil die Verlängerung der Annahmefrist bis 31.12.2026 nicht in das Wohnungs- und Teileigentums-Grundbuch eingetragen wurde. Die Frage, ob die Verlängerung der Annahmefrist für ein befristetes Vertragsangebot ohne erneute Eintragung den Vormerkungsschutz nach Ablauf der ursprünglichen Frist entfallen lässt, ist umstritten und wird zumindest in der Kommentarliteratur zumeist pauschal verneint oder bejaht (bejahend z. B. *Grüneberg/Herrler*, § 885 Rdnr. 20, verneinend dagegen z. B. *BeckOGK-BGB/Assmann*, Stand: 01.08.2020, § 883 Rdnr. 85.2, *MünchKommBGB/Kohler*, § 885 Rdnr. 36 und OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.06.2013, I-3 Wx 82/13). Nach Auffassung des Senats kommt eine solche pauschalisierende Lösung jedoch nicht in Betracht.

98 Zwar geht es bei der streitgegenständlichen Konstellation der Verlängerung einer Annahmefrist für ein Vertragsangebot vor deren Ablauf nicht um die Wiederverwendung einer eingetragenen Vormerkung nach deren Erlöschen infolge Aufhebung des ursprünglichen Vertrags und Ab-

schluss eines anderweitigen (ebenso OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.06.2013, I-3 Wx 82/13, Rdnr. 21), jedoch sind aufgrund der strikten Akzessorietät der Vormerkung die vom BGH zur Frage der Wiederverwendung einer Vormerkung entwickelten Grundsätze zur erforderlichen Kongruenz von Eintragung, Bewilligung und Anspruch zugrunde zu legen.

99 Welcher Anspruch durch die Vormerkung gesichert wird, ist demnach durch Auslegung des Eintragungsvermerks und der darin gemäß § 44 Abs. 2 Satz 1 GBO in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung zu ermitteln (vgl. Beschluss des BGH vom 03.05.2012, V ZB 258/11, Rdnr. 21 f.). Diese Auslegung ergibt im streitgegenständlichen Fall, dass sich die Vormerkungseintragung nicht auf den Schuldgrund des durch die Vormerkung gesicherten Auflassungsanspruchs der Beklagten erstreckt. Denn in der in Abschnitt D der Urkunde des Notars X vom 30.06.2014 von HB erklärten Bewilligung ist nur der abzusichernde Auflassungsanspruch der Beklagten („zur Sicherung deren Anspruchs auf Übertragung des Eigentums an den genannten Objekten“) bezeichnet, nicht aber das in Abschnitt A der Urkunde abgegebene befristete Schenkungsangebot des HB als Schuldgrund des Anspruchs. Der Schuldgrund (das befristete Schenkungsangebot) ist damit nicht nach § 885 Abs. 2 BGB Inhalt der Eintragung des Anspruchs geworden.

100 Daran ändert auch nichts, dass das befristete Schenkungsangebot des HB in derselben notariellen Urkunde enthalten war wie die von ihm erklärte Bewilligung der Vormerkungseintragung. Denn in der Eintragung ist in Übereinstimmung mit § 44 Abs. 2 Satz 2 GBO, der von der „Eintragungsbewilligung“ spricht, nur auf die Bewilligung selbst, nicht aber auch auf die weiteren in der Urkunde gleichzeitig beurkundeten Willenserklärungen des HB Bezug genommen (vgl. BayObLG, Beschluss vom 16.05.2002, 2 Z BR 181/01, Rdnr. 13). Dementsprechend stellte auch der BGH in seinem Beschluss vom 03.05.2012, V ZB 258/11 bei der Auslegung der Bewilligungserklärung nur auf § 5 des dort streitgegenständlichen Auseinandersetzungsvertrages, in dem die Bewilligung erklärt wurde, ab und nicht auch auf die weiteren Bestimmungen des Auseinandersetzungsvertrages, in denen der Schuldgrund lag (vgl. BGH, a. a. O., Rdnr. 2 und 23).

101 Da nach alledem der Schuldgrund und damit die Befristung des Angebots nicht Inhalt der Eintragung geworden ist, sicherte die Vormerkung einen Auflassungsanspruch der Beklagten ohne Rücksicht auf dessen Befristung und konnte deshalb die Befristung ohne die Notwendigkeit einer erneuten Eintragung der Vormerkung bis zum 31.12.2026 verlängert werden.

102 Nach alledem hat die Beklagte die Auflassungsvormerkung gutgläubig erworben und ist diese Vormerkung auch in der Folge nicht untergegangen, sodass der Inhalt des Grundbuchs 7 U 4125/19 – S. 26 – hinsichtlich der Vormerkung der tatsächlichen Rechtslage entspricht und deshalb ein Grundbuchberichtigungsanspruch der Klägerin nicht besteht.

(...)



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

ANMERKUNG:

Von Notar **Markus Müller**, Greding

1. Der Sachverhalt

Der Entscheidung des OLG München lag vereinfacht und verkürzt dargestellt folgender Sachverhalt zugrunde: Der verheiratete und in Südafrika lebende Vater (MB) übertrug eine in München belegene Wohnungseigentumseinheit an seinen Sohn (HB). Dieser wurde am 04.12.2013 hinsichtlich dieser Wohnungseigentumseinheit als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Bereits diese Eintragung war nach Auffassung der Ehefrau des Vaters und jetzigen Klägerin (K) u. a. deswegen unrichtig, da die Übertragung aufgrund anwendbaren ausländischen Güterrechts ihrer Zustimmung bedurfte. Am 24.01.2014 wurde dem Vater der Scheidungsantrag seiner (Noch-)Ehefrau (K) gestellt. Mit notarieller Urkunde vom 30.06.2014 bot der Sohn seiner Ehefrau (E) den Abschluss eines unentgeltlichen Übertragungsvertrags hinsichtlich der vom Vater übertragenen Immobilie an. Zur Absicherung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums beantragte und bewilligte HB eine Vormerkung zugunsten seiner Ehefrau, welche am 04.07.2014 im Grundbuch eingetragen wurde.

Das Angebot war ursprünglich bis zum 31.12.2016 befristet und wurde vor Ablauf dieser Frist mit notarieller Urkunde vom 18.10.2016 bis zum 31.12.2026 verlängert.

Mit einstweiliger Verfügung vom 29.09.2016 ordnete das AG die Eintragung eines Widerspruchs zugunsten der K und des MB gegen die Eintragung des HB als Eigentümer an, welcher am 07.10.2016 im Grundbuch eingetragen wurde.

Das OLG hatte nun zu entscheiden, ob K ein Anspruch gegen E auf Zustimmung zur Löschung der Auflassungsvormerkung als Grundbuchberichtigungsanspruch (§ 894 BGB) zusteht.

Während sich die Vorinstanz noch umfassend mit einem gutgläubigen Erwerb des Eigentums durch HB befasste, lies das Berufungsgericht diese Frage dahinstehen und stellte die durch die Ehefrau des HB erworbene Vormerkung in den Mittelpunkt der Entscheidung. Im Kern musste das Gericht sich auf materiellrechtlicher Ebene mit den Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs einer Vormerkung und den Auswirkungen der Änderung des der Vormerkung zugrunde liegenden schuldrechtlichen Anspruchs auf die Vormerkung selbst näher beschäftigen.¹

1 Im Originalfall war vieles streitig, sodass das Gericht umfassende Beweiswürdigungen unter Berücksichtigung der Beweislastregeln vornehmen musste. Hierauf soll im Rahmen dieser Besprechung nicht näher eingegangen werden.

2. Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs einer Vormerkung

a) Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs einer Vormerkung

Die Tatsache, dass eine Vormerkung gutgläubig erworben werden kann, ist allgemein anerkannt.² Eine direkte Anwendung des § 892 Abs. 1 Satz 1 scheidet zwar aus, da die Vormerkung selbst kein Recht an einem Grundstück ist. Die überwiegende Meinung sieht jedoch die Vormerkungsbewilligung als Verfügung im Sinne von § 893 Alt. 2 BGB an, sodass durch den Verweis auf § 892 BGB dessen Voraussetzungen für den gutgläubigen Erwerb erfüllt sein müssen.³

b) Gutgläubigkeit

Zutreffend geht das Gericht davon aus, dass ein gutgläubiger Erwerb der Vormerkung nicht bereits nach § 893 Alt. 2 BGB i. V. m. § 892 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ausgeschlossen ist. Hiernach kommt ein gutgläubiger Erwerb nicht in Betracht, wenn ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuches eingetragen ist. Zwar wurde vorliegend ein Widerspruch gegen die Eintragung des HB als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Diese Eintragung erfolgte jedoch erst nach Eintragung der Vormerkung, sodass dieser Ausschlussgrund nicht einschlägig war. Die Aufgabe des Gerichts war es daher im Rahmen der Beweisaufnahme und -würdigung zu prüfen, ob E zum maßgeblichen Zeitpunkt bösgläubig war. Hinsichtlich der Kriterien zur Bestimmung der Bösgläubigkeit betritt das Gericht kein rechtliches Neuland, sondern nimmt die Prüfung anhand der in der Rechtsprechung bisher entwickelten Kriterien vor. Danach liegt positive Kenntnis im Sinne des § 892 Abs. 1 Satz 1 2. Var. BGB bereits dann vor, wenn sich der Verdacht eines aufgrund der güterrechtlichen Regelungen unwirksamen Erwerbs des HB aufdrängte, E jedoch die Möglichkeiten, sich Klarheit zu verschaffen, bewusst nicht wahrgenommen hat, um zu vermeiden, dass aus einem begründeten Verdacht Gewissheit wird.⁴ Die Beklagte E müsste also vor der Nichtberechtigung ihres Ehemannes HB bewusst die Augen verschlossen haben. Eine lediglich grob fahrlässige Unkenntnis, ein Zweifeln oder Möglichhalten genügt dagegen nicht.⁵ Nach Ansicht des Gerichts kann eine positive Kenntnis unter Zugrundelegung der vorstehenden Kriterien nicht erwiesen werden, sodass ein gutgläubiger Erwerb hieran nicht scheitert.

2 Siehe hierzu die Nachweise bei MünchKomm-BGB/Lettmaier, 9. Aufl. 2023, § 885 Rdnr. 45.

3 Höchst umstritten ist dagegen die Frage, ob ein sog. gutgläubiger Zweiterwerb einer Vormerkung möglich ist. Siehe hierzu BeckOK-BGB/H.-W. Eckert, Stand: 01.11.2022, § 885 Rdnr. 25-28.

4 Vgl. Rdnr. 71 der besprochenen Entscheidung unter Verweis auf BGH, Versäumnisurteil vom 24.10.2014, V ZR 45/13, NJW 2015, 619.

5 Palandt/Herrler, 79. Aufl. 2020, § 892 Rdnr. 3.

- c) Vorliegen eines Verkehrsgeschäftes und keine vorweggenommene Erbfolge

Bei der Norm des § 892 BGB handelt es sich um eine auf Verkehrsschutz ausgerichtete Vorschrift. Die Anwendbarkeit setzt daher voraus, dass es sich um einen rechtsgeschäftlichen Erwerb durch Verkehrsgeschäft handelt. Erwerbe kraft Gesetzes werden von § 892 BGB nicht geschützt. Nach Meinung des Gerichts scheidet ein gutgläubiger Erwerb auch dann aus, wenn es sich bei dem zu beurteilenden Rechtsgeschäft um ein solches der vorweggenommenen Erbfolge handelt. Hiernach „sei für die rechtsvernichtende Wirkung des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs kein Raum in Fällen, in denen die Eigentumsübertragung sowohl nach ihrer tatsächlichen Gestaltung wie auch nach dem Willen der Vertragsbeteiligten die Bedeutung einer Vorwegnahme der Erbfolge habe“.⁶

Bei der Prüfung, ob diese Voraussetzungen im vorliegenden Falle gegeben sind, fällt die Argumentation des Gerichts meines Erachtens etwas dünn aus und steht teilweise im Widerspruch zu der an anderer Stelle vorgenommenen Wertung. Das Gericht stützt sich vornehmlich auf den Wortlaut der notariellen Urkunde, in welcher von „unentgeltlich“, aber gerade nicht von Vorwegnahme der Erbfolge die Rede ist. Dies ist aus meiner Sicht ein sehr schwaches Argument. Der Begriff der „vorweggenommenen Erbfolge“ wird nicht näher definiert, obwohl er vom Gesetzgeber selbst in den unterschiedlichsten Gesetzen verwendet wird (vgl. § 593a BGB, § 8 Nr. 2 GrdstVG, § 144 Abs. 4 Nr. 2 BauGB). Der BGH⁷ versteht hierunter „die Übertragung des Vermögens (oder eines wesentlichen Teiles davon) durch den (künftigen) Erblasser auf einen oder mehrere als (künftige) Erben in Aussicht genommene Empfänger“. Aus dieser Definition ist ersichtlich, dass sich die Begriffe „unentgeltlich“ und „vorweggenommene Erbfolge“ nicht ausschließen. Der Begriff der Unentgeltlichkeit ist danach zu bestimmen, ob der Erwerber eine Gegenleistung erbracht hat oder erbringen sollte. Der Begriff der „vorweggenommenen Erbfolge“ ist vielmehr als Motivlage für die erfolgte Zuwendung zu verstehen (unabhängig davon, ob diese Zuwendung nun unentgeltlich, entgeltlich oder teilentgeltlich erfolgt).⁸ Diese beiden Begriffe betreffen daher unterschiedliche Ebenen der Vermögenszuwendung, sodass die Verwendung des Begriffs „unentgeltlich“ weder ein Argument für noch ein Argument gegen das Vorliegen einer Vorwegnahme der Erbfolge ist. Im Rahmen der Beweiswürdigung an anderer Stelle der Entscheidung stellt das Gericht fest, dass es

6 Vgl. Rdnr. 88 der besprochenen Entscheidung.

7 BGH, Urteil vom 30.01.1991, IV ZR 299/89, NJW 1991, 1345.

8 In § 470 BGB ist zum Beispiel von einem „Verkauf, der mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht an einen gesetzlichen Erben erfolgt“ die Rede. Zwar verwendet hier der Gesetzgeber in dieser Vorschrift nicht den Begriff der „vorweggenommenen Erbfolge“ meint aber wohl nichts anderes, mit der Einschränkung, dass nur gesetzliche Erben (und nicht testamentarisch eingesetzte Erben) als privilegierter Personenkreis in Betracht kommen.

auch glaubhaft erscheint, dass die Beklagte und HB durch das Schenkungsangebot Vorsorge für den Fall eines Versterbens des HB im Zuge einer Krebserkrankung treffen wollten. Dies würde meines Erachtens eher für die Motivlage einer vorweggenommenen Erbfolge sprechen. Letztendlich stimme ich mit der Intention des entscheidenden Senats, den gutgläubigen Erwerb an dieser Stelle nicht scheitern lassen zu wollen, überein. Nach meiner Ansicht sollte dies jedoch dadurch erfolgen, dass – entgegen der wohl herrschenden Meinung⁹ – auch Erwerbe im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge in den Schutzbereich des § 892 BGB einbezogen werden.¹⁰ Zum einen gibt schon der Wortlaut der Vorschrift des § 892 BGB keine Einschränkung bezüglich Rechtsgeschäften der „vorweggenommenen Erbfolge“ her. Hätte der Gesetzgeber dies beabsichtigt, so hätte er eine solche Einschränkung leicht formulieren können. Zum anderen ist die Situation bei einer rechtsgeschäftlichen Übertragung zu Lebzeiten eben nicht vergleichbar mit dem Rechtserwerb im Wege der Erbfolge gemäß § 1922 BGB. Im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge gehen die Beteiligten regelmäßig nicht davon aus, dass der Erwerber die Rechtstellung des Veräußerers vollständig übernimmt. Vielmehr werden meistens nur einzelne genau bestimmte Vermögensgegenstände übertragen, wobei der Erwerber Verpflichtungen gegenüber dem Veräußerer übernimmt, welche er im Falle eines erbrechtlichen Erwerbers nicht übernehmen würde. Er ist damit in die Rechtsbeständigkeit seines Erwerbs ebenso schutzwürdig wie ein Dritter. Ein solches Verständnis würde es auch obsolet machen, sich mit dem relativ konturlosen Begriff¹¹ der „vorweggenommenen Erbfolge“ im Rahmen des gutgläubigen Erwerbs auseinandersetzen zu müssen.

3. Wiederverwendung bzw. Aufladung einer Vormerkung

Nachdem der Senat den zumindest gutgläubigen Erwerb der Vormerkung bejaht hatte, musste er sich der Frage stellen, welche Auswirkungen es hatte, dass das ursprüngliche Schenkungsangebot lediglich bis zum 31.12.2016 befristet war. Wäre keine Verlängerung des Schenkungsangebots vorgenommen worden, so wäre das Angebot mit Ablauf des 31.12.2016 nicht mehr annahmefähig gewesen und der durch die Vormerkung gesicherte künftige Anspruch auf Eigentumsverschaffung wäre mangels wirksamer Annahme untergegangen, so-

9 BayObLG, Beschluss vom 17.04.1986, BReg. 2 Z 79/85, MittBayNot 1986, 129; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 30.08.1999, 3 W 125/99, MittRhNotK 2000, 117; MünchKomm-BGB/H. Schäfer, § 892 Rdnr. 31 m. w. N. Der BGH hat diese Frage in zwei Entscheidungen ausdrücklich offen gelassen: BGH, Beschluss vom 13.07.1959, V ZB 6/59, NJW 1959, 1635 und Urteil vom 02.10.1981, V ZR 126/80, NJW 1982, 761.

10 Ebenso Nomos Kommentar-BGB/U. Krause, 5. Aufl. 2022, § 892 Rdnr. 40.

11 Vgl. hierzu die einleitende Frage: „Die vorweggenommene Erbfolge – ein „Chamäleon“ der Vertragsgestaltung und „Sammelkonzept für Vermögensübertragungen unter Lebenden“ von Kappler und Kappler in MittBayNot 2019, 217.

dass die Vormerkung als akzessorisches Recht ebenso untergegangen wäre und damit Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB verlangt werden hätte können.

Im vorliegenden Fall wurde die Frist für die Annahme des Schenkungsangebots jedoch mit Urkunde vom 18.10.2016 (und damit vor Ablauf der ursprünglichen Angebotsfrist aber nach Eintragung des Widerspruchs) bis zum 31.12.2026 verlängert. Das Gericht kommt in seiner Entscheidung zu dem Ergebnis, dass die Vormerkung aufgrund der Verlängerung vor Ablauf der Angebotsfrist nicht untergegangen ist. Die Begründung hierzu mag nicht gänzlich überzeugen.

Der Senat setzt sich unter Berücksichtigung der BGH-Rechtsprechung¹² zur Wiederverwendung einer Vormerkung mit den dort entwickelten Grundsätzen zur Kongruenz von Eintragung, Bewilligung und Anspruch auseinander. Folgerichtig wird daher durch Auslegung des Eintragungsvermerkes der Vormerkung und der darin gemäß § 44 Abs. 2 Satz 1 GBO in Bezug genommen Eintragungsbewilligung ermittelt, welcher Anspruch durch die Vormerkung gesichert wird. Unstreitig hierbei ist, dass die Vormerkung einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums an dem genannten Objekt sichert und dieses Anspruchsziel als Mindestvoraussetzung Minimalinhalt des Grundbuchs geworden ist. Zu klären ist jedoch, wieviel von dem Schuldgrund des zu sichernden Anspruchs Inhalt der Grundbucheintragung wurde. Bei näherer Betrachtung der notariellen Urkunde gelangt das Gericht zu der Überzeugung, dass der weitere Schuldgrund, also die weiteren Modalitäten des Eigentumsverschaffungsanspruchs (hier also das befristete Schenkungsangebot), nicht zum Inhalt der Grundbucheintragung geworden sind. Die rechtliche Schlussfolgerung, die hieraus gezogen wird, nämlich dass eine erneute Eintragung bei der bisher im Grundbuch eingetragenen Vormerkung nicht notwendig ist, steht damit im Einklang mit der höchstgerichtlichen Rechtsprechung und der überwiegenden Literatur.

Jedoch hätte das Gericht hier nicht stehen bleiben dürfen. Denn ebenso hat der BGH in seinen beiden Entscheidungen zur Wiederverwendung einer Vormerkung aus den Jahren 1999¹³ und 2007¹⁴ judiziert, dass sich der Rang der neu bewilligten Vormerkung bzw. der durch die Vormerkung weiter gesicherten Ansprüche nach dem Zeitpunkt der neuen Bewilligung (gemeint ist hierbei die materiellrechtliche Bewilligung nach § 885 Abs. 1 BGB und nicht die grundbuchrechtliche Bewilligung) richtet. Dies wäre im vorliegenden Fall der Zeitpunkt der Verlängerung der Angebotsfrist und damit der 18.10.2016.

Nun ging es im vorliegenden Fall nicht um den direkten Anwendungsfall der Schutzwirkungen einer Vormerkung vor beeinträchtigenden Verfügungen gemäß § 883 Abs. 2 BGB. Vielmehr ging es um den gutgläubigen Erwerb der Vormerkung. Wenn nach der Rechtsprechung des BGH die Vormerkung, welche nun den geänderten Schuldgrund, also die weiteren Modalitäten des gesicherten Anspruchs sichert (hier: Verlängerung der Angebotsfrist bis zum 31.12.2026), Vormerkungsschutz nur für der Bewilligung zeitlich nachfolgende Belastungen entfaltet, hätte nach meiner Ansicht erörtert werden müssen, ob nicht auch für den Bezugspunkt für die Gutgläubigkeit des Erwerbers der Vormerkung dieser Zeitpunkt maßgeblich sein sollte. Wäre dies der Fall, so wäre ein gutgläubiger Erwerb der „neu erworbenen“ Vormerkung (bzw. genauer gesagt der einen neuen Schuldgrund sichernden Vormerkung mit demselben Anspruchsziel) nicht mehr möglich, da bereits am 07.10.2016 (und damit elf Tage vor der materiellrechtlichen Bewilligung zu der bereits eingetragenen ursprünglichen Vormerkung) ein Widerspruch gegen die Eintragung des HB als Eigentümer eingetragen wurde und damit die Voraussetzungen des § 892 BGB nicht mehr vorlagen.

Folgt man in der Literatur vertretenen Meinungen und der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf,¹⁵ so ist das Ergebnis des Senats dennoch zutreffend. Hiernach ist die Verlängerung der Angebotsfrist vor ihrem ursprünglichen Ablauf nicht als „vormerkungsrelevant“ zu qualifizieren und damit auch nicht auf eine Änderung oder Ergänzung der ursprünglichen Vormerkungsbewilligung und -eintragung angewiesen.¹⁶ Als Begründung wird angeführt, dass es sich bei der Verlängerung einer Angebotsfrist nicht um eine Änderung handelt, die einen Dritten nunmehr erstmals oder zusätzlich beeinträchtigen kann. Dies wird aus folgender Kontrollüberlegung hergeleitet: Die Parteien hätten jederzeit die Annahme des Vertragsangebots in der ursprünglichen Frist mit der Vereinbarung etwa eines entsprechend verlängerten befristeten Rücktrittsrechts des Erwerbers verbinden können.¹⁷ Übertragen auf den vorliegenden Fall hätte E das ursprüngliche Angebot bis zum 31.12.2016 annehmen können und mit ihrem Ehemann HB gleichzeitig ein bis zum 31.12.2026 befristetes Rücktrittsrecht vereinbaren können. Bei einer solchen Annahme hätte die gutgläubig erworbene Vormerkung E auch bei dem Erwerb des Eigentums – trotz zwischenzeitlich eingetragenen Widerspruchs – geschützt, da es bei dem Eigentumserwerb hinsichtlich der Gutgläubigkeit der E auf den Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung bzw. der Beantragung ihrer Eintragung angekommen wäre.

12 BGH, Urteil vom 26.11.1999, V ZR 432/98, MittBayNot 2000, 104; Urteil vom 07.12.2007, V ZR 21/07, MittBayNot 2008, 212; Beschluss vom 03.05.2012, V ZB 258/11, MittBayNot 2013, 37; Beschluss vom 10.05.2012, V ZB 156/11, DNotZ 2012, 763.

13 BGH, Urteil vom 26.11.1999, V ZR 432/98, MittBayNot 2000, 104.

14 BGH, Urteil vom 07.12.2007, V ZR 21/07, MittBayNot 2008, 212.

15 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.06.2013, I-3 Wx 82/13, FGPrax 2013, 244.

16 MünchKomm-BGB/Lettmaier, § 885 Rdnr. 37; Kölner Formularbuch Grundstücksrecht/Koller, 3. Aufl. 2021, Rdnr. 870; so auch Beck'sches Notar-Handbuch/Herrler, 7. Aufl. 2019, § 1 Grundstückskauf Rdnr. 910, der jedoch darauf hinweist, dass es umstritten ist, ob der Vormerkungsschutz insoweit nur gegenüber zeitlich nachfolgenden Belastungen eingreift.

17 Dies ablehnend Amann, DNotZ 2014, 178.

4. Fazit

Der Rechtsgestalter wird sich – trotz der hier geäußerten Kritik – derzeit an der herrschenden Meinung orientieren müssen, welche einen Gutgläubensschutz bei „vorweggenommener Erbfolge“ versagt.

Hinsichtlich der Verlängerung der Angebotsfristen bestätigt das Urteil die vorherrschende Praxis, dass eine Verlängerung der Angebotsfrist vor deren Ablauf nicht im Grundbuch eingetragen werden muss. Ob diese Vormerkung jedoch gegen bereits erfolgte Zwischeneintragungen oder eine zwischenzeitlich eingetretene Bösgläubigkeit schützt, mag weiterhin als offen gelten, sodass der vorsichtige Rechtsberater Ausweichgestaltungen (Annahme des Angebots und Vereinbarung eines befristeten Rücktrittsrechts) empfehlen müsste.

Bürgerliches Recht

FAMILIENRECHT

8. Regress wegen anwaltlicher Pflichtverletzung – Voraussetzungen des privilegierten Erwerbs im Sinne von § 1374 Abs. 2 BGB

OLG Bremen, Urteil vom 20.07.2022, 4 U 24/21

BGB § 280 Abs. 1, §§ 611, 675, 1374 Abs. 2

LEITSÄTZE:

- 1. Ob ein Vermögen mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht übergeben und erworben wird und damit aufgrund der Regel des § 1374 Abs. 2 BGB als Vermögensposten dem Zugewinn entzogen bleibt, richtet sich in erster Linie danach, ob die Vertragsschließenden mit der Übergabe einen erst zukünftigen Erbgang vorwegnehmen wollen.**
- 2. Ob es sich bei einem Vertrag tatsächlich um eine vorweggenommene Erbfolge handelt, muss durch Auslegung des Vertrages unter Berücksichtigung aller Umstände einschließlich der Vorgeschichte und der Interessenlage der Beteiligten ermittelt werden.**
- 3. Die Voraussetzungen des privilegierten Erwerbs nach § 1374 Abs. 2 BGB liegen nicht vor bei einem reinen Immobilienkaufvertrag zwischen Mutter und Tochter, wenn sich Leistung und Gegenleistung (jedenfalls nahezu) äquivalent gegenüberstehen und sich auch aus den sonstigen Umständen keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass der Kaufvertrag mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht geschlossen wurde.**

AUS DEN GRÜNDEN:

11. Die Klägerin begehrt von dem Beklagten Schadensersatz wegen des Vorwurfs einer anwaltlichen Pflichtverletzung.

2 Die Klägerin beauftragte den Beklagten mit der Vertretung in dem Scheidungs- und Güterrechtsverfahren gegen ihren damaligen Ehemann vor dem AG Zeven (Az. [...]).

3 Durch Beschluss vom 03.04.2018 wurde die Klägerin zur Zahlung eines Zugewinnausgleichs i. H. v. 155.933,58 € zzgl. Zinsen verpflichtet. Hinsichtlich des Inhalts des Beschlusses des AG Zeven wird auf Anlage 1 Bezug genommen.

4 Gegen diesen Beschluss legte der Beklagte am 14.05.2018, dem letzten Tag der Beschwerdefrist, Beschwerde beim (insoweit unzuständigen) OLG C ein. Zuständig für die Einlegung der Beschwerde wäre gemäß § 64 Abs. 1 Satz 1 FamFG das AG Z gewesen. Der Beschluss vom 03.04.2018 wurde somit rechtskräftig; der Ehemann der Klägerin vollstreckte hieraus.

5 Die Klägerin ist der Ansicht, dass das Beschwerdeverfahren, hätte der Beklagte die Beschwerde fristgemäß beim zuständigen Gericht eingelegt, zu ihren Gunsten ausgegangen wäre. Deshalb sei der Beklagte nunmehr zum Ersatz der wegen der verspätet erhobenen Beschwerde entstandenen Schäden verpflichtet.

6 Im Einzelnen hat die Klägerin dazu die Auffassung vertreten, dass das von ihr durch notariellen Kaufvertrag vom 28.01.1998 von ihrer Mutter erworbene Wohngrundstück in X, A-Straße (...), im Rahmen des Zugewinnausgleichsverfahrens in ihrem Anfangsvermögen und nicht in ihrem Endvermögen hätte berücksichtigt werden müssen, da der Erwerb nach § 1374 Abs. 2 BGB privilegiert sei.

7 Hintergrund hierfür ist unstreitig, dass die Klägerin und ihre Mutter am 28.01.1998 einen Kaufvertrag über das Grundstück in X, A-Straße (...), abgeschlossen hatten. Dabei wurde neben einem Kaufpreis von 55.000 DM die Zahlung einer lebenslangen Rente von zunächst monatlich 800 DM über 24 Monate und anschließend monatlich 1.000 DM vereinbart. Gleichzeitig wurde der Mutter ein lebenslanges Nießbrauchrecht an der im Stallgebäude befindlichen Einliegerwohnung eingeräumt. Sowohl die Reallast als auch das Nießbrauchrecht wurden durch Eintragung in das Grundbuch dinglich gesichert.

8 Die Klägerin hat behauptet, sie habe das Grundstück zum Zweck der vorweggenommenen Erbfolge von ihrer Mutter erworben. Dies zeige schon der am 23.08.1984 zwischen der Klägerin, ihren Geschwistern und der Mutter geschlossene Erbvertrag, welcher die Erbeinsetzung hinsichtlich des streitgegenständlichen Grundstücks als Hofgrundstück regelte. Hinsichtlich des Inhalts des Erbvertrages wird auf Anlage 6 Bezug genommen.

9 Der im Grundbuch eingetragene Höfevermerk sei nur deshalb gelöscht worden, weil die Mutter der Klägerin habe verhindern wollen, dass die Schwester der Klägerin S, welche als Landwirtin die formalen Voraussetzungen zur Übernahme eines landwirtschaftlichen Grundstücks erfüllt hätte, den Hof bekomme.

10 Die Klägerin hat behauptet, ihre Mutter habe sich mit der Bitte an sie gewandt, dass sie und ihr damaliger Ehemann von Y in den Norden zurückkehren und das streitgegenständliche Grundstück übernehmen sollten. Die Mutter habe eine geringe Rente erhalten und es sei ihr daran gelegen gewesen, dass das Grundstück im Familienbesitz bleibe. Im



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Hinblick hierauf sei es dann zum Abschluss des Kaufvertrages gekommen.

11 Der Beklagte habe es in dem Verfahren vor dem Familiengericht versäumt, entsprechend vorzutragen. Dieser Fehler hätte im Beschwerdeverfahren geheilt werden können, mit der Folge, dass das Beschwerdegericht den Wert des Grundstücks zum Erwerbszeitpunkt 1998 i. H. v. 109.521,05 € im Anfangsvermögen der Klägerin berücksichtigt hätte.

12 Der Wert des Grundstücks zum damaligen Zeitpunkt setze sich zusammen aus dem Kaufpreis i. H. v. 28.121,05 € (55.000 DM), dem Barwert der Leibrente i. H. v. 64.400 € und dem Barwert des Nießbrauchrechts i. H. v. 17.000 €. In soweit nimmt die Klägerin Bezug auf die durch den Sachverständigen im familienrechtlichen Zugewinnausgleichsverfahren zum Stichtag am 07.10.2013 festgestellten Barwerte.

13 Ausgehend davon, dass dieser Wert im Anfangsvermögen der Klägerin berücksichtigt worden wäre, hätte nur die während der Ehezeit eingetretene Wertsteigerung des Grundstücks im Endvermögen berücksichtigt werden dürfen: Die Wertsteigerung sei die Differenz zwischen dem von dem Gutachter zum Scheidungszeitpunkt festgestellten Wert i. H. v. 365.000 € und dem Wert des Grundstücks zum Erwerbszeitpunkt.

14 Daneben hat die Klägerin vorgetragen, sie habe bereits vor der Eheschließung drei Pferde erworben, welche ebenfalls in ihrem Anfangsvermögen hätten berücksichtigt werden müssen. Es sei lediglich ein weiteres Pferd während der Ehe zugekauft worden. Ausweislich des Beschlusses des Familiengerichts, welches für vier Pferde einen Wert von 15.000 € angesetzt habe, wäre im Anfangsvermögen ein Wert für die drei Pferde i. H. v. 11.250 € einzusetzen gewesen.

15 Im Endvermögen ihres früheren Ehegatten wäre zudem dessen kostspielige Golfausrüstung mit einem Mindestwert vom 2.000 € zu berücksichtigen gewesen.

16 Der Beklagte habe es versäumt, diese weiteren Positionen in das Zugewinnausgleichsverfahren einzubringen.

17 Unter Berücksichtigung der Werte für das Grundstück i. H. v. 109.521,05 € und der Pferde i. H. v. 11.250 € im Anfangsvermögen der Klägerin sowie des Wertes der Golfausrüstung i. H. v. 2.000 € im Endvermögen des früheren Ehegatten der Klägerin, hätte sich hieraus ein Überschuss des Zugewinns i. H. v. 79.575,06 € anstatt der vom Gericht festgestellten 311.867,16 € ergeben.

18 Dem früheren Ehegatten der Klägerin hätte deshalb nur ein Zahlungsanspruch i. H. v. 39.787,53 € zugesprochen werden dürfen. Die Differenz zwischen dem festgesetzten Zugewinnausgleichsanspruch i. H. v. 155.933,58 € und den 39.787,53 €, mithin 116.146,05 €, sei der der Klägerin entstandene Schaden, welchen sie nunmehr geltend mache.

19 Ursprünglich hat die Klägerin einen Betrag i. H. v. 155.933,58 € klageweise geltend gemacht. In der mündlichen Verhandlung vom 8.10.2021 hat sie die Klage i. H. v. 39.787,53 € zurückgenommen.

20 Die Klägerin hat zuletzt beantragt, den Beklagten zu verurteilen, an sie, die Klägerin, 116.146,05 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Inkrafttreten des Beschlusses vom 03.04.2018 zu zahlen.

21 Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

22 Der Beklagte hat die Ansicht vertreten, der Klägerin sei durch die versäumte Einlegung der Beschwerde kein Schaden entstanden, weil das Beschwerdegericht dem früheren Ehegatten der Klägerin keinen geringeren Zugewinnausgleich zugesprochen hätte. Das AG Z habe das streitgegenständliche Grundstück in X zu Recht nicht dem Anfangs, sondern dem Endvermögen der Klägerin zugerechnet, da der Erwerb des Grundstücks nicht zum Zweck einer vorweggenommenen Erbfolge erfolgt sei.

23 Die Klägerin habe mit ihrer Mutter einen reinen Kaufvertrag geschlossen, was schon dadurch deutlich werde, dass der Wert der von ihr übernommenen Gegenleistung dem Wert des Grundstücks im Jahr 1998 entsprochen habe.

24 Der Beklagte hat behauptet, dass die Auflistung zum Zugewinn der Klägerin zudem unvollständig sei, da die Klägerin während der Ehe noch Eigentümerin eines weiteren landwirtschaftlichen Grundstücks geworden sei, welches ebenfalls im Rahmen des Zugewinnausgleichs im Endvermögen der Klägerin hätte berücksichtigt werden müssen.

25 Hinsichtlich der Pferde und der Golfausrüstung fehle es schon an der Angabe von wertbildenden Merkmalen.

26 Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vortrags wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

27 Das LG hat die Klage durch Urteil vom 12.11.2021 abgewiesen.

28 Zur Begründung hat das LG ausgeführt, dass der Beklagte zwar seine Pflicht aus dem Anwaltsvertrag verletzt habe, weil er die Beschwerde statt beim insoweit zuständigen AG Z. beim OLG C. eingelegt habe. Aus dieser Pflichtverletzung habe sich aber kein Schaden für die Klägerin ergeben. Das AG Z habe das Grundstück der Klägerin in X zutreffend nicht als dem Anfangsvermögen zuzurechnenden privilegierten Erwerb im Sinne von § 1374 Abs. 2 BGB gewertet, sondern es lediglich im Endvermögen der Klägerin berücksichtigt. Denn die Klägerin habe nicht ausreichend dargetan und nachgewiesen, dass sie das streitgegenständliche Grundstück im Wege der vorweggenommenen Erbfolge von ihrer Mutter erworben habe.

29 Auch seien weder die Pferde im Anfangsvermögen der Klägerin noch die Golfausrüstung im Endvermögen des Ehemannes zu berücksichtigen, weil es insoweit an spezifischen Angaben fehle, die eine Wertermittlung ermöglichen würden.

30 Wegen der Begründung im Einzelnen wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

31 Mit der form- und fristgemäß eingelegten Berufung verfolgt die Klägerin ihre erstinstanzlich zuletzt gestellten An-

träge weiter. Sie rügt, dass das LG seine Hinweispflicht verletzt habe, da vorab nicht offengelegt worden sei, dass das LG ihren, der Klägerin, Vortrag zum Vorliegen eines privilegierten Erwerbs des Grundstücks in X für nicht ausreichend gehalten habe. Würde das LG seine Hinweispflicht erfüllt haben, hätte sie, die Klägerin, unter Beweisantritt zur Motivlage der Mutter der Klägerin und zur familiären Vorgeschichte weiter vorgetragen.

32 Dazu behauptet die Klägerin, dass nach dem Tode ihres Vaters im Jahre 1983 sie und ihre Geschwister das Erbe ausgeschlagen und ihre Mutter den gesamten Hof in X geerbt habe. Am 23.08.1984 sei dann zwischen der Mutter, der Klägerin und ihren drei Geschwistern ein notarieller Erbvertrag geschlossen worden, nach dessen Inhalt der Hof im Todesfall der Mutter insgesamt erhalten bleiben und von einem der Kinder nach den im Erbvertrag gesetzten Bedingungen und in der dort genannten Reihenfolge übernommen werden sollte. Sie, die Klägerin, sei zunächst an dem Hof nicht interessiert gewesen, weil sie seit Herbst 1992 in Y gelebt habe, weil sie und ihr aus Y stammender (zukünftiger) Ehemann Herr E dort in Zahnarztpraxen gearbeitet hätten. Erst als sich abgezeichnet habe, dass allenfalls ihre Schwester S, die die Mutter aber nicht als Hoferbin haben wollte, den Hof übernehmen könnte, seien sie und Herr E unter Beeinflussung der Mutter 1993 wieder nach X in ein ebenfalls der Mutter gehörendes Haus gezogen. Hintergrund für den Umzug sei gewesen, dass die Mutter ihre Bereitschaft erklärt habe, ihr, der Klägerin, den Hof zu übergeben und zudem die Möglichkeit bestanden habe, gemeinsam mit Herrn E in Z eine Zahnarztpraxis zu übernehmen. Die Entscheidung der Mutter, ihr, der Klägerin, den Hof zu übertragen, habe zu massiven (Rechts-)Streitigkeiten mit der „übergangenen“ Schwester S geführt. 1996 habe es zur einvernehmlichen Klärung der Rechtsnachfolge den Entwurf eines „Übergabevertrages“ des Notars N, gegeben, der aufgrund von Streitigkeiten mit der Schwester S nicht abgeschlossen worden sei. Da die Mutter bis ins Jahr 1997 die versprochene Hofübergabe nicht umgesetzt habe, hätte sie, die Klägerin, mit ihrem Ehemann begonnen, ein Haus in Z zu suchen. Um den Umzug zu verhindern, habe die Mutter angeboten, ihr, der Klägerin, das Haupthaus des Hofes und die Pferdewiese zu übertragen. So sei es dann am 28.01.1998 zu dem streitgegenständlichen Grundstückskaufvertrag gekommen. In der Folge sei sie, die Klägerin, mit ihrer Familie in das Haupthaus A-Straße (...) in X gezogen, wo sie selbst immer noch lebe. Der Erwerb des Haupthauses und der Pferdeweide seien im Vorgriff auf den geplanten Erbgang erfolgt.

33 Für diese familiäre Vorgeschichte benennt die Klägerin erstmals in der Berufungsinstanz Herrn E, ihren geschiedenen Ehemann, als Zeugen. Dass Herr E nicht schon erstinstanzlich benannt worden sei, habe nichts mit Nachlässigkeit zu tun. Bei der Intensität und Härte der ehelichen Auseinandersetzung sei eine Benennung des Zeugen erstinstanzlich ausgeschlossen gewesen, weil sie, die Klägerin, davon ausgegangen sei, dass ihr der Zeuge E nur noch mehr schade wollen. Da der Streit durch Vergleich vom 21.07.2021 beendet und eine Zahlung der bislang fälligen Raten aus dem Vergleich auch erfolgt sei, sei nunmehr

Ruhe zwischen den geschiedenen Eheleuten eingekehrt, sodass einer Vernehmung des Herrn E nichts mehr im Wege stehe.

34 Die Klägerin ist der Auffassung, dass sich aus der familiären Vorgeschichte ergebe, dass es sich bei dem Vertrag vom 28.01.1998 nicht um einen normalen Immobilienkauf gehandelt habe, sondern die Mutter das familiär geprägte Ziel verfolgt habe, dass sie, die Klägerin, mit ihrer Familie in X bleibe und nicht von dort wegziehe. Der Hof sei ein Lockangebot der Mutter gewesen, sie zunächst zum Umzug von Y nach X zu bewegen und später einen erneuten Umzug nach Z zu verhindern.

35 Die Klägerin ist zudem der Auffassung, dass das LG den Wert des Grundstücks unzutreffend ermittelt habe und trägt dazu weiter vor.

36 Schließlich habe das LG nicht berücksichtigt, dass der Beklagte der Klägerin ein Darlehen über den von ihr zu zahlenden Zugewinnausgleichbetrag angeboten habe. Aus diesem Angebot ergebe sich, dass der Beklagte selbst davon überzeugt gewesen sei, dass seine Beschwerde gegen den Beschluss des AG Z Erfolg gehabt hätte.

37 Soweit der Beklagte vortrage, dass sie bislang keine Auskünfte über die Höhe der aus der Ehezeit stammenden Mängelgewährleistungsforderungen gegenüber Handwerkern erteilt habe, liege das daran, dass wegen laufender Rechtsstreitigkeiten nicht klar sei, ob und in welchem Umfang solche Forderungen bestehen.

38 Die Klägerin beantragt, das angefochtene Urteil des LG abzuändern und den Beklagten nach Maßgabe der Schlussanträge der Klägerin in erster Instanz zu verurteilen.

39 Die Beklagte beantragt unter Verteidigung des angefochtenen Urteils, die Berufung zurückzuweisen.

(...)

41 Darüber hinaus seien nach dem eigenen Vorbringen der Klägerin zu den Werten von Leistung und Gegenleistung die Voraussetzungen für einen privilegierten Erwerb beim Kauf des Grundstücks nicht gegeben. Zudem sei der zwischen der Klägerin und ihrer Mutter geschlossene Kaufvertrag nicht als Übertragung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge zu qualifizieren. Dazu trägt der Beklagte weiter vor.

42 Das Vorbringen der Klägerin zur familiären Vorgeschichte werde mit Nichtwissen bestritten. Zudem sei der Vortrag verspätet und rechtlich unerheblich. Es sei auch nicht ersichtlich, aus welchem Grunde Herr E nicht bereits erstinstanzlich als Zeuge benannt worden sei.

(...)

45 II. Die statthafte und auch im Übrigen zulässige Berufung der Klägerin ist nicht begründet. Zutreffend ist das LG zu dem Ergebnis gekommen, dass die Klägerin gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz wegen der Verletzung von Pflichten aus dem Anwaltsvertrag gemäß § 280 Abs. 1 BGB i. V. m. §§ 611, 675 BGB hat, weil ihr durch die anwaltliche Pflichtverletzung kein Schaden entstanden ist.



46 1. Zwischen den Parteien ist ein Anwaltsvertrag nach Maßgabe der §§ 611 ff., 675 ff. BGB zustande gekommen. Es steht nicht im Streit, dass die Klägerin den Beklagten mandatiert hat, das familienrechtliche Verfahren in erster und zweiter Instanz vor dem AG Z bzw. dem OLG C zu führen.

47 2. Außer Streit steht auch, dass der Beklagte objektiv eine Pflicht aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Anwaltsvertrag im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB verletzt hat, indem er es versäumt hat, die Beschwerde gegen den Beschluss des AG Z vom 03.04.2018 rechtzeitig bei dem Gericht einzulegen, dessen Beschluss angefochten wird (§ 64 Abs. 1 Satz 1 FamFG), hier also dem insoweit zuständigen AG Z. Das Verschulden des Beklagten wird gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet. Exkulpiert hat sich der Beklagte nicht.

48 3. Auch nach dem Vortrag der Klägerin im Berufungsverfahren vermag der Senat aber nicht festzustellen, dass der Klägerin aus dieser anwaltlichen Pflichtverletzung des Beklagten der geltend gemachte Schaden entstanden ist.

49 a) Der Rechtsanwalt, der wegen der Verletzung vertraglicher Pflichten Schadensersatz schuldet, hat den Auftraggeber nach § 249 BGB so zu stellen, wie er bei pflichtgemäßem Verhalten und bei Beachtung der anwaltlichen Sorgfalt stünde (BGH, Urteil vom 07.02.2008, IX ZR 149/04, juris Rdnr. 24). Voraussetzung einer Haftung ist neben einer (hier vorliegenden) Pflichtverletzung, dass der Schaden nicht eingetreten wäre, wenn der anwaltliche Berater sich pflichtgemäß verhalten hätte. Ausgangspunkt der Schadensberechnung ist die Differenzhypothese. Ob und inwieweit ein nach §§ 249 ff. BGB zu ersetzender Vermögensschaden vorliegt, beurteilt sich regelmäßig nach einem Vergleich der in Folge des haftungsbegründenden Ereignisses eingetretenen Vermögenslage mit derjenigen, die ohne jenes Ereignis eingetreten wäre (BGH, Urteil vom 14.06.2012, IX ZR 145/11, juris Rdnr. 42; Urteil vom 05.02.2015, IX ZR 167/13, juris Rdnr. 7; Urteil vom 18.02.2016, IX ZR 191/13, juris Rdnr. 9, jew. m. w. N.). Erforderlich ist ein Gesamtvermögensvergleich, der alle von dem haftungsbegründenden Ereignis betroffenen finanziellen Positionen umfasst (vgl. BGH, Urteil vom 18.02.2016, IX ZR 191/13, juris Rdnr. 9 m. w. N.). Dieser erfordert hierbei nicht lediglich eine Berücksichtigung von Einzelpositionen, sondern eine Gegenüberstellung der hypothetischen und der tatsächlichen Vermögenslage (vgl. BGH, Urteil vom 05.02.2015, IX ZR 167/13, juris Rdnr. 7; Urteil vom 18.02.2016, IX ZR 191/13, juris Rdnr. 9).

50 Die Frage, ob die Klägerin bei sachgemäßer anwaltlicher Vertretung im Vorprozess obsiegt hätte, ist dabei aus der Sicht des mit dem Regressanspruch befassten Gerichts zu beurteilen (BGH, Urteil vom 13.06.1996, IX ZR 233/95, juris Rdnr. 7; Urteil vom 16.05.2002, IX ZR 27/04, juris Rdnr. 8, jew. m. w. N.). Der Regressrichter hat für seine eigene Beurteilung von dem Sachverhalt auszugehen, der dem Gericht bei pflichtgemäßem Verhalten des Anwalts unterbreitet worden wäre.

51 Hinsichtlich der Beweislast ist grundsätzlich zu berücksichtigen, dass die Regeln des Ausgangsrechtsstreits auch

im Regressprozess anzuwenden sind. Der Rechtsanwalt tritt insoweit gleichsam in die Rolle der Gegenpartei des Ausgangsrechtsstreits ein (vgl. BGH, Urteil vom 15.11.2007, IX ZR 232/03, juris Rdnr. 7; OLG Rostock, Urteil vom 05.02.2009, 3 U 108/08, juris Rdnr. 18).

52 Der Klägerin oblag im Zugewinnausgleichsverfahren die Darlegungs- und Beweislast für ihr positives Anfangsvermögen (MünchKomm-BGB/Koch, 9. Aufl., § 1374 Rdnr. 44). Zudem ist der Ehegatte, der behauptet, Vermögen während des Güterstandes privilegiert erworben zu haben, für den Erwerbstatbestand darlegungs- und beweispflichtig (BGH, Urteil vom 20.07.2005, XII ZR 301/02, juris Rdnr. 13; MünchKomm-BGB/Koch, § 1374 Rdnr. 47). Die Klägerin trägt damit auch im hiesigen Verfahren die Darlegungs- und Beweislast für ihr positives Anfangsvermögen und dafür, dass der Erwerb des Grundstücks A-Straße (...) in X einen privilegierten Erwerb im Sinne des § 1374 Abs. 2 BGB darstellt.

53 b) Zutreffend ist das LG in dem angefochtenen Urteil zu dem Ergebnis gelangt, dass das Grundstück der Klägerin, das sie 1998 von ihrer Mutter erworben hatte, nicht nach § 1374 Abs. 2 BGB in ihrem Anfangsvermögen zu berücksichtigen war, da die Klägerin schon nicht hinreichend dargelegt hat, dass sie das streitgegenständliche Grundstück zum Zweck der vorweggenommenen Erbfolge von ihrer Mutter erworben hat. Daran hält der Senat auch unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens der Klägerin fest.

54 aa) Nach § 1374 Abs. 2 BGB wird Vermögen, das ein Ehegatte nach Eintritt des Güterstandes von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder als Ausstattung erwirbt, nach Abzug der Verbindlichkeiten dem Anfangsvermögen hinzugerechnet, soweit es nicht den Umständen nach zu den Einkünften zu rechnen ist.

55 Ob ein Vermögen mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht übergeben und erworben wird und damit aufgrund der Regel des § 1374 Abs. 2 BGB als Vermögensposten dem Zugewinn entzogen bleibt, richtet sich in erster Linie danach, ob die Vertragsschließenden mit der Übergabe einen erst zukünftigen Erbgang vorwegnehmen wollen (vgl. Grüneberg/Siede, 81. Aufl., § 1376 Rdnr. 14; MünchKomm-BGB/Koch, § 1374 Rdnr. 29). Ob es sich bei einem Vertrag tatsächlich um eine vorweggenommene Erbfolge handelt, muss durch Auslegung des Vertrages unter Berücksichtigung aller Umstände einschließlich der Vorgeschichte und der Interessenlage der Beteiligten ermittelt werden (vgl. BGH, Urteil vom 01.02.1995, IV ZR 36/94, juris Rdnr. 12).

56 Entscheidend für die Beurteilung, ob ein privilegierter Erwerb im Sinne von § 1374 Abs. 2 BGB vorliegt, ist letztlich, dass die persönliche Beziehung zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber bei Vertragsschluss im Vordergrund steht. Denn der Sinn und Zweck der Vorschrift des § 1374 Abs. 2 BGB besteht darin, solche Vermögensbestandteile der Ausgleichspflicht zu entziehen, die in keinem Zusammenhang mit der ehelichen Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft stehen, oder die einem Ehegatten von Dritten aufgrund persönlicher Beziehungen oder ähnlicher Umstän-

de zufließen, an denen der andere Ehegatte keinen Anteil hat. Insoweit besteht kein Grund dafür, einen Ehegatten an einem Erwerb zu beteiligen, der dem anderen aus erbrechtlichen Gründen zugefallen ist. Erreicht wird dieser Ausschluss dadurch, dass der Wert des Erwerbs dem Anfangsvermögen zugeschlagen wird (vgl. Grüneberg/Siede, § 1376 Rdnr. 9). Aus diesem Grund kann die Bestimmung des § 1374 Abs. 2 BGB grundsätzlich auch dann Anwendung finden, wenn der Erwerb zwar mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht erfolgt, jedoch aus bestimmten Gründen in die Rechtsform eines Kaufvertrages gekleidet worden ist. Erforderlich hierfür ist wiederum, dass ausreichend Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass trotz der Wahl der Rechtsform eines Kaufvertrages ein künftiger Erbgang vorweggenommen werden soll.

57 Die Vorwegnahme eines künftigen Erbgangs liegt in der Regel dann vor, wenn einem Abkömmling ein Grundstück, ein landwirtschaftliches Anwesen oder ein Unternehmen unter Lebenden übergeben wurde. Auf einen solchen Erwerbsvorgang deuten die Einräumung eines Leibgedinges, die Pflicht zu Ausgleichszahlungen an erbberechtigte Geschwister, die Übernahme von Beerdigungskosten und die Verpflichtung zur Grabpflege hin, selbst wenn von einem gewissen Übergewicht der kapitalisierten Gegenleistung auszugehen ist (Grüneberg/Siede, § 1376 Rdnr. 9). Bei einem Vermögensübergang aufgrund eines Kaufvertrages müssen durch einen Vergleich der Werte des Übergebenen und der Gegenleistung Anhaltspunkte dafür gewonnen werden, ob es sich nach dem Willen der Vertragsschließenden um einen Vermögenserwerb mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht oder ein normales Austauschgeschäft gehandelt hat (vgl. BGH, Urteil vom 22.11.2006, XII ZR 8/05, juris Rdnr. 17; Grüneberg/Siede, § 1376 Rdnr. 14).

58 bb) Zutreffend ist das LG zu dem Ergebnis gekommen, dass der als Kaufvertrag bezeichnete notarielle Kaufvertrag vom 28.01.1998 auch nach den genannten Grundsätzen nicht als Vertrag mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht im Sinne des § 1374 Abs. 2 BGB ausgelegt werden kann. Es fehlt an den dafür erforderlichen Anhaltspunkten. Vielmehr liegen ausreichend Indizien dafür vor, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Kaufvertrag um einen bewusst als solchen geschlossenen Austauschvertrag handelt, in welchem Leistung und Gegenleistung in einem Äquivalenzverhältnis stehen.

59 Der notarielle Kaufvertrag vom 28.01.1998 selbst bietet keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass dieser mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht geschlossen wurde. Beurkundet worden ist ein Grundstückskaufvertrag zwischen der Klägerin und ihrer Mutter. An keiner Stelle des notariellen Kaufvertrages befindet sich ein ausdrücklicher Hinweis darauf, dass dieser mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht der Klägerin nach ihrer Mutter geschlossen worden ist. Der Vertrag enthält vielmehr Standardformulierungen eines gängigen Grundstückskaufvertrages (zum Beispiel Regelungen für den Fall des Zahlungsverzuges, eine Unterwerfung der Klägerin unter die sofortige Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen, eine Eigentumsvormerkung).

60 Zutreffend hat das LG zudem ausgeführt, dass sich auch aus den von der Klägerin nach dem Kaufvertrag zu er-

bringenden Gegenleistungen (neben der Zahlung von 55.000 DM die Zahlung einer Leibrente sowie der Einräumung eines lebenslänglichen Nießbrauchsrechts an der im Stallgebäude befindlichen Einliegerwohnung) nichts anderes ergibt. Ein Leibgedinge oder auch ein Nießbrauchrecht sind vor allem dann typische Abreden für ein Rechtsgeschäft mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, wenn diese eingeräumt werden, um den Wohn- und Pflegebedarf und damit einen wichtigen Teil der Lebensbedürfnisse des zumeist bereits betagten Vertragspartners für dessen Lebensabend abzusichern (vgl. BGH, Urteil vom 22.11.2006, XII ZR 8/05, juris Rdnr. 17). Die Klägerin hat schon erstinstanzlich nicht hinreichend dazu vorgebracht, dass durch die Einräumung der Leibrente und des Nießbrauchsrechts der Lebens- und Pflegebedarf ihrer Mutter gesichert werden sollte. Vielmehr trägt sie vor, dass ihre Mutter ab 2008 auf die Zahlung der Leibrente verzichtete und auch die durch den Nießbrauch gesicherte Wohnung nicht bewohnte. Ergänzendes Vorbringen dazu ist in der Berufungsinstanz nicht erfolgt. Zudem hat das LG in Ziffer 3.1.2 des angefochtenen Urteils im Einzelnen berechnet, dass der Wert des Grundstücks zum Erwerbszeitpunkt 1998 dem Wert der von der Klägerin erbrachten Gegenleistung mindestens entsprach, was die Klägerin im Übrigen auch selbst vorgebracht hat. Diese Berechnungen, denen der Senat folgt, sind in der Berufungsbegründung nicht dezidiert angegriffen worden. Insbesondere hat die Klägerin keine „Gegenrechnung“ präsentiert, die für ihre Behauptung eines privilegierten Erwerbes sprechen würde, bei dem die Leistung die Gegenleistung regelmäßig überwiegt. Bei einer Grundstücksübertragung zum Zwecke der vorweggenommenen Erbfolge wäre typischerweise aber zu erwarten, dass diese zumindest teilweise im Wege der Schenkung erfolgt. Das ist hier gerade nicht der Fall.

61 Auch der vorgelegte Erbvertrag vom 23.08.1984 bietet keinen Hinweis darauf, dass der fast 14 Jahre später erfolgte Grundstückskaufvertrag mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht der Klägerin geschlossen worden ist. Das ergibt sich schon daraus, dass § 1 des Erbvertrages ausdrücklich an die Hofeigenschaft des Grundstücks anknüpft und Voraussetzung für die jeweilige Erbeinsetzung ist, dass der Erbe zum Zeitpunkt des Erbfalles die gesetzlichen Voraussetzungen eines Hoferben erfüllt und den Hof entweder selbst bewirtschaftet oder an einen Bewirtschafter verpachtet. Diese Regelung war erforderlich, weil nach dem Höferecht ein Hof im landwirtschaftlichen Sinne nur auf eine Person übertragen werden kann, um den Hof in seiner Gänze zu erhalten. Der entsprechende Hofvermerk war aber unstrittig bereits im Jahre 1996 und damit vor dem Zeitpunkt des Erwerbs des Grundstücks E-weg (...) gelöscht worden. Für diesen Fall sollte ausweislich § 2 des Erbvertrages die gesetzliche, ggf. die anzuordnende testamentarische Erbfolge gelten. Gesetzliche Erben der Mutter sind die Kinder zu gleichen Teilen und nicht die Klägerin allein. Etwaige Ausgleichszahlungen an die Geschwister der Klägerin oder andere typische Regelungen bei Vorliegen von Verträgen mit einem von mehreren Erben waren nicht vorgesehen. Es ist deshalb schon nicht ersichtlich, dass § 1 des Erbvertrages die Grundlage für den später geschlossenen Kaufvertrag

bilden sollte. Zudem ist mit dem Kaufvertrag vom 28.01.1998 nicht das gesamte Hofgrundstück, sondern lediglich das Haupthaus und die Pferdeweide von der Mutter an die Klägerin verkauft worden. Das hatte zur Folge, dass der ursprüngliche Hof anschließend im Eigentum von zwei Personen, nämlich teilweise der Klägerin und teilweise der Mutter, stand. Ein Zusammenhang zwischen der ursprünglich im Erbvertrag beabsichtigten Übertragung eines landwirtschaftlich genutzten Hofgrundstücks zu dem in Rede stehenden Grundstückskaufvertrag ist deshalb nicht ersichtlich.

62 Auch die von der Klägerin mit der Berufungsbegründung eingereichten Testamente der Mutter vom 24.10.2001 und 02.01.2021 sind insofern unerheblich, weil sie einerseits nach Abschluss des Kaufvertrages vom 28.01.2018 verfasst wurden und andererseits auch keinen ausdrücklichen Hinweis darauf enthalten, dass die Übertragung der Grundstücke durch Kaufvertrag vom 28.01.2018 im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erfolgt sind.

63 cc) Auch unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens hat die Klägerin nicht hinreichend dargelegt, dass der Zweck der Übertragung des streitgegenständlichen Grundstücks darin bestand, die Klägerin so zu stellen, als hätte sie ihre Mutter bereits beerbt.

64 Selbst wenn man die in der Berufungsbegründung von der Klägerin behauptete, vom Beklagten bestrittene, familiäre „Vorgeschichte“ als zutreffend unterstellt, ist nicht ersichtlich, dass die Grundstücksübertragung der vorweggenommenen Erbfolge dienen sollte.

65 Die Klägerin trägt selbst vor, dass die Mutter die Übertragung des Hofes auf die Klägerin als „Lockangebot“ verwendet habe, um die Klägerin und ihren späteren Ehemann im Jahre 1993 zu einem Umzug von Y nach X zu bewegen. Als es in den darauffolgenden Jahren dann doch nicht zu einer Übertragung des Hofes gekommen sei und die Klägerin und ihr Ehemann im Jahre 1997 überlegt hätten, von X nach Z zu ziehen, sei die Mutter nach dem Vorbringen der Klägerin „gezwungen (gewesen), etwas zu unternehmen“. Sie habe dann (nicht den gesamten Hof, sondern lediglich) das Haupthaus und die benachbarte Pferdeweide auf die Klägerin durch den Vertrag vom 28.01.1998 übertragen. Nach dem eigenen Vortrag der Klägerin wird danach deutlich, dass es offensichtlich nicht Hauptmotiv der Mutter war, das Grundstück mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht auf die Klägerin zu übertragen, sondern einen Umzug der Klägerin und ihrer Familie zu verhindern. Hierzu hat die Mutter auch nicht den ganzen Hof, sondern lediglich einen Teil, nämlich Haupthaus und Pferdeweide, im Rahmen eines gängigen Grundstückskaufvertrages übertragen.

66 Wegen der fehlenden Erheblichkeit des diesbezüglichen Berufungsvortrages der Klägerin bedarf es keiner Entscheidung, ob dieser Vortrag nebst entsprechendem Beweisangebot nach § 531 Abs. 2 ZPO als neues Angriffsmittel zuzulassen ist.

67 e) Unter Berücksichtigung all dieser Umstände ist der am 28.01.1998 zwischen der Klägerin und ihrer Mutter geschlossene Grundstückskaufvertrag dahin gehend auszu-

legen, dass die Klägerin und ihre Mutter einen reinen Kaufvertrag abschließen wollten, in dem sich Leistung und Gegenleistung (jedenfalls nahezu) äquivalent gegenüberstehen. Anhaltspunkte dafür, dass dieser Vertrag mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht geschlossen wurde, ergeben sich nicht.

(...)

69 5. Die Ausführungen des LG, dass weder die Pferde im Anfangsvermögen der Klägerin noch die Golfausrüstung im Endvermögen des Ehemannes zu berücksichtigen seien, weil es insoweit an spezifischen Angaben fehle, die eine Wertermittlung ermöglichen würden, sind mit der Berufung nicht angegriffen worden.

(...)

Bürgerliches Recht

ERBRECHT

9. Keine Anfechtung einer lenkenden Erbausschlagung bei unbeachtlichem Motivirrtum über den danach eintretenden Erben

BGH, Beschluss vom 22.03.2023, IV ZB 12/22 (Vorinstanz: OLG Hamm, Beschluss vom 21.04.2022, 15 W 51/19)

BGB § 119 Abs. 1 Alt. 1, §§ 1953, 1954, 1955, 1957

LEITSATZ:

Irrt sich der eine Erbschaft Ausschlagende bei Abgabe seiner Erklärung über die an seiner Stelle in die Erbfolge eintretende Person, ist dies nur ein Irrtum über eine mittelbare Rechtsfolge der Ausschlagungserklärung aufgrund anderer rechtlicher Vorschriften. Ein solcher Motivirrtum berechtigt nicht zur Anfechtung gemäß § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligten erstreben eine Klärung der Erbfolge im Erbscheinsverfahren.

2 Der Erblasser ist am 03.07.2018 verstorben, ohne eine letztwillige Verfügung zu hinterlassen. Die Beteiligte zu 1 ist die Witwe des Erblassers, der Beteiligte zu 2 ein gemeinsames Kind. Sämtliche Abkömmlinge des Erblassers schlugen durch notariell beglaubigte Erklärungen gegenüber dem Nachlassgericht die Erbschaft aus. Die fristgerecht beim Nachlassgericht eingegangene Erklärung des Beteiligten zu 2 lautet auszugsweise:

„Ich, (...), schlage die Erbschaft hiermit aus allen in Betracht kommenden Gründen aus.“

3 Daraufhin beantragte die Beteiligte zu 1 zunächst einen Erbschein, durch den sie als Alleinerbin aufgrund gesetzlicher Erbfolge ausgewiesen werden sollte. Nachdem das Nachlassgericht die Beteiligte zu 1 darauf hingewiesen hatte, dass sie gemäß § 1931 Abs. 1 BGB nur Alleinerbin sei,

soweit weder Erben der ersten und zweiten Ordnung noch Großeltern vorhanden seien, focht der Beteiligte zu 2 seine Ausschlagungserklärung durch notariell beglaubigte Erklärung fristgerecht wegen Irrtums an, die auszugsweise wie folgt lautet:

„In der Nachlasssache (...) fechte ich, (...), die Ausschlagungserklärung (...) wegen Irrtums an.

Ich und meine Geschwister haben die Erbschaft ausgeschlagen, weil wir davon ausgingen, dass somit unsere Mutter, (...), Alleinerbin ist und somit auch als Alleineigentümerin der Eigentumswohnung (...) eingetragen wird. Nunmehr erhielt ich Kenntnis darüber, dass durch die Ausschlagungserklärung sämtlicher Kinder unseres Vaters dessen Halbgeschwister erben.

Diese Halbgeschwister sind weder meiner Mutter, meinen Geschwistern oder mir namentlich bekannt. Auch mein Vater hatte zu diesen Halbgeschwistern keinen Kontakt. Erst mit der Mitteilung des Nachlassgerichts (...) erfuhr ich durch meine Mutter am 02.10.2018, dass die Halbgeschwister meines Vaters durch meine Erbausschlagung erben.

(...)“

4 Daraufhin beantragte die Beteiligte zu 1 einen gemeinschaftlichen Erbschein für sie und den Beteiligten zu 2 als Miterben zu 1/2.

5 Sodann wies das Nachlassgericht darauf hin, dass es die Anfechtungserklärung nicht als wirksam erachte, da es sich um einen unbeachtlichen Motivirrtum handele, und gab Gelegenheit zur Stellungnahme. Hierauf ergänzte der Beteiligte zu 2 seine Anfechtungserklärung durch weitere notariell beglaubigte Erklärung unter anderem wie folgt:

„Bei der Ausschlagung der Erbschaft ging ich davon aus, dass die Erbschaft der übrig bleibenden Miterbin, meiner Mutter, übertragen wird. Mir war nicht bekannt, dass die Erbschaft durch meine Ausschlagung demjenigen anfällt, welcher berufen gewesen wäre, wenn ich und meine Geschwister zur Zeit des Erbfalls nicht gelebt hätten.

(...)“

6 Ferner erklärten die Beteiligten mit anwaltlichem Schreiben, der Beteiligte zu 2 sei im Zeitpunkt der Ausschlagung der Auffassung gewesen, dass durch seine Ausschlagung und diejenige seiner Geschwister die Erbanteile der Beteiligten zu 1 übertragen würden. Er sei also der Auffassung gewesen, dass diese Erbteile ihr anwachsen würden.

7 Den Erbscheinsantrag hat das Nachlassgericht zurückgewiesen. Im Rahmen der dagegen gerichteten Beschwerde hat das OLG Ermittlungen zur Identität der Erben zweiter Ordnung durchgeführt, die ergeben haben, dass der Erblasser neben Halbgeschwistern auch eine Vollschwester hatte. Daraufhin hat der Beteiligte zu 2 seine Anfechtungserklärung dahin gehend ergänzt, dass ihm auch nicht bekannt gewesen sei, dass sein Vater eine Vollschwester gehabt habe. Sodann hat das OLG die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die zugelassene Rechts-

beschwerde der Beteiligten, mit der sie den Erbscheinsantrag weiterverfolgen.

8 II. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung unter anderem in ZEV 2022, 525 veröffentlicht ist, ist der Ansicht, der Beteiligte zu 2 sei nicht neben der Beteiligten zu 1 zur Erbfolge gelangt, da er die Erbschaft wirksam ausgeschlagen habe. Die Wirkung der Ausschlagung sei nicht durch seine Anfechtungserklärung beseitigt worden. Die Anfechtung sei unwirksam, da sich anhand seines Vorbringens ein rechtlich beachtlicher Anfechtungsgrund nicht feststellen lasse. In der ex-post-Sicht sei es offensichtlich, dass sich der Beteiligte zu 2 bei seiner Ausschlagungserklärung in einem Rechtsirrtum befunden habe. Die allgemeine Begründung der Anfechtung, der Beteiligte zu 2 habe darüber geirrt, dass neben seiner Mutter noch Erben zweiter Ordnung zur Erbfolge gelangen können, sei aus Rechtsgründen unbeachtlich, da es sich um einen bloßen Motivirrtum handele. In diesen Fällen habe der Ausschlagende nicht über die primäre Rechtsfolge (Verlust der Erbenstellung), sondern über eine weitere, von Gesetzes wegen eintretende Rechtsfolge, nämlich den Anfall bei einer bestimmten Person, geirrt. Die Vorstellungen und die Willensrichtung des Ausschlagenden seien für den rechtlichen Maßstab, was als unmittelbare und was als mittelbare Rechtsfolge angesehen werden könne, bedeutungslos. Die primäre Rechtsfolge der Ausschlagung sei nach § 1953 Abs. 1 BGB der Wegfall des Ausschlagenden. Dies bringe weitere Rechtsfolgen hervor, nämlich den Anfall der Erbschaft oder des Erbteils bei anderen Personen, weil das BGB einen erbenlosen Nachlass nicht kenne.

§ 1953 Abs. 2 BGB stelle insoweit nicht mehr als eine bereits durch § 1953 Abs. 1 BGB vorgegebene Rechtsfolge klar. Wem die Erbschaft/der Erbteil nunmehr anfalle, bestimme sich nicht nach § 1953 Abs. 2 BGB, sondern vielmehr allein nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge oder den Regeln der gewillkürten Erbfolge betreffend Ersatzerbfolge und Anwachsung. § 1953 Abs. 2 BGB besage nicht mehr, als dass anstelle des Ausschlagenden eine andere Person an seine Stelle trete. Hierüber irre der Ausschlagende aber nicht. Er irre darüber, welche Person dies sei. Soweit schriftsätzlich vorgetragen worden sei, der Beteiligte zu 2 habe die Vorstellung gehabt, sein Erbteil werde seiner Mutter anwachsen bzw. er übertrage hiermit seinen Erbteil, werde dies in der obergerichtlichen Rechtsprechung als relevanter Irrtum diskutiert. Für derartige Feststellungen biete der Vortrag der – rechtlich vertretenen – Beteiligten aber keinerlei Anhaltspunkte, weshalb auch eine amtswegige Sachaufklärung keine Grundlage habe. Soweit der Beteiligte zu 2 zusätzlich geltend mache, ihm sei unbekannt gewesen, dass sein Vater (Halb-)Geschwister gehabt habe, sei dieser tatsächliche Irrtum für die Ausschlagungserklärung jedenfalls nicht kausal geworden, da der Beteiligte zu 2 diese infolge seines Rechtsirrtums auch bei Kenntnis von der Existenz der (Halb-)Geschwister abgegeben hätte.

9 III. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

10 Die statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Das Beschwerdegericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass der Antrag auf Ertei-

lung eines Erbscheins für die Beteiligte zu 1 und den Beteiligten zu 2 als Miterben zu 1/2 unbegründet ist, da der Beteiligte zu 2 infolge der Ausschlagung der Erbschaft nicht zur Erbfolge gelangt ist. Die Wirkung der Ausschlagung ist nicht durch die Anfechtung der Ausschlagungserklärung beseitigt worden.

11 1. Ursprünglich war der Beteiligte zu 2 als Sohn des Erblassers nach gesetzlicher Erbfolge gemäß § 1924 Abs. 1, § 1931 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, § 1371 Abs. 1 BGB Miterbe. Seine Miterbenstellung hat er jedoch rückwirkend verloren (§ 1953 Abs. 1 BGB), indem er gegenüber dem Nachlassgericht form- und fristgerecht die Ausschlagung der Erbschaft nach § 1944 Abs. 1, § 1945 Abs. 1 BGB erklärt hat. Da die Erwartung des Beteiligten zu 2, dass der Nachlass in vollem Umfang an die Beteiligte zu 1 fallen werde, keinen Niederschlag in der Ausschlagungserklärung gefunden hat, liegt darin keine Bedingung im Rechtssinne, die gemäß § 1947 BGB die Unwirksamkeit der Ausschlagung zur Folge hätte (vgl. OLG Düsseldorf, ZEV 2019, 469 Rdnr. 14; ZEV 2018, 85, 86, juris Rdnr. 20; Staudinger/Otte, Neub. 2017 § 1954 Rdnr. 5 m. w. N.; *Eickelberg*, ZEV 2018, 489, 490 f.).

12 2. Die Wirkung der Ausschlagung ist nicht durch die Anfechtungserklärung des Beteiligten zu 2 beseitigt worden (§ 142 Abs. 1 BGB).

13 Die form- (§ 1955 Abs. 1 Satz 2, § 1945 Abs. 1, § 129 Abs. 1 BGB) und fristgerecht (§ 1954 Abs. 1, Abs. 2 BGB) gegenüber dem Nachlassgericht (§ 1955 Satz 1 BGB) erklärte Anfechtung ist unwirksam, da sich anhand des Vorbringens des Beteiligten zu 2 kein rechtlich beachtlicher Anfechtungsgrund feststellen lässt.

14 Die Ausschlagung der Erbschaft kann ebenso wie deren Annahme nur nach den allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen unter Lebenden gemäß §§ 119 ff. BGB angefochten werden. Die Sonderregeln der §§ 1954, 1955 und 1957 BGB für Frist, Form und Wirkung der Anfechtung der Ausschlagungserklärung ändern oder erweitern die Anfechtungsgründe nicht (vgl. Senatsbeschluss vom 05.07.2006, IV ZB 39/05, BGHZ 168, 210 Rdnr. 19 m. w. N.).

15 Von diesen Grundsätzen ausgehend hat das Beschwerdeggericht zu Recht angenommen, dass sich der Beteiligte zu 2 bei Abgabe der Ausschlagungserklärung nicht in einem allein in Betracht kommenden Irrtum im Sinne des § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB befand. Ein Inhaltsirrtum kann zwar auch darin gesehen werden, dass der Erklärende über Rechtsfolgen seiner Willenserklärung irrt, weil das Rechtsgeschäft nicht nur die von ihm erstrebten Rechtswirkungen erzeugt, sondern solche, die sich davon unterscheiden. Ein derartiger Rechtsirrtum berechtigt aber nur dann zur Anfechtung, wenn das vorgenommene Rechtsgeschäft wesentlich andere als die beabsichtigten Wirkungen erzeugt (vgl. Senatsurteil vom 29.06.2016, IV ZR 387/15, ZEV 2016, 574 Rdnr. 11; Senatsbeschluss vom 05.07.2006, IV ZB 39/05, BGHZ 168, 210 Rdnr. 19; st. Rspr.). Dagegen ist der nicht erkannte Eintritt zusätzlicher oder mittelbarer Rechtswirkungen, die zu den gewollten und eingetretenen Rechtsfolgen hinzutreten, kein Irrtum über den Inhalt der Erklärung mehr, sondern ein unbeachtlicher Motivirrtum (Senatsurteil vom 29.06.2016,

a. a. O.; Senatsbeschluss vom 05.07.2006, a. a. O.; jew. m. w. N.).

16 Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs ist der Beteiligte zu 2 keinem Irrtum über die unmittelbaren Rechtswirkungen der Ausschlagung erlegen, soweit er geltend macht, er sei bei Abgabe der Ausschlagungserklärung davon ausgegangen, dass somit seine Mutter Alleinerbin sei. Dass er sich über die konkrete Person des Nächstberufenen geirrt hat, begründet unabhängig davon, welche rechtlichen oder tatsächlichen Fehlvorstellungen dem zugrunde lagen, zum Beispiel irrige Annahme einer Anwachsung beim verbleibenden Miterben oder Irrtum über Inhalt der gesetzlichen Erbfolge im deutschen Erbrecht, lediglich einen unbeachtlichen Motivirrtum. Es ist daher ohne Bedeutung, ob dem Beteiligten zu 2 auch unbekannt war, dass sein Vater (Halb-) Geschwister hatte.

17 a) Die hier maßgebliche Frage, ob im Falle einer sog. „lenkenden Ausschlagung“, bei der es dem Ausschlagenden gerade um den Eintritt des Anfalls an einen bestimmten Dritten ankommt, ein Irrtum darüber, wem der Erbteil infolge der Ausschlagung anfällt, einen Irrtum über die mittelbaren oder unmittelbaren Rechtsfolgen darstellt, ist umstritten. Eine Auffassung sieht den Irrtum über die nächstberufene Person stets als einen Irrtum über die unmittelbaren Rechtsfolgen der Ausschlagung und damit als einen beachtlichen Inhaltsirrtum an (OLG Düsseldorf, ZEV 2019, 469 Rdnr. 22; ZEV 2018, 85, 87, juris Rdnr. 34; wohl auch, im Ergebnis aber offenlassend, OLG Frankfurt a. M., ZEV 2021, 507 Rdnr. 22, 24 f.; ebenfalls offengelassen von OLG Brandenburg, ZEV 2022, 716 Rdnr. 16; BeckOGK-BGB/*Rehberg*, Stand: 01.09.2022, § 119 Rdnr. 105; MünchKomm-BGB/*Leipold*, 9. Aufl., § 1954 Rdnr. 7; NK-BGB/*Feuerborn*, 4. Aufl., § 119 Rdnr. 51; NK-BGB/*Ivo*, 6. Aufl., § 1954 Rdnr. 7 f.; *Erman/J. Schmidt*, BGB, 16. Aufl., § 1954 Rdnr. 3c; *Staudinger/Singer*, Neub. 2021 § 119 Rdnr. 73; *Ivo*, ZEV 2017, 518, 519; *Keim*, ErbR 2022, 978 f.; *ders.*, ErbR 2021, 1012, 1013 ff.; *ders.*, ZEV 2020, 393, 400 f.). Eine andere Auffassung geht in diesen Fällen hingegen – wie auch das Beschwerdeggericht – nur von einem Irrtum über die mittelbaren Rechtsfolgen der Ausschlagung und damit von einem unbeachtlichen Motivirrtum aus (vgl. KG, ZEV 2020, 152 Rdnr. 26 f.; OLG Frankfurt a. M., ZEV 2017, 515 Rdnr. 16 ff.; OLG Hamm, FGPrax 2011, 236, 236 f., juris Rdnr. 7; OLG München, NJW 2010, 687, juris Rdnr. 14; OLG Schleswig, ZEV 2005, 526, juris Rdnr. 10 f.; OLG Hamm, ZEV 1998, 225; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 150, 151, juris Rdnr. 33; FamRZ 1997, 905, juris Rdnr. 17; OLG Stuttgart, OLGZ 1983, 304, 306 f., juris Rdnr. 24; KG, KGJ 35 A Nr. 19 00002; BeckOGK-BGB/*Heinemann*, Stand: 15.12.2022, § 1954 Rdnr. 25; BeckOK-BGB/*Siegmann/Höger*, Stand: 01.05.2022, § 1954 Rdnr. 7; *Grüneberg/Weidlich*, 82. Aufl., § 1954 Rdnr. 5; *Staudinger/Otte*, § 1954 Rdnr. 6; *Soergel/Naczinsky*, BGB, 14. Aufl., § 1954 Rdnr. 3; *Groll/Steiner/Muscheler*, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 5. Aufl., § 22 Rdnr. 22.101a; *Krätzschel/Falkner/Döbereiner/Krätzschel*, Nachlassrecht, 12. Aufl., § 16 Rdnr. 20; *Reul/Heckschen/Wienberg/Reul*, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 3. Aufl., § 5 Rdnr. 11; *Eickelberg*, ZEV 2018, 489, 495; *Kollmeyer*, ZEV 2021, 509; *ders.*, ZEV 2017, 517, 518; *Musielak*, ZEV 2016, 353, 356; *Wendt*, ErbR 2021, 562, 567).

18 b) Die letztgenannte Auffassung trifft zu. Wenn sich der Ausschlagende bei Abgabe der Ausschlagungserklärung über die nach seinem Wegfall an seiner Stelle in die Erbfolge eintretende konkrete Person irrt, ist dies nur ein Irrtum über eine mittelbare Nebenfolge der Ausschlagungserklärung aufgrund anderer rechtlicher Vorschriften. Es liegt ein Motivirrtum vor, der nicht zur Anfechtung berechtigt.

19 aa) Dafür sprechen Systematik und Wortlaut des § 1953 BGB. Unmittelbare Rechtsfolgen der Ausschlagung sind danach der Wegfall der Erbenstellung bei dem Ausschlagenden und der Anfall bei einer anderen Person. Wer die Person des Nächstberufenen ist, regelt § 1953 BGB nicht unmittelbar.

20 (1) Die Ausschlagung bewirkt, dass der Ausschlagende die ihm zugedachte Rechtsstellung aufgibt (§ 1953 Abs. 1 BGB) und diese Rechtsstellung dem Nächstberufenen anfällt (§ 1953 Abs. 2 BGB). Das steht mit dem Grundsatz des Vonselbsterwerbs in Einklang, wonach die erbrechtliche Sukzession gemäß § 1922 Abs. 1 BGB mit dem Erbfall kraft Gesetzes eintritt (vgl. BeckOGK-BGB/*Preuß*, Stand: 01.02.2023, § 1922 Rdnr. 43).

21 Davon ist allerdings die Frage zu unterscheiden, wer Erbe nach § 1953 Abs. 2 BGB und Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers ist. Die konkrete Bestimmung der nachrückenden Person regelt § 1953 Abs. 2 BGB nicht. Sie richtet sich nach den Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge (§§ 1924 ff. BGB) oder im Rahmen der gewillkürten Erbfolge vorrangig nach der Testamentsauslegung und nachrangig nach den §§ 2069, 2094 Abs. 1 Satz 1 BGB. § 1953 Abs. 2 BGB stellt sich lediglich als Vorgabe für die weitere Rechtsanwendung dar. Ein Irrtum darüber führt damit, anders als die Rechtsbeschwerde meint, lediglich zu einer fehlerhaften Anwendung der Vorschriften über die gesetzliche oder gewillkürte Erbfolge, nicht jedoch über die wesentliche und unmittelbare Rechtswirkung der Ausschlagung (vgl. KG, ZEV 2020, 152 Rdnr. 27; OLG Frankfurt a. M., ZEV 2017, 515 Rdnr. 16; OLG Hamm, FGPrax 2011, 236, 237, juris Rdnr. 7). Einer Differenzierung, ob der Ausschlagende in diesem Zusammenhang die gesetzliche oder gewillkürte Erbfolge verkennt und dies aus rechtlichen Gründen oder aus tatsächlichen Gründen etwa wegen Unkenntnis der Existenz eines Geschwisterteils des Erblassers geschieht, bedarf es insofern nicht.

22 (2) Dafür spricht auch der Sinngehalt des Wortes „auschlagen“. Dieser beinhaltet für den juristischen Laien, dass der Ausschlagende nicht mehr Erbe sein will und er durch die Ausschlagung seine Erbenstellung an eine andere Person verliert (vgl. OLG Schleswig, ZEV 2005, 526, juris Rdnr. 11 ff.), nicht aber, dass anstelle des Ausschlagenden ein bestimmter Dritter Erbe werden soll.

23 bb) Dass das deutsche Erbrecht keinen herrenlosen Nachlass kennt (vgl. BeckOGK-BGB/*Heinemann*, § 1953 Rdnr. 2; BeckOK-BGB/*Siegmann/Höger*, § 1953 Rdnr. 1; MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 1953 Rdnr. 1; NK-BGB/*Ivo*, § 1953 Rdnr. 1), steht der Annahme, § 1953 Abs. 2 BGB mache die Begünstigung einer bestimmten Person zu einer nachrangigen, mittelbaren Folge, nicht entgegen. Der Um-

stand, dass die konkrete Person des Nächstberufenen nach den Vorschriften über die gesetzliche oder gewillkürte Erbfolge ermittelt werden muss, führt nicht dazu, dass der Nachlass herrenlos wird. § 1953 Abs. 2 BGB fingiert den Anfall der Erbschaft für den endgültigen Erben auf den Zeitpunkt des Erbfalls (vgl. Senatsurteil vom 30.11.2022, IV ZR 60/22, ZEV 2023, 103 Rdnr. 22 m. w. N.).

24 cc) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde ist die Anfechtung auch weder dadurch gerechtfertigt, dass der Ausschlagende den Anfall der Erbschaft an eine bestimmte Person als das primäre Ziel seiner Ausschlagung und seinen Wegfall als bloßes Mittel zu diesem Zweck erachtet, noch durch eine sonstige an der Vorstellung oder Willensrichtung des Ausschlagenden ausgerichtete wertende Betrachtung (a. A. OLG Düsseldorf, ZEV 2018, 85, 87, juris Rdnr. 34). Eine Rechtsfolge wird nicht dadurch zu einer unmittelbaren, dass sie der Hauptgrund für die Erklärung der Ausschlagung war (KG, ZEV 2020, 152 Rdnr. 27; *Lange*, ZEV 2022, 527, 528; a. A. *Keim*, ErbR 2021, 1012, 1013 f.). Eine andere Betrachtung würde – wovon auch das Beschwerdegericht ausgegangen ist – der gesetzlichen Konzeption der §§ 119 ff. BGB und der §§ 1942 ff. BGB nicht gerecht (ebenso KG, a. a. O.). Die Rechtsfolge anhand der Vorstellung und Absicht des Ausschlagenden, mit der Ausschlagung falle die Erbschaft einer bestimmten anderen Person an, zu qualifizieren, führte sie zudem dem Inhalt der Ausschlagungserklärung zu, der hier allerdings ausschließlich darin besteht, die Erbschaft nicht anzunehmen (vgl. *Musielak*, ZEV 2016, 353, 355 f.). Die unmittelbaren Rechtsfolgen der Ausschlagung beruhen nicht auf der Willensentschließung des Ausschlagenden (vgl. BGH, Beschluss vom 05.06.2008, V ZB 150/07, NJW 2008, 2442 Rdnr. 18 zur Grundstückszwangsversteigerung), sondern ergeben sich aus § 1953 BGB.

25 dd) Die Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeit im vorliegenden Fall ist überdies im Interesse der Rechtssicherheit erforderlich, wovon auch das Beschwerdegericht unter Bezugnahme auf § 1953 Abs. 3 BGB zutreffend ausgeht. Soweit die Rechtsbeschwerde hiergegen einwendet, der Anfechtende müsse die gewollte Lenkungswirkung belegen und plausibel machen und es lasse sich im Erbscheinsverfahren regelmäßig eine schnelle Klärung der Sachlage herbeiführen (vgl. *Keim*, ErbR 2022, 978, 979; *ders.*, ErbR 2021, 1012, 1015), verfährt dies nicht. Die erweiterte Anfechtungsmöglichkeit widerspräche der besonderen Interessenlage bei der Ausschlagung, den durch den Vonselbsterwerb (§ 1922 Abs. 1 BGB) herbeigeführten Schwebezustand durch Annahme oder Fristablauf nach verhältnismäßig kurzer Zeit zu beseitigen. Die denkbaren Beweggründe, die Veranlassung zu einer Ausschlagungserklärung geben können, sind zudem unüberschaubar (vgl. BeckOK-BGB/*Wendtland*, § 119 Rdnr. 371). Es gilt daher, die Anfechtbarkeit wegen eines Rechtsfolgenirrtums auf die Fälle zu begrenzen, in denen sich – anders als hier – die Rechtsfolge, auf die sich der Irrtum bezieht, nach der gesetzlichen Regelung und Systematik unmittelbar aus dem Rechtsgeschäft bzw. der Willenserklärung ergibt, und hierdurch die Stabilität des Erbschaftserwerbs zu erzielen (vgl. *Schmidt*, ErbR 2022, 929, 930 f.).

26 ee) Die Entstehungsgeschichte des Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Leitbild des historischen Gesetzgebers bestätigen den strengen Umgang mit der Anerkennung von Ausschlagungsanfechtungen und die Verantwortung des Ausschlagenden, sich vor Abgabe der Erklärung über die Umstände des Erbfalls rechtlich und tatsächlich kundig zu machen. So besagen die Motive, dass eine allgemeine Anfechtung der Ausschlagungserklärung wegen Irrtums nicht zugelassen sei. Dem Irrtum des Ausschlagenden, welcher sich immer nur als ein Irrtum in den Motiven darstellen werde, einen besonderen Einfluss beizumessen, werde sich nicht rechtfertigen lassen (vgl. zu §§ 2040, 2041 BGB-E Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band V S. 272; vgl. auch *Wendt*, ErbR 2021, 562, 566). Nach allgemeinen Grundsätzen bleibe es Sache des Ausschlagenden, sich vor seiner Entscheidung die vollständige Kenntnis von den letztwilligen Verfügungen des Erblassers zu verschaffen. Ihm könne nicht gestattet werden, weil er seine Lage wegen ihm unbekannt gebliebener letztwilliger Verfügungen des Erblassers verkannt habe, nachträglich die Rechte derjenigen, an welche in Folge seiner Ausschlagung ein Anfall erfolgt sei, in Frage zu stellen (vgl. zu §§ 2040, 2041 BGB-E Mugdan, a. a. O. S. 273).

27 ff) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde folgt ein anderes Verständnis nicht daraus, dass der Senat in seinen Entscheidungen vom 05.07.2006 (IV ZB 39/05, BGHZ 168, 210) zu § 2306 Abs. 1 BGB in der bis zum 31.12.2009 geltenden Fassung und vom 29.06.2016 (IV ZR 387/15, ZEV 2016, 574) zu § 2306 Abs. 1 BGB in der derzeit geltenden Fassung einem die Erbschaft annehmenden Erben ein Anfechtungsrecht zugestanden hat, weil der Erbe nicht gewusst hatte, dass er das Pflichtteilsrecht im Falle der Ausschlagung nicht verliert (ebenso KG, ZEV 2020, 152 Rdnr. 30). Unmittelbare und wesentliche Wirkung der Erklärung einer Annahme der Erbschaft ist danach, dass der Erbe die ihm zugedachte Rechtsstellung einnimmt und er das von § 2306 Abs. 1 BGB eröffnete Wahlrecht verliert, sich für den möglicherweise dem Werte nach günstigeren Pflichtteilsanspruch zu entscheiden. Dieser Verlust des Pflichtteilsrechts als Rechtsfolge der Erbschaftsannahme ist zwingende Folge des Einrückens in die Erbenstellung durch die Annahme der Erbschaft (Senatsurteil vom 29.06.2016, a. a. O. Rdnr. 21; Senatsbeschluss vom 05.07.2006, a. a. O. Rdnr. 22).

28 Mit einem Irrtum über das pflichtteilsrechtliche Wahlrecht ist der vorliegende Fall des Irrtums über die nach Ausschlagung nächstberufene Person nicht vergleichbar. Das Wahlrecht und die Entstehung des Pflichtteilsrechts sind in § 2306 Abs. 1 BGB zwingend und unmittelbar mit der Ausschlagungserklärung verknüpft. Dass die Pflichtteilsberechtigung daneben auch deren Feststellung in Person des Ausschlagenden nach § 2303 BGB sowie die Zuwendung eines beschwerten oder beschränkten Erbteils gemäß § 2306 Abs. 1 BGB voraussetzt (vgl. *Keim*, ZEV 2020, 393, 400), ändert an dieser Verknüpfung nichts. Die zur Bestimmung des Nächstberufenen heranzuziehenden Regelungen der gesetzlichen oder gewillkürten Erbfolge stellen dagegen keine unmittelbare Rechtsfolge der Ausschlagung

dar. Im Übrigen betreffen die Rechtsfolgen der §§ 2303, 2306 Abs. 1 BGB die Person des Ausschlagenden selbst, während die Weiterleitung an den Nächstberufenen eine Rechtsfolge betrifft, die allein in dessen Person eintritt und damit den Ausschlagenden nicht berührt. Die Zulassung der Anfechtung bei einem Irrtum über das pflichtteilsrechtliche Wahlrecht und die Nichtzulassung bei einem Irrtum über die nach Ausschlagung nächstberufene Person erscheinen schließlich auch aufgrund der Erwägungen des historischen Gesetzgebers gerechtfertigt, wonach – anders als nach dem Grundsatz, dass eine Anfechtung der Ausschlagungserklärung wegen Irrtums nicht zuzulassen sei – für den Pflichtteilsberechtigten hiervon abgewichen werden müsse (vgl. zu §§ 2040, 2041 BGB-E Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band V S. 272, 273; dazu *Wendt*, ErbR 2021, 562, 566).

Hinweis der Schriftleitung: Zur abgedruckten Entscheidung des BGH nimmt Dr. **Dietmar Weidlich**, Notar in Roth, in seiner Anmerkung in diesem Heft ab Seite 504 eingehend Stellung.

10. Rechtsfolge der Ausschlagung der testamentarischen Erbeinsetzung des länger lebenden Ehegatten bei gemeinschaftlichem Ehegattentestament

OLG Brandenburg, Beschluss vom 14.02.2023, 3 W 60/22
BGB §§ 1948, 1950, 2097, 2271

LEITSÄTZE:

1. **§ 1950 BGB findet keine Anwendung für den Fall, dass der Erbe aus unterschiedlichen Berufungsgründen zum Erbe berufen ist und Gegenstand der Ausschlagung die testamentarische Erbeinsetzung ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Bei einer bindenden Schlusserbeinsetzung wird im Regelfall die ergänzende Auslegung der letztwilligen Verfügung dazu führen, dass mit der Schlusserbeinsetzung zugleich die Einsetzung der Kinder als Ersatzerben für den ersten Erbfall gewollt ist. Dem mutmaßlichen Willen der Ehegatten bei Testamentserrichtung entspricht es deshalb in der Regel, dass nach der von ihnen gewollten und im gemeinschaftlichen Testament zugrunde gelegten Nachlassplanung das Vermögen des Erstversterbenden auf jeden Fall an die Schlusserben fällt; auch bei einer Ausschlagung des länger Lebenden. Das wäre nicht gewährleistet, wenn der länger lebende Ehegatte sich über die Ausschlagung gemäß § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB von der Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments löst und gemeinsam mit den Kindern gesetzlicher Erbe würde. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Erblasserin setzte mit Testament vom 01.04.1997 ihren Sohn, den Beteiligten zu 2, zu ihrem Alleinerben ein. Am 27.08.2000 errichtete sie gemeinsam mit ihrem Ehemann, dem Beteiligten zu 1, ein gemeinschaftliches Testament, in dem sich beide Ehegatten wechselseitig zu Erben einsetzen und zum Schlusserben ihren Sohn, den Beteiligten zu 2, bestimmten.

2 Der Beteiligte zu 2 beantragte am 21.01.2011 die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins, der beide Beteiligte als gesetzliche Erben zu jeweils $\frac{1}{2}$ ausweisen sollte. Das Nachlassgericht erteilte auf diesen Antrag am 25.11.2011 einen Erbschein, der beide Beteiligte als gesetzliche Erben zu $\frac{1}{2}$ auswies. Mit Beschluss vom 24.09.2021 zog das Nachlassgericht diesen Erbschein ein.

3 Am 12.01.2021 beantragte der Beteiligte zu 2 unter Vorlage des Testaments vom 01.04.1997 die Erteilung eines Erbscheins dahin gehend, dass er die Erblasserin allein beerbt.

4 Am 26.03.2021 reichte der Beteiligte zu 1 das gemeinschaftliche Testament vom 27.08.2000 im Original bei dem Nachlassgericht ein und erklärte sogleich die Ausschlagung der angefallenen testamentarischen Erbfolge sowie die Annahme des gesetzlichen Erbes.

5 Mit notarieller Urkunde vom 28.09.2021 beantragte der Beteiligte zu 1 die Erteilung eines Erbscheins, der ihn als Alleinerben ausweisen sollte. Zur Begründung führte er an, dass seine Ausschlagung vom 26.03.2021 nicht wirksam gewesen sei.

6 Der Beteiligte zu 2 ist der Ansicht, er sei nach der wirksam erfolgten Ausschlagung des Beteiligten zu 1 Alleinerbe der Erblasserin geworden. Seine Einsetzung als Schlusserbe in dem Testament umfasse auch seine Einsetzung als Ersatzerbe.

7 Das Nachlassgericht hat in der angefochtenen Entscheidung unter Zurückweisung des Antrags des Beteiligten zu 2 festgestellt, der Beteiligte zu 1 sei Alleinerbe der Erblasserin. Zur Begründung hat das Nachlassgericht ausgeführt, die Ausschlagung des testamentarischen Erbes durch den Beteiligten zu 1 und die Annahme des gesetzlichen Erbes seien unwirksam.

8 Gegen diesen Beschluss, der der Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten zu 2 am 12.01.2022 zugestellt worden ist, hat der Beteiligte zu 2 am 11.02.2022 Beschwerde eingelegt. Das Nachlassgericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 26.04.2022 nicht abgeholfen. Der Beteiligte zu 2 ist weiterhin der Ansicht, dass er zum Alleinerben der Erblasserin als Ersatzerbe berufen ist.

9 II. 1. Das Verfahren war wegen des Todes des Beteiligten zu 1 nicht gemäß § 21 FamFG auszusetzen, weil der Beteiligte zu 1 anwaltlich vertreten war und die anwaltliche Vollmacht durch den Tod des Auftraggebers nicht berührt wird (§ 11 Abs. 5 FamFG, § 86 ZPO).

10 2. Die gemäß §§ 58 ff. FamFG zulässige Beschwerde ist begründet.

11 Der Beteiligte zu 2 ist als Ersatzerbe zum Alleinerben der Erblasserin berufen, nachdem der Beteiligte zu 1 seine Berufung zum testamentarischen Erben ausgeschlagen hat. Aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments vom 27.08.2000 war ursprünglich der Beteiligte zu 1 gewillkürter Alleinerbe der Erblasserin. Der Beteiligte zu 1 konnte seine Ausschlagung gemäß § 1948 Abs. 1 BGB auf das testamentarische Erbe beschränken. Die Beschränkung gemäß § 1948 BGB auf die Berufung als eingesetzter Erbe hat aber keine Auswirkung, weil die Erbfolge umfassend durch Testament geregelt ist und die gesetzliche Erbfolge deshalb nicht eintritt (vgl. OLG München, Beschluss vom 28.08.2006, 31 Wx 45/06, juris).

12 a) Die Ausschlagung erfolgte fristgerecht, weil die Ausschlagungsfrist gemäß § 1944 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht vor der Bekanntgabe der Verfügung von Todes wegen beginnt, wenn der Erbe – wie hier – durch Verfügung von Todes wegen zum Erben berufen ist. Der Beteiligte zu 1 hat die Ausschlagung schon vor der Bekanntgabe des Testaments gemäß § 348 FamFG erklärt; nämlich zugleich mit der Ablieferung des Testaments.

13 b) Die Ausschlagung ist – anders als das AG es in den Gründen des angefochtenen Beschlusses ausgeführt hat – nicht gemäß § 1950 BGB unwirksam.

14 § 1950 BGB findet keine Anwendung für den Fall, dass der Erbe aus unterschiedlichen Berufungsgründen zum Erbe berufen ist und Gegenstand der Ausschlagung die testamentarische Erbeinsetzung ist (vgl. zum Beispiel *Ivo*, ZEV 2002, 145; NK-BGB/Malte/*Ivo*, § 1950 Rdnr. 6, § 1948 Rdnr. 1, 2; BeckOK-BGB/*Siegmann/Höger*, 1950 Rdnr. 6; KG, NJW-RR 2005, 592). Damit kann die Wirksamkeit der Ausschlagung nicht unter diesem Gesichtspunkt verneint werden.

15 c) Welche Rechtsfolge die Ausschlagung der testamentarischen Erbeinsetzung bei einem gemeinschaftlichen Ehegattentestament hat, ist streitig (vgl. dazu *Keim*, ZEV 2020, 393, Ziffer 2.1.2.2.).

16 Teilweise wird wegen der Zielrichtung des Berliner Testaments, den überlebenden Ehegatten zu begünstigen, die Ausschlagung der testamentarischen Erbfolge und die Annahme des gesetzlichen Erbes als wirksam angesehen (vgl. MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 1948 Rdnr. 8 m. w. N.).

17 Nach anderer Ansicht wird eine stillschweigende Ersatzerbeneinsetzung der Schlusserben angenommen (*Keim*, a. a. O. m. w. N; *Uricher*, Erbrecht, 4. Aufl. 2020, § 1 Rdnr. 12, 13; OLG Stuttgart, Beschluss vom 16.03.1978, 8 W 342/77, BeckRS 2013, 14911; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 02.06.1954, 1 Wx 18/54, BeckRS 9998, 122020). Der Senat gibt der letztgenannten Auffassung den Vorzug. Bei einer bindenden Schlusserbeneinsetzung wird im Regelfall die ergänzende Auslegung der letztwilligen Verfügung dazu führen, dass mit der Schlusserbeneinsetzung zugleich die Einsetzung der Kinder als Ersatzerben für den ersten Erbfall gewollt ist. Setzen Eltern in einem gemeinschaftlichen Testament ihre Kinder zu Schlusserben ein, so sollen die Kinder nach dem Willen der Eltern nach dem Tode des Längstlebenden das dann noch vorhandene Vermögen – auch,

soweit es ursprünglich Vermögen des Erstversterbenden war – bekommen. Dem mutmaßlichen Willen der Ehegatten bei Testamenterrichtung entspricht es deshalb in der Regel, dass nach der von ihnen gewollten und im gemeinschaftlichen Testament zugrunde gelegten Nachlassplanung das Vermögen des Erstversterbenden auf jeden Fall an die Schlusserben fällt; auch bei einer Ausschlagung des länger Lebenden (vgl. *Keim*, a. a. O. m. w. N.). Das wäre nicht gewährleistet, wenn der länger lebende Ehegatte sich über die Ausschlagung gemäß § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB von der Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments löst und gemeinsam mit den Kindern gesetzlicher Erbe würde.

18 Dafür spricht auch die Auslegungsregel des § 2097 BGB. Danach ist derjenige, der für den Fall, dass er nicht Erbe sein kann, zum Ersatzerben eingesetzt ist, im Zweifel auch für den Fall eingesetzt, dass er nicht Erbe sein will. Die Bestimmung der Schlusserben in einem Berliner Testament kann man als Ersatzerbenbestimmung beider Ehegatten charakterisieren, von denen sich nur diejenige des länger Lebenden verwirklicht, da der primär zum Erben eingesetzte andere Ehegatte durch sein Vorversterben weggefallen ist (vgl. *Keim*, a. a. O.; *Keim*, ZEV 2018, 681).

19 Anhaltspunkte für einen anderslautenden Willen der Testierenden bei Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments sind nicht ersichtlich.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Dietmar Weidlich**, Roth

Die Entscheidungen des BGH und des OLG Brandenburg verdeutlichen die Gefahren, die mit dem Einsatz der Erbausschlagung als taktisches Erbschaftsteuerungsmittel verbunden sind.

1. Die Erbausschlagung als steuerlich günstigerer Weg

Der Fall des BGH betrifft die Fallkonstellation, dass Kinder bei Eintritt der gesetzlichen Erbfolge die Erbschaft ausschlagen, um zu erreichen, dass der überlebende Ehegatte alleiniger Erbe wird. Die Alternative einer Erbteilsübertragung auf den überlebenden Ehegatten erweist sich aus steuerlichen Gründen häufig als ungünstig. Die unentgeltliche Übertragung des Erbteils würde zu einem schenkungsteuerpflichtigen Erwerb in Höhe des steuerlichen Wertes des Erbteils (§ 7 Abs. 1 ErbStG) führen, bei dem der überlebende Ehegatte nur einen Freibetrag von 20.000 € (§ 16 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG) in Anspruch nehmen kann. Wird die Erbschaft dagegen von den Kindern ausgeschlagen, gilt der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt (§ 1953 Abs. 1 BGB). Damit entfällt die Steuerpflicht für das ausschlagende Kind, ohne dass dies steuerlich als Zuwendung des Kindes an den dadurch begünstigten Erben zu werten ist.¹ Soweit dem Ausschla-

genden für die Ausschlagung eine Abfindung durch den begünstigten Erben gewährt wird, ist die Abfindung beim Ausschlagenden als Erwerb vom Erblasser samt den danach geltenden Freibeträgen zu versteuern (§ 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG). Beim nächstberufenen Erben, für den die Freibeträge und Steuerklassen nach dem Erblasser gelten, zählt die Abfindung dagegen zu den Kosten zur Erlangung des Erwerbs, die gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG als Nachlassverbindlichkeit abzugsfähig ist.

2. Die übersehene Erbberechtigung der weiteren Verwandten

Bei der Ausschlagung von Kindern zur Begünstigung des überlebenden Elternteils wird häufig übersehen, dass bei Wegfall sämtlicher Erben der 1. Ordnung der Ehegatte nicht zwangsläufig gesetzlicher Alleinerbe wird, sondern neben diesem nach § 1931 Abs. 1 BGB auch Verwandte der 2. Ordnung (1925 BGB) bzw. bei deren Fehlen die Großeltern des Erblassers zur Erbfolge gelangen.

a) In der obergerichtlichen Rechtsprechung war bisher umstritten, ob die Fehlvorstellung über die mit der Erbausschlagung verbundenen Rechtsfolgen unter Berufung auf einen Inhaltsirrtum im Sinne des § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB korrigiert werden kann oder es sich dabei um einen unbeachtlichen und nicht zur Anfechtung berechtigenden Motivirrtum handelt.

Ein Irrtum über die Rechtsfolgen berechtigt dann zur Anfechtung, wenn das vorgenommene Rechtsgeschäft wesentlich andere als die beabsichtigten Wirkungen erzeugt; der Rechtsirrtum muss die Unkenntnis einer die Anfechtung begründenden Tatsache zur Folge haben. Der nicht erkannte Eintritt zusätzlicher oder nur mittelbarer Rechtswirkungen, die zu den gewollten und eingetretenen Rechtsfolgen hinzutreten, stellt demgegenüber keinen Irrtum über den Inhalt der Erklärung dar, sondern ist ein unbeachtlicher Motivirrtum.²

b) Das OLG Frankfurt a. M. ging in einer früheren Entscheidung³ von einer differenzierten Betrachtungsweise aus. Als unbeachtlicher Motivirrtum sah es das Gericht an, wenn der Ausschlagende jedenfalls in einer Laienwertung zutreffend erkannt hat, dass durch die Ausschlagung sein Erbteil demjenigen zufällt, der Erbe sein würde, wenn er selbst beim Erbfall nicht vorhanden gewesen wäre, und seine Fehlvorstellung allein die konkrete Person betrifft, welche nach diesem Grundsatz nächstberufen ist. Misst der Ausschlagende der Ausschlagung im Hinblick auf die dadurch eintretenden Rechtsfolgen dagegen in Abweichung von § 1953 Abs. 2 BGB die Wirkung bei, dass ähnlich einer Anwachsung bei testamentarischer Erbfolge (§ 2094 BGB) ein Miterbe den Erbteil des ausschlagenden Erben erhalten würde, so liegt nach Auffassung des

¹ Siehe Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/*Gottschalk*, ErbStG, Stand: Februar 2023, § 3 Rdnr. 334 f.

² *Lange*, ZEV 2023, 270, 273 m. w. N.

³ OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 04.05.2017, 20 W 197/16, ZEV 2017, 515.

OLG Frankfurt a. M. ein relevanter Inhaltsirrtum vor.⁴ Noch weiter ging das OLG Düsseldorf,⁵ welches den Anfall der ausgeschlagenen Erbschaft an eine andere Person als die vorgesehene zu den anfechtungsberechtigenden Hauptwirkungen der Ausschlagung gerechnet und die Ausschlagung in solchen Irrtumsfällen generell für zulässig gehalten hat. Nach dem OLG Düsseldorf regelt § 1953 BGB sowohl den Wegfall des Ausschlagenden als auch den Anfall an den Nächstberufenen. Beide Komponenten stehen damit in einem unlöslichen Zusammenhang und stellen bildlich gesprochen zwei Seiten derselben Medaille dar.

c) Den Versuchen, eine fehlgeschlagene lenkende Erbausschlagung durch eine Anfechtung der Ausschlagungserklärung zu korrigieren, hat der BGH in Übereinstimmung mit der Vorinstanz⁶ nunmehr eine Absage erteilt. Ein Irrtum über die konkrete Person des Nächstberufenen begründet nach dem BGH lediglich einen unbeachtlichen Motivirrtum. Entgegen der Auffassung des OLG Düsseldorf regelt § 1953 BGB als unmittelbare Rechtsfolge nur den Wegfall der Erbenstellung bei dem Ausschlagenden und den Anfall bei einer anderen Person, nicht aber wer die Person des Nächstberufenen ist. Dies richtet sich nach den Vorschriften über die gesetzliche Erbfolge (§§ 1924 ff. BGB) oder im Rahmen der gewillkürten Erbfolge vorrangig nach der Testamentsauslegung und nachrangig nach den §§ 2069, 2094 Abs. 1 Satz 1 BGB. § 1953 Abs. 2 BGB stellt sich lediglich als Vorgabe für die weitere Rechtsanwendung dar. Ein Irrtum darüber führt damit lediglich zu einer fehlerhaften Anwendung der Vorschriften über die gesetzliche oder gewillkürte Erbfolge, nicht jedoch über die wesentliche und unmittelbare Rechtswirkung der Ausschlagung. Nach dem BGH ist es daher unerheblich, welche rechtlichen oder tatsächlichen Fehlvorstellungen der Ausschlagung zugrunde liegen, sodass auch die irri- ge Annahme einer Anwachsung beim verbleibenden Miterben, das Vorhandensein unbekannter erbberechtigter Personen oder der Irrtum über den Inhalt der gesetzlichen Erbfolge im deutschen Erbrecht nicht zu einer Anfechtung berechtigen.

3. Die übersehene verdeckte Ersatzerbeneinsetzung

Der Fall des OLG Brandenburg betraf die typische Fallkonstellation eines Berliner Testaments, wonach der Sohn im Wege der Einheitslösung entsprechend der Vermutung des § 2269 BGB erst als Erbe nach dem überlebenden Ehegatten zur Erbfolge gelangen soll und der erstversterbende Ehegatte vom überlebenden Ehegatten

alleine beerbt wird. Bei dieser Konstellation wird das Vermögen des Erstversterbenden auf seinem Weg zum letztbedachten Kind wirtschaftlich betrachtet zweimal besteuert. Hinzu kommt, dass die dem Sohn beim Tod des Erstversterbenden zur Verfügung stehenden Steuerfreibeträge (§ 16 ErbStG) ungenutzt bleiben und die beim Schlusserbfall zur Verfügung stehenden Freibeträge aufgrund der Vermögenskonzentration beim Längerlebenden häufig nicht ausreichen.

Der überlebende Ehegatte hatte hier von der Möglichkeit des § 1948 Abs. 1 BGB Gebrauch gemacht, wonach ein Erbe die Erbschaft als eingesetzter Erbe ausschlagen und als gesetzlicher Erbe annehmen kann. Dies setzt allerdings voraus, dass hinsichtlich der gewillkürten Erbfolge sich aus der Erbregelung oder aus den gesetzlichen Auslegungs- bzw. Ergänzungsregeln (§§ 2069, 2094 BGB) keine weiteren erbberechtigten Personen mehr herleiten lassen. Beim Berliner Testament stellt sich dabei die Frage, inwieweit die Schlusserbeneinsetzung ohne eine ausdrückliche Regelung auch als Ersatzerbeneinsetzung für den Nachlass des erstversterbenden Ehegatten ausgelegt werden kann, wenn der Ehegatte nicht mangels Vorversterben, sondern aus anderweitigen Gründen, insbesondere durch eine Ausschlagung, als Erbe wegfällt. Das OLG Brandenburg und andere Gerichte neigen dazu, die Schlusserbeneinsetzung als stillschweigende Ersatzerbeneinsetzung anzusehen, wofür auch die Regelung des § 2097 BGB spricht.⁷ Zur Vermeidung von Fehlvorstellungen der Beteiligten empfiehlt es sich daher in der gestaltenden Rechtspraxis, insoweit eine ausdrückliche und auf den Einzelfall bezogene Regelung hinsichtlich der Ersatzerbfolge zu treffen:

Formulierungsvorschlag bei gewollter Ersatzerbfolge:

Wir setzen uns gegenseitig zum alleinigen und ausschließlichen Erben ein. Ersatzerben, insbesondere auch für den Fall der Ausschlagung, sind die nachstehend benannten Schlusserben gemäß den dort getroffenen Verteilungsgrundsätzen.

Schlusserben, also Erben des Letztversterbenden von uns beiden, und Erben von uns beiden im Falle unseres gleichzeitigen Versterbens, werden (...).

Führt die Ausschlagung, wie im vorliegenden Fall, nicht zur gesetzlichen Erbfolge, sondern zur Alleinerbenstellung des Kindes, so kann unter Zugrundelegung der BGH-Entscheidung auch dieses fehlgeschlagene Ausschlagungsziel nicht mehr durch eine Anfechtung der Ausschlagungserklärung korrigiert werden. Soweit die Ehegatten in Zugewinnsgemeinschaft gelebt haben, würde der Ehefrau aufgrund der Regelung des § 1371 Abs. 3 BGB neben dem Zugewinnausgleich zumindest noch der Pflichtteil zustehen. Soweit die Ehegatten durch Ehevertrag einen anderen Güterstand vereinbart haben, wäre

4 Ebenso wohl KG, Beschluss vom 11.07.2019, 19 W 50/19, ZEV 2020, 152; OLG Brandenburg, Beschluss vom 08.08.2022, 3 W 59/22, FGPrax 2022, 225.

5 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.03.2019, I-3 Wx 166/17; Beschluss vom 21.09.2017, I-3 Wx 173/17, ZEV 2019, 469; ZEV 2018, 85; tendenziell jetzt auch OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 06.02.2021, 21 W 167/20, NJW-RR 2021, 800.

6 OLG Hamm, Beschluss vom 21.04.2022, I-15 W 51/19, ZEV 2022, 525.

7 Siehe Keim, ZEV 2020, 393, 395; a. A. Leipold, ZEV 2023, 308, 310. Zu den Auslegungsfragen bei vollständigem Wegfall des überlebenden Ehegatten vgl. hierzu ausführlich Soutier, MittBayNot 2014, 511.

auch dieser mit Ausnahme von Pflichtteilergänzungsansprüchen, § 2325 ff. BGB, und Ansprüchen nach § 2305 BGB verloren.⁸

4. Fazit

Von der Erbausschlagung als Gestaltungsinstrument sollte auf der Grundlage der neueren Rechtsprechung nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn die Rechtsfolgen hinreichend sicher bestimmt werden können.⁹ Selbst wenn die rechtlichen Rahmenbedingungen überschaubar erscheinen, kann dies nicht vor unliebsamen tatsächlichen Überraschungen, nämlich dem Auftauchen bislang unbekannter Erben, zum Beispiel außereheliche verschwiegene Kinder oder unbekannte Geschwister, schützen, was auch im Fall des BGH im Raume stand.¹⁰ Aufgrund der fehlenden Korrekturmöglichkeit ist im Zweifel daher zu prüfen, ob andere Wege, insbesondere eine Erbeilsübertragung, trotz der damit verbundenen erb-schaftsteuerlichen Nachteile vorzuziehen sind.¹¹ Inwie-weit sich unerwünschte Ergebnisse vermeiden lassen, indem man die Ausschlagung nur für den Fall erklärt, dass die Erbschaft einem bestimmten Dritten als Nächstberu-fenen anfällt, ist ebenfalls noch nicht abschließend ge-klärt. Nach teilweise vertretener Auffassung unterliegt ei-ne solche Gegenwartsbedingung nicht dem Verbot der bedingten Ausschlagung nach § 1947 BGB. Vorausset-zung ist allerdings, dass der Anfall an den Dritten nicht von weiteren in der Zukunft liegenden Umständen wie der Ausschlagung durch weitere erbberechtigte Personen oder der Erteilung erforderlicher gerichtlicher Genehmigungen abhängt. Ergibt sich aufgrund der Ausschlagung der Erbschaft der Anfall an die gewünschte Person, wäre die Ausschlagungserklärung daher wirksam und würde zum gewünschten Ziel führen. Andernfalls würde es bei der ursprünglichen Erbenposition des ausschlagenden Erben bleiben und das unerwünschte Ergebnis einer Fehlleitung der Erbschaft vermieden. Nach der Gegen-auffassung besteht das Verbot des § 1947 BGB weiter, sodass eine solche Ausschlagungserklärung immer un-wirksam ist und das gewünschte Ausschlagungsziel da-mit nicht erreicht werden kann.¹²

8 Siehe Grüneberg/*Weidlich*, 82. Aufl. 2023, § 2303 Rdnr. 3; MünchKomm-BGB/*Lange*, 9. Aufl. 2022, § 2303 Rdnr. 36; zur Anfechtung wegen eines Irrtums über die Pflichtteils-auswirkungen bei einer Ausschlagung siehe Grüneberg/*Weidlich*, § 1954, Rdnr. 4.

9 Siehe *Eickelberg*, ZEV 2018, 489, 495.

10 Ebenso der Fall des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.09.2017, I-3 Wx 173/17, ZEV 2018, 85.

11 *Litzenburger*, FD-ErbR 2023, 456980.

12 Schmidt, ErbR 2023, 524, 525 unter Verweis auf Rdnr. 11 der BGH-Entscheidung. Siehe hierzu auch *Ivo*, ErbR 2018, 674, 680; *Specks*, ZEV 2007, 356.

11. Wechselbezüglichkeit der Schlusserbeinset-zung in letztwilliger Verfügung durch kinderlose Ehegatten

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.04.2022, 3 Wx 82/21

BGB §§ 2269, 2270 Abs. 1, § 2271 Abs. 2 Satz 1

LEITSÄTZE:

1. **Setzen sich kinderlos gebliebene Ehepartner in einem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig zu Alleinerben und Verwandte beider Seiten zu Schlusserben ein, sind die letztwilligen Verfügungen in mehrfacher Hinsicht wechselbezüglich.**
2. **Sofern keine gegenteiligen Anhaltspunkte vorhanden sind, ist die Einsetzung der Schlusserben nicht von vornherein nur insoweit wechselbezüglich, wie Ver-wandte der vorverstorbenen Ehefrau bedacht worden sind. Wechselbezüglich ist vielmehr a) die Einsetzung der Eheleute zu gegenseitigen Alleinerben, b) ebenso die gegenseitige Erbeinsetzung der Eheleute und die Berufung von eigenen Verwandten zu Schlusserben, c) und schließlich auch die Schlusserbeneinsetzung als solche.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Erblasser ist kinderlos verstorben. Zusammen mit seiner im Juni 2012 vorverstorbenen Ehefrau hat er zwei letztwillige Verfügungen hinterlassen. Durch handschriftlich verfasstes Testament vom 09.01.1997 haben sich die Ehe-leute gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt. Durch hand-schriftliche Erklärung vom 26.07.2004 haben der Erblasser und seine Ehefrau Folgendes verfügt:

„Im Falle unseres Todes setzen wir folgende Personen als Erben ein:

1. (...) (lies: Der Beteiligte zu 1) soll die Hälfte unseres Barvermögens und der Eigentumswohnung bekom-men.
2. (...) (lies: Die Beteiligte zu 3) soll ein Viertel unseres Barvermögens und der Eigentumswohnung bekom-men.
3. (...) H R soll ein Viertel unseres Barvermögens und der Eigentumswohnung bekommen.
4. Die Lebensversicherung (...) auf (...) (lies: den Erb-lasser) (...) soll zu 100 % an (...) (lies: den Beteiligten zu 1) ausgezahlt werden.
5. Unser Urnengrab und die Grabpflege sowie die Be-erdigungskosten und die Bewirtung der Trauergäste sind in gleichen Teilen von den Erben zu bezahlen.“

2 Beide letztwilligen Verfügungen sind auf ein und dem-selben Papierbogen niedergeschrieben. Als Schlusserben bedacht haben die Eheleute in ihrem gemeinschaftlichen Testament mit der Beteiligten zu 3 eine Nichte des Erb-lassers, mit dem Beteiligten zu 1 einen Neffen der Ehefrau des Erblassers sowie mit H R eine Nichte der Ehefrau des

Erblassers. Die letztgenannte Miterbin ist im Jahre 2012 kinderlos verstorben.

3 Nach dem Tod seiner Ehefrau hat der Erblasser unter dem 14.12.2015 eine weitere testamentarische Verfügung getroffen. Das handschriftliche Testament lautet auszugsweise:

„Mein letzter Wille

Nach meinem Tod setze ich, (...), folgende Personen als meine Erben ein:

1. (...) (lies: Dem Beteiligten zu 1 und seiner Ehefrau), (...), vererbe ich die Eigentumswohnung Nr. 2 und Garage Nr. 9 (...).
2. (...) (lies: M R), (...), vererbe ich ein Achtel meines Barvermögens.
3. (...), (...), vererbe ich ein Achtel meines Barvermögens.
4. (...) (lies: Der Beteiligten zu 3), (...), vererbe ich ein Achtel meines Barvermögens. Außerdem die 9 Bilder ihrer Mutter und das Bild vom S. Birdes.
5. (...), (...), vererbe ich ein Achtel meines Barvermögens.
6. (...), (...), vererbe ich ein Achtel meines Barvermögens.
7. (...), (...), vererbe ich ein Achtel meines Barvermögens.
8. (...), (...), vererbe ich ein Achtel meines Barvermögens.
9. (...), (...), vererbe ich ein Achtel meines Barvermögens.
10. Sollte einer der vorgenannten Erben verstorben sein, wird ihr Erbe auf ihre Kinder oder ihr nächster Verwandter als Ersatzerbe übertragen.
11. (...)

4 Der Beteiligte zu 1 hat die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der ihn als Alleinerben ausweist.

5 Das AG hat den Antrag zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass sich die Erbfolge nach dem Einzeltestament des Erblassers vom 14.12.2015 und nicht nach der letztwilligen Verfügung der Eheleute vom 26.07.2004 richte. Denn die letztgenannte testamentarische Verfügung sei alleine für den Fall getroffen worden, dass der Erblasser und seine Ehefrau zeitgleich versterben; das Testament beinhalte daher nicht die Bestimmung der Schlusserben nach dem Tod des letztversterbenden Ehepartners. Außerdem sei – so das AG weiter – nicht festzustellen, dass der Erblasser und seine Ehefrau die Anordnungen vom 26.07.2004 wechselbezüglich getroffen hätten, weshalb der Erblasser nach dem Tod seiner Ehefrau befugt gewesen sei, abweichend zu testieren.

6 Gegen diese rechtliche Beurteilung wendet sich der Beteiligte zu 1 mit seiner Beschwerde. Er verfolgt seinen Erbscheinantrag weiter und bittet hilfsweise um die Erteilung eines Erbscheins, der ihn selbst und seine Ehefrau Verena als Erben ausweist.

7 Das AG hat der Beschwerde nicht abgeholfen, die Entscheidung über den Hilfsantrag zurückgestellt und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

8 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der Nachlassakten (...) /20 und (...) /20, jeweils AG Ratingen, sowie auf die gewechselten Schriftsätze der Beteiligten Bezug genommen.

9 II. Die zulässige Beschwerde hat keinen Erfolg.

10 Das AG hat den Erbscheinantrag des Beteiligten zu 1 im Ergebnis mit Recht zurückgewiesen. Zwar richtet sich die Erbfolge nach dem Tod des Erblassers – wie die Beschwerde zutreffend reklamiert – nicht nach dem Einzeltestament des Erblassers vom 14.12.2015, sondern nach der testamentarischen Verfügung der Eheleute vom 26.07.2004. In jenem Testament ist allerdings nicht nur der Beteiligte zu 1 als Erbe berufen worden, sondern ebenso die Beteiligte zu 3; diese ist nicht – wie die Beschwerde meint – bloße Vermächtnisnehmerin. Die Erbeinsetzung aus Juli 2004 war für den Erblasser zudem in vollem Umfang bindend, so dass er im Jahre 2015 nicht mehr abweichend testieren konnte.

Im Einzelnen:

11 A. Der Erblasser ist nicht nach Maßgabe des Einzeltestaments vom 14.12.2015, sondern nach dem Inhalt der letztwilligen Verfügung der Eheleute vom 26.07.2004 beerbt worden.

12 1. Der Erblasser und seine vorverstorbene Ehefrau haben mit ihren Verfügungen vom 09.01.1997 und 26.07.2004 ein gemeinschaftliches Testament in der Form des Berliner Testaments (§ 2269 BGB) errichtet.

13 In einem Berliner Testament setzen sich Eheleute gegenseitig als Erben ein und bestimmen, dass nach dem Tod des Überlebenden der beiderseitige Nachlass an einen Dritten fallen soll. Mit einem solchen Inhalt haben auch der Erblasser und seine Ehefrau testiert. Sie haben sich im Jahr 1997 wechselseitig zu Alleinerben berufen und durch die letztwillige Verfügung aus Juli 2004 den Beteiligten zu 1, die Beteiligte zu 3 und die vorverstorbene H R mit unterschiedlichen Quoten als ihre Schlusserben eingesetzt. Dieser Zusammenhang zwischen den Verfügungen vom 09.01.1997 und vom 26.07.2004 tritt bereits äußerlich durch die Tatsache zutage, dass die beiden testamentarischen Anordnungen auf demselben Papierbogen niedergeschrieben worden sind. Die Anordnungen gehören auch inhaltlich zusammen. Während sich der Erblasser und seine Ehefrau im Jahre 1997 in einem ersten Schritt gegenseitig zu Erben eingesetzt haben, regelt das gemeinsam errichtete Testament aus Juli 2004 in einem zweiten Schritt die Erbfolge nach dem Tod des Letztversterbenden. Die in jener letztwilligen Verfügung bestimmte Erbfolge sollte nicht die im Januar 1997 festgelegte Erbfolge ändern, sondern diese dahin ergänzen, dass das gemeinsame Vermögen alsdann – also nach dem Tode des überlebenden Ehegatten – an die dort benannten Personen fallen soll.

14 Die Annahme des AG, das gemeinschaftliche Testament vom 26.07.2004 regele ausschließlich die Erbfolge im Falle eines gleichzeitigen Versterbens der Eheleute, findet im Wortlaut der letztwilligen Verfügung keine Stütze. Dort ist nur allgemein von dem Tod der Eheleute („Im Falle unseres Todes [...]“) die Rede. Dass die getroffenen Anordnungen

zur Erbfolge nicht nur gleichermaßen beim Tode des Ehemannes wie auch der Ehefrau („[...] unseres Todes [...]“), sondern darüber hinaus ausschließlich bei einem gleichzeitigen Versterben der Ehegatten gelten soll, ist dem Text der letztwilligen Verfügung an keiner Stelle zu entnehmen. Für ein derart einschränkendes Verständnis der testamentarischen Verfügung gibt es auch ansonsten keinen Anhaltspunkt. Insbesondere fehlte für den Erblasser und seine Ehefrau jedweder Anlass, die Schlusserbfolge derart rudimentär zu regeln, dass sie nur für den extremen Ausnahmefall ihres gleichzeitigen Versterbens gilt.

15 2. Die Erbeinsetzung der Schlusserben in der gemeinschaftlichen Verfügung vom 26.07.2004 war in vollem Umfang wechselbezüglich und ist somit für den Erblasser mit dem Tod seiner Ehefrau bindend geworden (§ 2270 Abs. 1, § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB). Dieser war deshalb nicht berechtigt, die Erbeinsetzung durch testamentarische Anordnung vom 14.12.2015 abzuändern.

16 a) Die Einsetzung der Schlusserben ist für den kinderlos verstorbenen Erblasser nicht – wie die Beschwerde meint – von vornherein nur insoweit wechselbezüglich gewesen, wie Verwandte der vorverstorbenen Ehefrau bedacht worden sind.

17 Zwar ist in der Rechtsprechung eine auf die Verwandten des zuerst verstorbenen Ehepartners beschränkte Wechselbezüglichkeit der Schlusserbeinsetzung von kinderlos verstorbenen Eheleuten bejaht worden. Die dazu von der Beschwerde angeführten Entscheidungen (BayObLG, Beschluss vom 25.02.1994, 1 Z BR 110/93; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 09.04.1996, 20 W 265/95) tragen indes nicht den Schluss, die Wechselbezüglichkeit der letztwilligen Verfügung sei in solchen Fällen „stets“ oder „im Allgemeinen“ oder zumindest „im Zweifel“ beschränkt. Es ist immer eine durch Auslegung der letztwilligen Verfügung im konkreten Einzelfall zu beantwortende Frage, ob eine Schlusserbeinsetzung bei kinderlos verstorbenen Eheleuten wechselbezüglich ist oder nicht. Die Entscheidung des BayObLG betont dies ebenso wie der Beschluss des OLG Frankfurt a. M. Die letztgenannte Entscheidung betrifft überdies weder in der Argumentation noch im Ergebnis eine begrenzte Wechselbezüglichkeit der letztwilligen Verfügung. Das OLG Frankfurt a. M. hatte im Gegenteil die Erbeinsetzung eines einzigen Schlusserben zu beurteilen, und es hat dazu lediglich festgestellt, dass dann, wenn eine Person als Schlusserbe eingesetzt wird, die mit einem der testierenden Ehegatten verwandt ist, die Lebenserfahrung für eine Wechselbezüglichkeit der Schlusserbeinsetzung sprechen kann. Der von der Beschwerde gezogene Schluss, dass die Erbeinsetzung vom 26.07.2004 nur in Bezug auf die Verwandten der vorverstorbenen Ehefrau des Erblassers wechselbezüglich sein könne, lässt sich mit diesem Judikat nicht rechtfertigen.

18 b) Vielmehr ist anhand aller Umstände des Einzelfalles durch Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments zu klären, ob und ggf. in welchem Umfang der Erblasser und seine Ehefrau wechselbezüglich (und damit bindend) testiert haben.

19 aa) Dabei ist von folgenden Rechtsgrundsätzen auszugehen:

20 Nach § 2270 Abs. 1 BGB sind in einem gemeinschaftlichen Testament getroffene Verfügungen dann wechselbezüglich und damit für den überlebenden Ehegatten bindend getroffen, wenn anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen Ehegatten getroffen worden wäre, wenn also jede der beiden Verfügungen mit Rücksicht auf die andere getroffen worden ist und nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die eine mit der anderen stehen oder fallen soll (BayObLG, FamRZ 2005, 1931 m. w. N. ; OLG München, Beschluss vom 07.12.2017, 31 Wx 337/17; siehe auch OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 29.04.2021, 20 W 3/20). Maßgeblich ist allein der übereinstimmende Wille der Ehegatten zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung (BGHZ 112, 229, 233). Ob Wechselbezüglichkeit im Sinne des § 2270 BGB vorliegt, ist nicht generell zu bestimmen, sondern muss für jede einzelne Verfügung gesondert geprüft und bejaht werden (BGH, NJW-RR 1987, 1410; OLG München, FamRZ 2010, 1846, 1847; Beschluss vom 07.12.2017, 31 Wx 337/17).

21 Enthält ein gemeinschaftliches Testament keine klare und eindeutige Anordnung der Wechselbezüglichkeit, muss nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen (§§ 133, 2084 BGB) und für jede Verfügung gesondert ermittelt werden, ob sie wechselbezüglich ist oder nicht (BGH, NJW-RR 1987, 1410). Führt die Ermittlung des Erblasserwillens weder zur gegenseitigen Abhängigkeit noch zur gegenseitigen Unabhängigkeit der beidseitigen Verfügung, ist gemäß § 2270 Abs. 2 BGB im Zweifel Wechselbezüglichkeit anzunehmen, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken oder wenn dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht. Diese Auslegungsregel ist allerdings erst dann heranzuziehen, wenn nach Überprüfung aller inner- und außerhalb des Testaments liegenden Umstände verbleibende Zweifel am Erblasserwillen nicht zu beseitigen sind (BayObLG, FamRZ 2005, 1931; OLG München, Beschluss vom 07.12.2017, 31 Wx 337/17).

22 bb) Ausgehend von diesen Grundsätzen sind die in dem gemeinschaftlichen Testament enthaltenen letztwilligen Verfügungen in mehrfacher Hinsicht wechselbezüglich.

23 (1) Der Erblasser und seine Ehefrau haben zunächst wechselbezüglich testiert, soweit sie sich gegenseitig als Alleinerben eingesetzt haben. Denn die Erbeinsetzung des Ehemannes sollte mit der gleichzeitigen Erbeinsetzung der Ehefrau und die Berufung der Ehefrau mit derjenigen des Ehemannes stehen und fallen.

24 (2) Wechselbezüglichkeit besteht darüber hinaus zwischen der gegenseitigen Erbeinsetzung der Eheleute und der Berufung von eigenen Verwandten zu Schlusserben. Der Erblasser hat seine Ehefrau zur Alleinerbin berufen, weil diese als Schlusserbe des gemeinsamen Vermögens auch eine Verwandte des Erblassers bestellt hat, und die Ehefrau

hat ihren Ehemann zum Alleinerben eingesetzt, weil als Schlusserben des gemeinsamen Vermögens auch Verwandte von ihrer Seite berufen sind.

25 Zwar enthält das gemeinsame Testament der Eheleute dazu keine ausdrückliche Erklärung. Die Wechselbezüglichkeit folgt allerdings aus den Umständen des Falles. Die Eheleute haben es nicht bei der gegenseitigen Erbeinsetzung des Jahres 1997 belassen, sondern im Jahr 2004 Schlusserben ihres gemeinsamen Vermögens bestimmt. Bereits dieser Umstand legt die Annahme nahe, dass der überlebende Ehepartner nicht frei über den gemeinsamen Nachlass sollte verfügen können. Denn in diesem Fall hätte es der Bestimmung von Schlusserben überhaupt nicht bedurft. Zu Schlusserben haben die Eheleute überdies einvernehmlich sowohl verwandte Personen des Ehemannes wie auch der Ehefrau eingesetzt. Das spricht nach der allgemeinen Lebenserfahrung für eine Wechselbezüglichkeit dieser Verfügung zur Erbeinsetzung vom 09.01.1997. Es ist in der obergerichtlichen Judikatur anerkannt, dass das Näheverhältnis der Testierenden zu einem als Schlusserbe Berufenen Rückschlüsse auf die Wechselbezüglichkeit der zugrundeliegenden letztwilligen Verfügung zulässt. So entspricht es einerseits der Lebenserfahrung, dass die Einsetzung eines Schlusserben, der mit keinem der testierenden Ehegatten verwandt oder verschwägert ist, dem überlebenden Teil das Recht belässt, die Schlusserbeneinsetzung zu ändern, und dass dies insbesondere dann gilt, wenn eine caritative oder gemeinnützige Organisation zur Schlusserbschaft berufen ist (OLG München, Beschluss vom 07.12.2017, 31 Wx 337/17). Eine Wechselbezüglichkeit ist ferner abgelehnt worden, wenn als Schlusserben die gesetzlichen Erben des überlebenden Ehepartners berufen sind (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 02.07.1997, 20 W 193/95). Andererseits spricht die Lebenserfahrung für eine bindende Schlusserbeneinsetzung, wenn ein Verwandter der testierenden Eheleute bedacht ist (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 09.04.1996, 20 W 265/95). Denn die verwandtschaftliche Nähe des Bedachten legt es im Allgemeinen nahe, dass dem betreffenden Ehepartner daran gelegen ist, dass das gemeinsame Vermögen – und damit auch sein eigener, wenn auch möglicherweise bei Eintritt des Schlusserbfallendes bereits geschmälerter Nachlass – dem zum Schlusserben berufenen eigenen Verwandten zukommt. Das gilt mangels entgegenstehender Anhaltspunkte auch im Entscheidungsfall. Die Ehefrau des Erblassers hat ihren Ehemann im Vertrauen darauf zum Alleinerben berufen, dass der gemeinsame Nachlass nach dessen Tod zum Teil auch an ihre Verwandten geht. Rechtlich besteht damit eine Wechselbezüglichkeit zwischen der Erbeinsetzung des Erblassers und der Einsetzung von Verwandten der vorverstorbenen Ehefrau des Erblassers zu Schlusserben.

26 Dem kann nicht mit Erfolg entgegen gehalten werden, dass der Erblasser im Jahre 2015 abweichend testiert und dadurch zum Ausdruck gebracht habe, sich an das gemeinschaftliche Testament nicht gebunden zu fühlen. Die Schlussfolgerung ist schon deshalb nicht berechtigt, weil es für die Wechselbezüglichkeit auf den übereinstimmenden Willen der Eheleute bei Errichtung des gemein-

schaftlichen Testaments im Jahre 2004 ankommt. Darüber gibt das Verhalten des Erblassers im Jahr 2015 keinen tragfähigen Aufschluss.

27 (3) Wechselbezüglich ist schließlich die Schlusserbeneinsetzung als solche. Mit ihr haben die Eheleute einvernehmlich Verwandte des Erblassers wie der Ehefrau als Erben nach dem Tod des letztversterbenden Ehepartners bestimmt. Als Schlusserben eingesetzt sind der Beteiligte zu 1 als ein Neffe der Ehefrau des Erblassers, ferner die vorverstorbene H R als eine Nichte der Ehefrau des Erblassers und schließlich die Beteiligte zu 3 als eine Nichte des Erblassers. Die Einsetzung der Verwandten des Erblassers zu Schlusserben wäre ohne die Erbeinsetzung der Verwandten seiner Ehefrau nicht so wie testiert erfolgt und umgekehrt.

28 (3.1) Dazu enthält das gemeinsame Testament der Eheleute vom 26.07.2004 zwar keine ausdrückliche Erklärung.

29 (3.2) Die Wechselbezüglichkeit der Schlusserbenbestellung ergibt sich aber aus den Umständen des Falles.

30 (a) Wie vorstehend ausgeführt, spricht die Lebenserfahrung für eine wechselseitige Beziehung zwischen der gegenseitigen Erbeinsetzung der Eheleute und der einvernehmlichen Schlusserbeneinsetzung zugunsten eines Verwandten der testierenden Ehepartner. Die verwandtschaftliche Nähe des einen Ehepartners zum Schlusserben rechtfertigt die Annahme, dass nach dessen Willen das gemeinsame Vermögen mit Gewissheit auf seinen Verwandten übergehen soll. Der andere Ehepartner stimmt dieser Erwartung durch die einvernehmliche Bestellung des Schlusserben zu.

31 (b) Vergleichbar liegen die Dinge, wenn Eheleute in einem gemeinschaftlichen Testament sowohl Verwandte des Mannes wie der Ehefrau zu Schlusserben berufen.

32 (aa) Nach der Lebenserfahrung wollen die Ehepartner durch eine solche Erbeinsetzung sicherstellen, dass nach dem Tode des Letztversterbenden nicht nur die Verwandten des Partners, sondern auch eigene Verwandte in den Genuss des gemeinsamen Nachlasses kommen. Durchzusetzen ist dieser Erblasserwille, wenn die eigenen Verwandten eine vom überlebenden Ehepartner nicht einseitig entziehbare erbrechtliche Position besitzen. Das wiederum setzt voraus, dass die Einsetzung der eigenen Verwandten zu Schlusserben wechselbezüglich (und damit bindend) erfolgt.

33 Eine solche Wechselbezüglichkeit der Schlusserbenbestellung liegt auch im Entscheidungsfall vor. Nichts spricht dafür, dass der Erblasser und/oder seine Ehefrau zwar jeweils eigene Verwandte in den Kreis der einvernehmlich bestimmten Schlusserben aufgenommen haben, sie aber auf die Durchsetzung dieser Erbeinsetzung keinen besonderen Wert gelegt, sondern dem Ehepartner eine Abänderung ihrer Schlusserbenberufung überlassen haben.

34 (bb) Nach allgemeiner Lebenserfahrung spiegelt die Einsetzung der Schlusserben in einem gemeinschaftlichen Testament überdies den Konsens der Ehepartner bei der Erbfolge über ihr gemeinsames Vermögen wider. Berufen



die gemeinschaftlich testierenden Ehegatten sowohl eigene Verwandte wie Verwandte des Ehepartners zu Schluss-erben, stehen die diesbezüglichen Anordnungen inhaltlich in einem Gegenseitigkeitsverhältnis. Die eine Seite billigt die Schlusserben und die diesen zugedachten Erbquoten der anderen Seite, weil die Gegenseite umgekehrt den eigenen Schlusserben mit den ihnen zugedachten Erbquoten zustimmt. Das führt rechtlich zur Wechselbezüglichkeit der beiderseitigen Schlusserbeneinsetzung. Infolge dessen ist der überlebende Ehegatte nicht nur gehindert, die Erbeinsetzung der vom vorverstorbenen Ehepartner benannten Verwandten zu ändern; er kann gleichermaßen die von ihm selbst eingebrachten Regelungen zur Schlusserbfolge nicht mehr ändern.

35 Auch im Streitfall steht und fällt die Einsetzung der Schlusserben aus dem Verwandtenkreis des Erblassers mit der Berufung der Schlusserben aus dem Kreis der Verwandten seiner Ehefrau und umgekehrt. Die letztwillige Verfügung vom 26.07.2004 zu den Schlusserben ist damit in Gänze wechselbezüglich; sie ist folglich für den Erblasser mit dem Tod seiner Ehefrau bindend geworden und konnte durch das Einzeltestament vom 14.12.2015 nicht mehr geändert werden.

36 (c) Dass die Verwandten der Ehefrau des Erblassers testamentarisch mit einer signifikant höheren Erbquote als die Verwandte des Erblassers bedacht worden sind, ist für die Frage einer Wechselbezüglichkeit der letztwilligen Verfügung zur Schlusserbfolge ohne Bedeutung.

37 B. Nach dem Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments vom 26.07.2004 ist der Beteiligte zu 1 nicht als Alleinerbe berufen. Aus diesem Grund ist die vom AG ausgesprochene Zurückweisung seines Erbscheinantrags im Ergebnis zutreffend – und dürfte auch der Hilfsantrag des Beteiligten zu 1 erfolglos bleiben.

38 1. Dem Beteiligten zu 1 ist in dem Testament vom 26.07.2004 mit der Formulierung, dass er die Hälfte des Barvermögens und der Eigentumswohnung erhalten soll, ein Erbanteil von 50 % zugewendet worden. Darüber hinaus ist ihm der $\frac{1}{4}$ -Erbanteil der vorverstorbenen H R zur Hälfte angewachsen (§ 2094 Abs. 1 BGB), sodass auf den Beteiligten zu 1 im Ergebnis eine Erbquote von $\frac{3}{8}$ entfällt. Außerdem soll dem Beteiligten zu 1 die Summe aus der für den Erblasser abgeschlossenen Lebensversicherung in voller Höhe zufallen. Auf die Beteiligte zu 3 entfällt nach der letztwilligen Verfügung ein $\frac{1}{4}$ -Anteil an der Eigentumswohnung und dem Barvermögen des Erblassers, der sich aufgrund Anwachsung des auf die Miterbin H R entfallenden Erbteils (§ 2094 Abs. 1 BGB) auf $\frac{1}{3}$ erhöht.

39 2. Der Beteiligte zu 1 ist damit nicht Alleinerbe des Erblassers geworden.

40 Dabei kann es in dem gegenwärtigen Verfahrensstadium auf sich beruhen, ob die testamentarische Anordnung zu der Lebensversicherungssumme eine Teilungsanordnung oder ein Vorausvermächtnis zugunsten des Beteiligten zu 1 darstellt. Selbst wenn man – insoweit zugunsten der Beschwerde – von einer Teilungsanordnung ausgeht und den Wert der Lebensversicherung dem Erbteil des Beteilig-

ten zu 1 zuschlägt, ist dieser nicht Alleinerbe des Erblassers geworden. Denn neben dem Beteiligten zu 1 ist die Beteiligte zu 3 zur Erbfolge berufen. Auch wenn deren Erbteil weit aus geringer ist als die auf den Beteiligten zu 1 entfallende Erbquote, ist die Beteiligte zu 3 Miterbin des Erblassers und nicht bloße Vermächtnisnehmerin. Das ist nach dem Wortlaut des gemeinschaftlichen Testaments vom 26.07.2004 eindeutig. Sowohl im Eingangssatz als auch in Ziffer 5. der letztwilligen Verfügung, die sich über die Kosten für das Urnengrab und die Grabpflege sowie die Beerdigungskosten und die Bewirtung der Trauergäste verhält, ist die Beteiligte zu 3 als (Mit-)Erbe bezeichnet. Dafür, dass der Erblasser und seine Ehefrau ihren testamentarischen Willen unzutreffend niedergelegt haben und sie die Beteiligte zu 3 an dem gemeinsamen Nachlass in Wahrheit als bloße Vermächtnisnehmerin mit einem reinen Zahlungsanspruch gegen den Erben beteiligen wollten, spricht nichts.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar **Stefan Braun**, LL.M. (LSE, London),
Maître en droit (Paris), Wolfratshausen

Wie bereits die amtlichen Leitsätze verraten, ging es in der vorliegenden Entscheidung im Kern um die Frage, inwieweit Verfügungen, die kinderlose Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament treffen, wechselbezüglich sind. Der Beschluss des OLG Düsseldorf ist dabei in mehrfacher Weise irritierend. Dies gilt zunächst für die der Entscheidung vorangestellten amtlichen Leitsätze, die im Gesetz keine ausreichende Stütze finden. Es gilt aber ebenso für die sprachlich teilweise recht unpräzise und inhaltlich in wesentlichen Punkten nicht überzeugende Begründung, welche in der überraschenden Feststellung gipfelt, der Erblasser sei wegen der „Wechselbezüglichkeit der beiderseitigen Schlusserbeinsetzung“ daran gehindert „die von ihm selbst eingebrachten Regelungen zur Schlusserbfolge“, gemeint sind die Verfügungen zugunsten seiner eigenen Verwandten, zu ändern.

1. „Berliner Testament“ aufgrund nachträglicher Schlusserbeneinsetzung

Eine kleine Besonderheit bestand im vorliegenden Fall darin, dass das gemeinschaftliche Testament der kinderlosen Ehegatten zunächst lediglich eine gegenseitige Erbeinsetzung vorsah. Diese wurde Jahre später dahin gehend ergänzt, dass die Testatoren sowohl namentlich benannte Verwandte der Ehefrau (zu insgesamt $\frac{3}{4}$) als auch eine Nichte des Erblassers, letztere mit einer Quote von $\frac{1}{4}$, zum Erben „für den Fall unseres Todes“ bestimmten. Das OLG Düsseldorf geht dabei – angesichts des Wortlauts der Verfügung gut nachvollziehbar – davon aus, dass diese Ergänzung nicht nur den Fall des gleichzeitigen Versterbens, sondern vielmehr generell die Schlusserbfolge regeln sollte. Ferner stellt das Gericht in diesem Zusammenhang zutreffend fest, dass die ursprünglich festgelegte gegenseitige Erbeinsetzung durch die spätere Ergänzung nicht geändert werden sollte. Die weitere Feststellung, dass es sich bei den Regelungen der Erb-

lasser insgesamt um ein „gemeinschaftliches Testament in der Form eines Berliner Testaments (2269 BGB)“ handele, ist zwar nicht unbedingt falsch, jedoch für die Lösung der in Rede stehenden Rechtsfragen auch nicht sonderlich hilfreich. Denn abgesehen davon, dass der Begriff „Berliner Testament“ vom Gesetz gar nicht und in der Literatur nicht einheitlich verwendet wird,¹ stand die Anordnung einer Vor- und Nacherbfolge im vorliegenden Fall, soweit ersichtlich, gar nicht im Raum. Auch auf die Abgrenzung zwischen Trennungs- und Einheitslösung und die Zweifelsregelung des § 2269 (Abs. 1) BGB kam es somit nicht an. Schließlich setzt auch die vom Gericht im Folgenden in mehrfacher Hinsicht bejahte Wechselbezüglichkeit weder voraus, dass ein „Berliner Testament“ vorliegt, noch folgt aus dem Befund „Berliner Testament“ zwingend die Wechselbezüglichkeit der darin enthaltenen Verfügungen. Möglicherweise zielen die in diesem Zusammenhang gemachten Ausführungen des OLG Düsseldorf daher – auch wenn dies nicht klar benannt (und womöglich auch nicht klar erkannt) wurde – auf etwas anderes: Nämlich darauf, dass die ursprünglich getroffenen Verfügungen (gegenseitige Erbeinsetzung) mit der nachträglichen Schlusserbeneinsetzung dahin gehend verknüpft worden sein könnten, dass auch eine übergreifende Wechselbezüglichkeit zwischen den früheren und den späteren Verfügungen in Betracht kommt.² Wer hier insgesamt von *einem* „Berliner Testament“ spricht, braucht auf diese Frage nicht mehr einzugehen.

2. Prüfungsprogramm für die Wechselbezüglichkeit

Nachdem die Frage der „testamentsübergreifenden“ Wechselbezüglichkeit auf diese Weise mehr oder weniger elegant umschifft war, konnte das Gericht in die eigentliche Prüfung der Wechselbezüglichkeit einsteigen. Im Ausgangspunkt zutreffend stellt das Gericht hierzu zweierlei fest. Erstens: Eine Bindung an die Einsetzung eigener Verwandter zu Schlusserben scheidet auch bei kinderlosen Testatoren nicht kategorisch aus; zweitens: Die Frage der Wechselbezüglichkeit ist nicht generell zu bestimmen, sondern für jede einzelne Verfügung durch Auslegung im konkreten Einzelfall zu ermitteln. In mehreren Absätzen legt das OLG Düsseldorf dabei sein Prüfungsprogramm dar, das sich wie folgt zusammenfassen lässt: Es sei anhand aller Umstände des Einzelfalles nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu überprüfen, ob nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die jeweilige Verfügung eines Ehegatten mit einer des anderen stehen oder fallen soll. Sofern dabei „nach Überprüfung aller inner- und außerhalb des Testaments liegenden Umstände“ Zweifel verbleiben, sei die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB heranzuziehen. Auf die vielversprechende Ankündigung des Prüfungs-

programms folgt leider – zurückhaltend formuliert – nicht mehr viel von juristischer Substanz. So hält das Gericht zunächst fest, dass die Ehegatten wechselbezüglich testiert haben, soweit sie sich gegenseitig als Alleinerben eingesetzt haben. Das mag stimmen – anhand irgendwelcher Umstände des Einzelfalles begründet wird es jedoch nicht. Inwieweit diese Frage entscheidungserheblich sein könnte, erschließt sich ebenso wenig.

3. Bindung des Ehemannes bezüglich der Verwandten der Ehefrau?

Entscheidungserheblich war dagegen die Frage, ob (und ggf. inwieweit) der Ehemann nach dem Tod seiner Ehefrau an die gemeinsam angeordnete Schlusserbfolgeregelung gebunden war. Die Ausführungen des OLG Düsseldorf zu dieser Frage lassen den Leser ratlos zurück. Das OLG prüft hier zunächst die Wechselbezüglichkeit „zwischen der gegenseitigen Erbeinsetzung der Eheleute und der Berufung von eigenen Verwandten zu Schlusserben“. Dies ist schon begrifflich recht verwirrend, da es sich ja bei der gegenseitigen Erbeinsetzung um zwei verschiedene Verfügungen, nämlich je eine der Ehefrau und eine des Ehemannes zugunsten des jeweils anderen, handelt und auch unklar bleibt, ob „eigene Verwandte“ des erstversterbenden oder des längerlebenden Ehegatten gemeint sind.

Auch die weitere Argumentation bringt nur wenig Klarheit. Zunächst stellt das Gericht darauf ab, dass jeder Ehegatte den anderen zum Alleinerben eingesetzt hat, „weil als Schlusserben des gemeinsamen Vermögens auch Verwandte von (...) [seiner] Seite berufen sind“. Aus dieser Überlegung könnte sich in der Tat eine Bindung des Ehemannes an die von ihm zugunsten der Verwandten der Ehefrau getroffenen Verfügungen ergeben.³ Angesichts dessen, dass die gegenseitige Erbeinsetzung ursprünglich gerade nicht mit irgendeiner Schlusserbeneinsetzung verbunden war, hätte es jedoch einer näheren Untersuchung der Umstände des Einzelfalles bedurft. Ebenso gut ist nämlich denkbar, dass die Beteiligten eine von der gegenseitigen Erbeinsetzung unabhängige Ersatzregelung treffen wollten und sie – wenn auch nicht ausschließlich, so doch primär – den Fall eines mehr oder weniger gleichzeitigen Versterbens im Auge hatten.⁴ Leider geht das Gericht auf die Umstände der Errichtung des ergänzenden Testaments nicht ein. Es kann daher an dieser Stelle nur darüber spekuliert werden, welches Motiv für die Testatoren im Vordergrund stand und ob sie die zusätzlichen Verfügungen beispielsweise im Hinblick auf ein spezifisches gemeinsames Risiko (zum Beispiel ge-

1 Vgl. BeckOGK-BGB/Braun, Stand: 01.11.2022, § 2269 Rdnr. 7 m. w. N.

2 Siehe hierzu BayObLG, Beschluss vom 26.01.1999, 1 Z BR 44/98, NJW-RR 1999, 878; BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 01.11.2022, § 2270 Rdnr. 1; BeckOGK-BGB/Braun, § 2270 Rdnr. 8 m. w. N.

3 So BayObLG, Beschluss vom 25.02.1994, 1 Z BR 110, BeckRS 1994, 31023028; vgl. auch BeckOGK-BGB/Braun, § 2270 Rdnr. 42 m. w. N.

4 Vgl. auch Litzenburger, FD ErbR 2022, 450294.

meinsame Reise) getroffen haben.⁵ Insgesamt erscheint „eine Wechselbezüglichkeit zwischen der Erbeinsetzung des [Ehemannes] und der Einsetzung von Verwandten der vorverstorbenen [Ehefrau] zu Schlusserben“ somit nach dem mitgeteilten Sachverhalt zwar durchaus möglich, jedoch keinesfalls zwingend. Eine Bindung an die vom Ehemann zugunsten seiner eigenen Verwandten getroffenen Verfügungen (und hierauf kam es im vorliegenden Fall an) ergibt sich hieraus aber ohnehin nicht.

4. Bindung des Ehemannes bezüglich seiner eigenen Verwandten?

Um dennoch zu einer umfassenden Bindung des Längerlebenden zu gelangen, scheint das OLG Düsseldorf eine doppelte Taktik anzuwenden: Zum einen differenziert das Gericht, ob bewusst oder unbewusst, nur teilweise zwischen den Verfügungen der Ehefrau und des Ehemannes: Dies gipfelt in der Feststellung die einvernehmliche Schlusserbeneinsetzung sowohl von verwandten Personen des Ehemannes als auch der Ehefrau spreche „nach der allgemeinen Lebenserfahrung für eine Wechselbezüglichkeit dieser Verfügung (sic!) zur [gegenseitigen] Erbeinsetzung (...)“. Zum anderen sieht das Gericht auch „die Schlusserbeinsetzung als solche“ als wechselbezüglich an. Beides ist nicht nur nachlässig formuliert⁶ – denn die Frage der Wechselbezüglichkeit wäre jeweils im Verhältnis einer Verfügung des einen Ehegatten zu einer Verfügung des anderen zu prüfen (vgl. § 2270 Abs. 1 BGB) –; es ist auf Basis des geltenden Rechts auch nicht vertretbar.

Selbst wenn dies angesichts der ungenauen Formulierungen nicht mit letzter Eindeutigkeit aus der Entscheidung hervorgeht,⁷ scheint das OLG Düsseldorf der Auffassung zu sein, dass die Schlusserbeneinsetzung durch den Ehemann insgesamt wechselbezüglich zu dessen Alleinerbeneinsetzung durch die Ehefrau war. Schon deshalb wäre er an die Verfügungen auch zugunsten seiner eigenen Verwandten gebunden gewesen. Das Gericht führt hierzu aus, dass bereits der Umstand, dass die Ehegatten es nicht bei der gegenseitigen Erbeinsetzung belassen, sondern diese um eine Schlusserbfolgeregelung ergänzt haben, nahelegen würde, „dass der überlebende Ehepartner nicht frei über den gemeinsamen Nachlass sollte verfügen können“. Dies soll daraus folgen, dass es sonst der Einsetzung von Schlusserben gar nicht bedurft hätte. Wer diese Ausführungen ernst nimmt, müsste freilich bei jedem gemeinschaftlichen Testament, das eine Schlusserbfolge enthält, zu deren wechselbezüglicher

Bindung kommen. Dieses unsinnige Ergebnis entspricht jedoch weder dem geltenden Recht⁸ noch ist eine einseitig oder zumindest für den Längerlebenden abänderbar getroffene Schlusserbfolgeregelung überflüssig. Denn solange nicht abweichend testiert wird, bleibt auch eine nicht bindende Regelung für die Erbfolge maßgeblich – im vorliegenden Fall immerhin für etwa elf Jahre. Hinzu kommt, dass die (kinderlosen) Testatoren auch mit einer nicht bindenden Schlusserbfolgeregelung Zufallsergebnisse bei einem Versterben kurz nacheinander verhindern konnten.⁹

Völlig außer Acht lässt das Gericht außerdem, dass juristischen Laien häufig gar nicht bewusst ist, dass sie sich durch ein gemeinschaftliches Testament über den Tod des Erstversterbenden hinaus binden können.¹⁰ Wer aber gar nicht weiß, dass er den Längerlebenden an die Schlusserbfolgeregelung binden kann, der kann noch nicht einmal hypothetisch¹¹ eine bereits bestehende Regelung für den ersten Todesfall mit dieser Schlusserbfolgeregelung verknüpfen wollen.¹²

Auch der Umstand, dass sowohl Verwandte der Ehefrau als auch des Ehemannes zu Schlusserben berufen wurden, vermag nicht zu erhellen, warum es der Ehefrau bei der Verfügung zugunsten ihres Mannes gerade darauf angekommen sein könnte, dass letzterer ebenfalls seine eigenen Verwandten bedenkt. Auch das Gericht bringt hierzu außer der bereits erwähnten undifferenzierten Behandlung als eine Verfügung, welche nach der „Lebenserfahrung“ bindend sein sollte, nichts weiter vor. Eine am Einzelfall orientierte Auslegung, wie sie das Gericht zuvor selbst gefordert hatte, sieht sicherlich anders aus.

5. Wechselbezüglichkeit der Schlusserbfolgeregelung „in Gänze“?

Allein auf seine Behauptung, dass „die Lebenserfahrung für eine wechselseitige Beziehung zwischen der gegenseitigen Erbeinsetzung der Eheleute und der einvernehmlichen Schlusserbeinsetzung zugunsten eines Verwandten der testierenden Ehepartner“ spreche, wollte das OLG Düsseldorf seine Entscheidung allerdings nicht stützen. Möglicherweise hatten die Richter selbst Zweifel, ob dies im Sinne einer Bindung auch zugunsten derjenigen Personen, die nur mit dem Längerlebenden verwandt sind, verstanden werden kann. Das Gericht löst dieses Problem indem es kurzerhand die „Wechselbezüglichkeit der Schlusserbenbestellung“ feststellt. Die Überlegungen, mit denen die Richter versuchen, dieses sonderbare

5 Vgl. zur (fehlenden) Bindung bei Anlass bezogenen Testamenten LG München I, Beschluss vom 29.04.1999, 1 T 17964/98, BeckRS 1999, 07032; BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2270 Rdnr. 13, BeckOGK-BGB/Braun, § 2270 Rdnr. 46 m. w. N. und (bezogen auf den vorliegenden Fall) Litzenburger, FD ErbR 2022, 450294; bemerkenswert ist, dass das zuvor befasste AG sogar davon ausging, dass die Regelung ausschließlich den Fall des gleichzeitigen Versterbens betreffen sollte, ob dies mit den Umständen der Testamentserrichtung begründet wurde, erfahren wir leider nicht.

6 Vgl. hierzu auch Lamberz, Rpfleger 2023, 39 f.

7 Lamberz, Rpfleger 2023, 39.

8 BayObLG, Beschluss vom 16.05.2001, 1Z BR 2/01, NJWE-FER 2001, 213, 214; OLG Schleswig, Urteil vom 09.01.2018, 3 U 17/17, BeckRS 2018, 16426; BeckOGK-BGB/Braun, § 2270 Rdnr. 12.

9 Litzenburger, FD ErbR 2022, 450294.

10 Litzenburger, FD ErbR 2022, 450294; BeckOGK-BGB/Braun, § 2265 Rdnr. 6.1 f.

11 Zur Rolle des hypothetischen Willens bei der Wechselbezüglichkeit vgl. BeckOGK-BGB/Braun, § 2270 Rdnr. 15.

12 Vgl. näher Litzenburger, FD ErbR 2022, 450294; siehe auch Lamberz, Rpfleger 2023, 39.

Ergebnis zu rechtfertigen, sind auch bei mehrfacher Lektüre für mich nicht nachzuvollziehen. Dies beginnt bereits damit, dass das Gericht erneut nicht darauf eingeht, dass es „die Schlusserbenbestellung“ gar nicht gibt, sondern es sich hierbei um Verfügungen sowohl der Ehefrau als auch des Ehemannes handelt. Bereits diese Ungenauigkeit verstellt den Blick darauf, dass eine etwaige Bindung, je nachdem wer der Längerlebende der Ehegatten ist, unterschiedlich ausfallen könnte, nämlich in der Weise, dass – wenn überhaupt – nur eine Bindung bezüglich der Verwandten des Erstversterbenden (also gerade nicht der eigenen Verwandten des Längerlebenden) besteht. Eine solche Bindung „über Kreuz“¹³ würde völlig ausreichen, damit „die eigenen Verwandten eine vom überlebenden Ehepartner nicht einseitig entziehbare erbrechtliche Position besitzen“. Überdies sind entgegen der Behauptung des OLG Düsseldorf („nichts spricht dafür“) durchaus Gründe denkbar, die dafür sprechen, dass die Ehegatten zwar jeweils eigene Verwandte in den Kreis der einvernehmlich bestimmten Schlusserben aufgenommen haben, sie jedoch die Möglichkeit einer Bindung nicht bedacht haben oder sich nicht binden wollten. Dies gilt zum einen bei sog. anlassbezogenen Testamenten, zum anderen aber auch in den Fällen, in denen es den Beteiligten primär darauf ankommt, dem Längerlebenden eine möglichst freie Rechtsposition zu verschaffen, in der er flexibel auf geänderte Umstände (zum Beispiel erbrachte Pflege) reagieren und die Schlusserbfolge anpassen kann. Gerade bei kinderlosen Ehegatten werden daher abänderbare Schlusserbfolgeregelungen regelmäßig empfohlen und sind weit verbreitet.¹⁴ Diese Praxis spricht, auch wenn bei der Lösung konkreter Fälle gegenüber einer Argumentation, die sich auf allgemeine Erfahrungen beruft, eine (vom OLG Düsseldorf leider nicht geübte) Zurückhaltung angebracht ist,¹⁵ jedenfalls nicht gegen die Annahme, dass eine Abänderungsbefugnis des Längerlebenden auch im vorliegenden Fall bestehen sollte.

Anstatt sich aber ernsthaft die Frage zu stellen, ob eine (eingeschränkte) Bindung überhaupt mit dem Willen der Erblasser in Einklang zu bringen ist, geht das Gericht jedoch in die entgegengesetzte Richtung. Es sieht die Schlusserbfolgeregelung als „in Gänze wechselbezüglich“ an. Hierfür führt es neben der Absicherung der erbrechtlichen Position der eigenen Verwandten (des Erstversterbenden), für die es einer so weitgehenden Bindung, wie gezeigt, gar nicht bedurft hätte, vor allem Folgendes an: Die Schlusserbfolge sei „einvernehmlich“ getroffen worden, sie spiegele „nach allgemeiner Lebenserfahrung (...) den Konsens der Ehepartner bei der Erbfolge über ihr gemeinsames Vermögen“ wider und das „Gegenseitigkeitsverhältnis“ zwischen den Schlusserben „der anderen Seite“ und der „eigenen Schlusser-

ben“ führe zu einer Bindung des Längerlebenden auch bezüglich der „von ihm selbst eingebrachten Regelungen zur Schlusserbfolge“.

Diese Überlegungen sind jedoch allesamt für die Frage der Bindung unergiebig. Die ersten beiden Gesichtspunkte (einvernehmliche Regelung, Konsens bei der Erbfolge über gemeinsames Vermögen) taugen schon deshalb nicht als Argument für (oder gegen) die Wechselbezüglichkeit, weil ein gemeinschaftliches Testament bereits begrifflich voraussetzt, dass die Beteiligten gemeinschaftlich testieren. Dies erfordert zwar nicht, dass jeder die Verfügungen des anderen *will*, wohl aber dass über den Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments in der Weise Einvernehmen bzw. Konsens besteht, dass jeder die Verfügungen des anderen billigt und mit seinen eigenen gerade zu einem gemeinschaftlichen Testament verbinden will.¹⁶ Mit anderen Worten, die Argumentation des Gerichts würde letztlich darauf hinaus laufen, dass jede einheitliche Schlusserbfolge in einem gemeinschaftlichen Testament, da sie einvernehmlich errichtet wurde und den Konsens über die gemeinsames Vermögensnachfolge widerspiegelt, „in Gänze“ wechselbezüglich sein soll. Dies entspricht jedoch – wie schon erwähnt – nicht den Regelungen des BGB.¹⁷

Auch das angebliche „Gegenseitigkeitsverhältnis“ zwischen der Einsetzung der Verwandten der Ehefrau und der Einsetzung des Ehemannes rechtfertigt eine Bindung des Ehemannes gegenüber seinen eigenen Verwandten nicht. Das Gericht bringt nichts dafür vor, dass der vorverstorbenen Ehefrau daran gelegen gewesen sein könnte, dass der Ehemann die Begünstigung seiner eigenen Verwandten nicht mehr ändert (noch dazu, wenn diese Änderung zugunsten der eigenen Verwandten der Ehefrau erfolgt). Es sind hierfür aus dem mitgeteilten Sachverhalt auch keine Umstände erkennbar. Der vom Gericht insgesamt sieben Mal bemühten Lebenserfahrung dürfte der Wunsch nach einer solchen Bindung in der Regel ebenfalls nicht entsprechen; jedenfalls dann nicht, wenn, wie es das Gericht formuliert, „eine Seite (...) die Schlusserben und die diesen zugedachten Erbquoten der anderen Seite“ (nur) gebilligt hat, „weil die Gegenseite umgekehrt den eigenen Schlusserben mit den ihnen zugedachten Erbquoten zustimmt“. Wenn aber die Ehefrau kein besonderes Interesse an der Begünstigung der Verwandten ihres Ehemannes hatte, so ist auch nicht ersichtlich, welche Verfügung der Ehefrau hiermit im Sinne eines „Stehen und Fallens“ wechselbezüglich verbunden gewesen sein könnte.¹⁸ Unter welchen Wertungsgesichtspunkten die mit einer Bindung des Ehemannes einhergehende Einschränkung seiner Testierfreiheit gerechtfertigt sein könnte, erschließt sich ebenfalls nicht. Vielleicht wurde

13 Keim, ZEV 2022, 600 („ich setze jeweils deine Verwandten nur zu Schlusserben ein, weil du auch meine einsetzt“); siehe auch Keim, DNotZ 2020, 805, 821.

14 Vgl. auch Litzemberger, FD ErbR 2022, 450294.

15 Litzemberger, FD ErbR 2022, 450294, siehe auch Lamberg, Rpfleger 2023, 39.

16 Näher Staudinger/Kanzleiter, Neub. 2019, Vor § 2265 Rdnr. 18; BeckOGK-BGB/Braun, § 2265 Rdnr. 15.

17 BayObLG, Beschluss vom 16.05.2001, 1Z BR 2/01, NJW-FER 2001, 213, 214; OLG Schleswig, Urteil vom 09.01.2018, 3 U 17/17, BeckRS 2018, 16426; BeckOGK-BGB/Braun, § 2270 Rdnr. 12.

18 Keim, ZEV 2022, 600.

das OLG Düsseldorf hier schlicht Opfer seiner eigenen ungenauen Formulierungen. Denn wer nicht klar zwischen der Schlusserbfolgereglung durch die Ehefrau und derjenigen des Ehemannes trennt, übersieht leicht, dass die Einsetzung der Verwandten des Ehemannes zwar als für die Ehefrau bindende Verfügung gewollt sein könnte, jedoch nicht notwendig auch der Ehemann infolgedessen an seine gleichlautende Verfügung gebunden sein muss.

6. Fazit

Streitigkeiten über die Bindungswirkung privatschriftlicher gemeinschaftlicher Testamente sind leider an der Tagesordnung. Solange der Gesetzgeber hier nicht eingreift, etwa indem er für bindende Verfügungen eine ausdrückliche Erklärung oder die notarielle Form vorschreibt,¹⁹ wird sich hieran wohl auch nichts ändern.²⁰ Die sich hieraus ergebenden Probleme lassen sich jedoch zumindest teilweise abmildern, wenn die Frage der Wechselbezüglichkeit stets – wie vom OLG Düsseldorf gefordert – anhand einer sorgfältigen, am Einzelfall orientierten Auslegung ermittelt wird. Die vorliegende Entscheidung genügt allerdings den vom Gericht selbst aufgestellten Anforderungen nicht. Auf irgendwelche Umstände des Einzelfalles, etwa die persönlichen Beziehungen der Testatoren zu den eingesetzten Erben, den Anlass der Testamentserrichtung und der späteren Ergänzung, die möglichen Motive für die Schlusserbeneinsetzung oder die Frage, ob den Testatoren die Möglichkeit einer erbrechtlichen Bindung bewusst war, geht das Gericht nicht ein. Dafür stützt es sich sieben Mal auf eine angeblich für seine Auffassung sprechende allgemeine Lebenserfahrung, welche ich persönlich – ebenso wie manch anderer²¹ – nicht teile.

¹⁹ Vgl. *Kanzleiter*, ZEV 2001, 1 f.

²⁰ Vgl. *Litzenburger*, FD ErbR 2022, 450294.

²¹ *Keim*, ZEV 2022, 600, *Litzenburger*, FD ErbR 2022, 450294; *Lamberz*, Rpfleger 2023, 39 f.

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

12. Die Haftung des Geschäftsführers der geschäftsführenden GmbH einer GmbH & Co. KG

BGH, Urteil vom 14.03.2023, II ZR 162/21 (Vorinstanz: OLG Hamburg, Urteil vom 17.09.2021, 11 U 71/20)

GmbHG § 43 Abs. 2

LEITSÄTZE:

1. Der Schutzbereich des zwischen der Kommanditisten-GmbH und ihrem Geschäftsführer bestehenden Organ- und Anstellungsverhältnisses erstreckt sich im Hinblick auf seine Haftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG im Falle einer sorgfaltswidrigen Geschäftsführung auf die Kommanditgesellschaft.
2. Die Haftung des Geschäftsführers der geschäftsführenden GmbH einer GmbH & Co. KG erstreckt sich auch dann auf die Kommanditgesellschaft, wenn die Geschäftsführung der Kommanditgesellschaft nicht die alleinige oder wesentliche Aufgabe der GmbH ist.

13. Anspruch des Gesellschafters auf Unterlassung der Einreichung einer materiell unrichtigen Gesellschafterliste gegen Geschäftsführer

BGH, Beschluss vom 08.11.2022, II ZR 91/21 (Vorinstanz: OLG Celle, Beschluss vom 03.05.2021, 9 U 1/21)

GmbHG § 16 Abs. 1, § 40 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Dem Gesellschafter einer GmbH steht kein Anspruch gegen den Geschäftsführer auf Unterlassung der Einreichung einer zu seinen Lasten materiell unrichtigen Gesellschafterliste zum Handelsregister wegen drohender Verletzung organschaftlicher Pflichten zu.
2. Ein Gesellschafter einer GmbH, der seine Stellung als Geschäftsführer dadurch missbraucht, dass er eine materiell unrichtige Gesellschafterliste zum Handelsregister einreicht, um damit eigennützige Interessen durchzusetzen, verletzt seine gesellschafterliche Treupflicht gegenüber dem von der Unrichtigkeit nachteilig betroffenen Gesellschafter.
3. Gegen den Gesellschaftergeschäftsführer einer GmbH, der unter Verletzung seiner gesellschafterlichen Treupflicht eine materiell unrichtige Gesellschafterliste einreichen will, steht dem von der Unrichtigkeit nachteilig betroffenen Gesellschafter ein Unterlassungsanspruch zu, den er mit der vorbeugenden Unterlassungsklage geltend machen kann.

14. Beschwerdebefugnis gegen die Anordnung einer Notgeschäftsführung, wenn eine die unbekannt Erben ausweisende Gesellschafterliste fehlt

KG, Beschluss vom 23.11.2022, 22 W 50/22

BGB § 1922 Abs. 1, § 1960

FamFG § 59

GmbHG § 16 Abs. 1 Satz 1, § 40

LEITSÄTZE:

1. Die Regelung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG gilt auch für die Erben eines GmbH-Gesellschafters. Sie können Gesellschafterrechte erst dann ausüben, wenn sie in die Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG aufgenommen worden sind. Dies gilt auch für einen Nachlasspfleger, der für die unbekannt Erben des Gesellschafters bestellt ist.
2. Die Beschwerdebefugnis gegen die Anordnung einer Notgeschäftsführung an sich steht dem Erben eines GmbH-Gesellschafters erst mit der Eintragung in die Gesellschafterliste zu.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Gesellschaft, eine GmbH, ist seit dem 02.07.2020 in das Handelsregister Abteilung B des AG Charlottenburg eingetragen. Als Unternehmensgegenstand ist der Betrieb eines Restaurants festgelegt. Am 10.12.2021 verstarb der einzige Geschäftsführer und Alleingesellschafter der Gesellschaft W B. Zur Sicherung und Verwaltung des Nachlasses sowie zur Ermittlung der Erben – der Erblasser war geschieden, seine einzige Schwester schlug die Erbschaft aus – ernannte das zuständige AG Wedding am 04.02.2022 für die unbekannt Erben nach W B, den Beteiligten zu 1 als Nachlasspfleger.

2 Auf Antrag der Beteiligten zu 2, der Lebensgefährtin des Erblassers und Mitarbeiterin in dem von der Gesellschaft betriebenen Restaurant, bestellte das AG Charlottenburg diese mit Beschluss vom 05.05.2022 zur alleinvertretungsberechtigten Notgeschäftsführerin.

3 Nachdem das Registergericht dem Beteiligten zu 1 auf seine Nachfrage hin, mit Schreiben vom 08.07.2022 eine Abschrift des Bestellungsbeschlusses übersandt hatte, hat dieser mit einem Schreiben vom 14.07.2022, das beim Registergericht am 20.07.2022 per Post eingegangen ist, für die unbekannt Erben Beschwerde eingelegt mit dem Ziel, eine Abberufung der Notgeschäftsführerin zu erreichen. Insoweit rügt er, dass er wegen des Antrags auf Notgeschäftsführerbestellung nicht angehört worden ist. Die Voraussetzungen des § 29 BGB seien auch nicht gegeben, die Erben könnten die Gesellschafterrechte ohne Weiteres ausüben. Darüber hinaus sei die Beteiligte zu 2 auch als Geschäftsführerin ungeeignet, weil sie Erbschaftsbesitzerin sei und jede Zusammenarbeit verweigere. Die Erben hätten an der Weiterführung des Geschäftsbetriebs kein Interesse, dieser solle eingestellt werden. Das AG hat dem Rechtsmittel nicht abgeholfen und die Sache dem

Senat mit einem Beschluss vom 08.08.2022 zur Entscheidung vorgelegt.

4 II. 1. Die Beschwerde des Beteiligten zu 1 gegen den Bestellungsbeschluss vom 05.05.2022 ist zwar nach § 402 Abs. 1 FamFG statthaft, weil es sich bei der Bestellung eines Notgeschäftsführers, auch wenn diese auf einer entsprechenden Anwendung des § 29 BGB beruht, um ein unternehmensrechtliches Verfahren nach § 375 FamFG handelt (vgl. MünchKomm-GmbHG/Stephan/Tieves, 3. Aufl., § 35 Rdnr. 66). Die Beschwerde ist aber unzulässig und dementsprechend gemäß § 68 Abs. 2 Satz 2 FamFG zu verwerfen, weil die unbekannt Erben, auf die es für diese Frage ankommt, durch die Entscheidung des AG, für die Gesellschaft einen Notgeschäftsführer zu bestellen, nicht unmittelbar in eigenen Rechten beschwert sind, sodass es an den Voraussetzungen des § 59 Abs. 1 FamFG fehlt. Auf die weitere Frage, ob die Einreichung der Beschwerde per Post angesichts der Regelung in § 14b Abs. 1 FamFG formgerecht war, kommt es daher nicht an (vgl. dazu OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 15.02.2022, 4 UF 8/22, juris).

5 2. Durch die Anordnung der Notgeschäftsführung werden die unbekannt Erben entgegen der Auffassung des Beteiligten zu 1 nicht unmittelbar in eigenen Rechten beeinträchtigt.

6 a) Eine Beeinträchtigung ihrer Vertretungsbefugnis ist nicht eingetreten. Denn diese sind durch den Wegfall des Erblassers nicht in dessen Stellung als Vertretungsorgan eingetreten. § 35 Abs. 1 Satz 2 GmbHG, der im Übrigen nur die Passivvertretung ermöglicht und schon deshalb zur Weiterführung oder auch nur Abwicklung des Geschäftsbetriebs der Gesellschaft nicht ausreichend ist (vgl. BeckOK-GmbHG/Wisskirchen/Hesser/Zoglowek, Stand: 01.09.2022, § 35 Rdnr. 42; MünchKomm-GmbHG/Stephan/Tieves, a. a. O. Rdnr. 55, 266; Noack/Servatius/Haas/Breuskens, GmbHG, 23. Aufl., § 35 Rdnr. 32), greift zugunsten der Erben des Alleingesellschafters nicht, weil diese nicht als Gesellschafter in der zuletzt in den Registerordner aufgenommenen Gesellschafterliste aufgeführt sind. Die Aufnahme einer solchen Liste ist auch im Erbfall vorgesehen (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 38) und notwendig (Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 20. Aufl., § 16 Rdnr. 43; Michalski/Ebbing, GmbHG, 3. Aufl., § 16 Rdnr. 96; MünchKomm-GmbHG/Heidinger, 4. Aufl., § 16 Rdnr. 163; Noack/Servatius/Haas/Servatius, a. a. O. § 16 Rdnr. 19; Wicke, GmbHG, 4. Aufl., § 16 Rdnr. 6, jew. m. w. N.). Ob eine Ausnahme in Betracht kommt, wenn die Erben durch einen Erbschein ausgewiesen sind (so Altmeppen, GmbHG, 10. Aufl., § 16 Rdnr. 22; Ising, NZG 2010, 812, 815) und ob diesem der Beschluss über eine Nachlasspflegerbestellung gleichsteht, kann letztlich dahinstehen. Denn auch insoweit geht es nur darum, unter Berücksichtigung des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG eine zutreffende Gesellschafterliste zur Aufnahme in den Registerordner zu erstellen, die dann die Ausübung der Gesellschafterrechte rechtfertigt.

7 b) Weil es an einer die unbekannt Erben ausweisenden Gesellschafterliste fehlt, sind die unbekannt Erben auch nicht in ihrem Recht auf Bestellung der Vertretungsorgane als Gesellschafter (vgl. § 46 Nr. 5 GmbHG) beeinträchtigt.

8 c) Auch die weiteren Ausführungen des Beteiligten zu 1 zu einer Ungeeignetheit der Beteiligten zu 2 zur Geschäftsführung rechtfertigen nicht die Annahme, die unbekannt Erben wären durch den Bestellungsbeschluss unmittelbar in eigenen Rechten beeinträchtigt. Der Hinweis, die Beteiligte zu 2 sei Erbschaftsbesitzerin und kooperiere insoweit nicht mit dem Beteiligten zu 1, ist unerheblich. Bezüglich der GmbH haben die Erben lediglich die Geschäftsanteile erworben. Die Geltendmachung der hieraus entstehenden Rechte setzt die Erstellung einer entsprechenden Gesellschafterliste und deren Aufnahme in den Registerordner voraus. Dass die Beteiligte zu 2 als ehemalige Lebensgefährtin des Erblassers über andere Nachlassgegenstände verfügt, steht in keinem Zusammenhang mit der Frage, ob eine Notgeschäftsführerbestellung erforderlich ist.

9 3. Ob sich eine Beschwerdebefugnis daraus ergeben könnte, dass die unbekannt Erben als (zukünftige) Gesellschafter gegen die Gesellschaft und damit die Notgeschäftsführerin einen Anspruch auf Erstellung einer sie als Gesellschafter ausweisenden Gesellschafterliste haben, wie der Beteiligte zu 1 auch gerade mit dem Schriftsatz vom 17.11.2022 geltend macht, kann hier offenbleiben. Denn insoweit käme lediglich ein Angriff auf die als Notgeschäftsführer ausgewählte Person in Betracht, nicht aber eine Beschwerde gegen die Anordnung der Notgeschäftsführung an sich. So kann die erhobene Beschwerde aber nicht verstanden werden. Denn sie ist auf eine ersatzlose Aufhebung der Bestellung gerichtet. Dies ergibt sich daraus, dass der Beteiligte zu 1 auf Nachfrage des Senats ausdrücklich erklärt und mit dem Schriftsatz vom 17.11.2022 bekräftigt hat, eine Notgeschäftsführung sei nicht erforderlich, der Geschäftsbetrieb solle sofort eingestellt werden, was aber angesichts des durch die GmbHG geführten Restaurantbetriebs ohne Geschäftsführung ohnehin nicht möglich sein dürfte. Dies gilt im Übrigen auch, soweit – wie der Beteiligte zu 1 angekündigt hat – ein Insolvenzantrag gestellt werden soll. Auf die von ihm weiter erhobenen Missbrauchsvorwürfe gegenüber der Bestellten kommt es nach alledem nicht an.

(...)

15. Unzulässigkeit eines Spruchverfahrens bei Verschmelzung von Genossenschaften

LG Nürnberg-Fürth, Beschluss vom 10.11.2022, 1 HK O 7642/21

GenG § 6 Abs. 1, § 91

UmwG § 8 Abs. 1 Satz 1, § 14 Abs. 2, §§ 15, 85

LEITSÄTZE:

1. Nach § 85 Abs. 1 UmwG ist bei der Verschmelzung von Genossenschaften miteinander § 15 UmwG nur anzuwenden, wenn und soweit das Geschäftsguthaben eines Mitglieds in der übernehmenden Genossenschaft niedriger als das Geschäftsguthaben in der übertragenden Genossenschaft ist.
2. Lauten die Geschäftsguthaben insgesamt auf den gleichen Betrag, ist nach dem Gesetzeswortlaut für eine Zuzahlung kein Raum. (Leitsatz der Schriftleitung).

INTERNATIONALES PRIVATRECHT

16. Verpflichtung zur erneuten Abgabe einer Habilitätsversicherung auch bei geborenem Liquidator; Beglaubigung durch eine ausländische Urkundsperson

KG, Beschluss vom 01.07.2022, 22 W 31/22

GmbHG § 6 Abs. 2, § 67 Abs. 3 Satz 1

HGB § 12 Abs. 1 Satz 1, § 142 Abs. 3

LEITSÄTZE:

1. Zu der Versicherung nach § 67 Abs. 3 Satz 1 GmbHG ist jeder das Amt übernehmende Liquidator verpflichtet, auch derjenige, der als Geschäftsführer nach § 66 Abs. 1 GmbHG geborener Liquidator ist, und auch derjenige, der bereits als Geschäftsführer eine Versicherung gemäß § 39 Abs. 3 Satz 1 GmbHG abgegeben hat, weil der Liquidator nicht das alte Amt fortsetzt, sondern ein neues antritt und erneut sichergestellt werden soll, dass keine persönlichen Mängel gegeben sind. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Die öffentliche Beglaubigung nach § 12 Abs. 1 Satz 1 HGB kann grundsätzlich auch im Ausland durch eine ausländische Urkundsperson erfüllt werden. Derartige Beglaubigungen sind jedenfalls dann ausreichend, wenn sie dem entsprechenden Beurkundungsvorgang nach deutschem Recht gleichwertig sind, was eine ausreichende Identitätsprüfung des Erklärenden voraussetzt. (Leitsatz der Schriftleitung)

ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

17. Begriff des Beteiligten bei Zwangsversteigerung eines Miteigentumsanteils

BGH, Beschluss vom 22.09.2022, V ZB 8/22 (Vorinstanz: LG Würzburg, Beschluss vom 11.02.2022, 3 T 1907/21)

ZVG § 9 Nr. 1

LEITSÄTZE:

1. In dem Verfahren über die Zwangsversteigerung eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück sind die Eigentümer der übrigen Miteigentumsanteile nicht schon wegen ihrer Stellung als Miteigentümer als Beteiligte im Sinne von § 9 Nr. 1 ZVG anzusehen.
2. Die übrigen Miteigentümer sind aber nach § 9 Nr. 1 ZVG Beteiligte, wenn für sie oder ihren jeweiligen Miteigentumsanteil ein Recht an dem zu versteigernden Miteigentumsanteil im Grundbuch eingetragen ist (etwa ein Grundpfandrecht, ein Vorkaufsrecht oder eine Regelung nach § 1010 BGB), oder wenn ihre aus dem Grundbuch ersichtlichen rechtlichen Interessen ausnahmsweise ihre Beteiligung gebieten; das ist etwa dann der Fall, wenn eine Gesamtgrundschuld auf allen Miteigentumsanteilen lastet (Fortführung von Senat, Beschluss vom 07.06.2018, V ZB 221/17, ZfIR 2019, 31).

18. Keine Pflicht zur Angabe privater Daten des Insolvenzverwalters bei Grundbucheintragung

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 02.08.2022, 19 W 111/21 (Wx)

GBV § 15 Absatz 1 Nr. 1

LEITSATZ:

Vom Insolvenzverwalter kann auch in Ansehung des § 15 Absatz 1 Nr. 1 GBV nicht verlangt werden, dass er seinen privaten Wohnort oder sein Geburtsdatum zur Eintragung in das Grundbuch angibt; es genügt die Angabe des Ortes des Kanzleisitzes.

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

19. Ablehnung der Bewerbung für eine Notarstelle mangels persönlicher Eignung für das Amt

BGH, Beschluss vom 06.03.2023, NotZ(Brfg) 6/22 (Vorinstanz: OLG Köln, Urteil vom 30.08.2022 - Not 2/20)

BNotO § 5 Abs. 1, § 14 Abs. 1 Satz 2, §§ 28 64a, 64d, 111d Satz 2

VwGO § 114, § 124 Abs. 2

LEITSÄTZE:

1. Gemäß § 64a Abs. 2 BNotO a. F. (jetzt § 64d BNotO) sind staatliche Stellen zur Übermittlung von persönlichen Daten betreffend den Bewerber auf eine Notarstelle ermächtigt, der hiermit verbundene Eingriff in das Recht des Bewerbers auf informationelle Selbstbestimmung ist von der Ermächtigungsnorm gedeckt und im Fall überwiegender öffentlicher Belange (vgl. hierzu BVerfGE 65, 1, 47; 80, 367, 373) auch gerechtfertigt. Das Interesse des Bewerbers an der Geheimhaltung ihn betreffender persönlicher Daten muss in der Abwägung hinter dem Interesse der Allgemeinheit, nur geeignete Bewerber mit dem Notaramt zu betrauen, zurückstehen, weil dem Amt des Notars für eine funktionierende vorsorgende Rechtspflege als überragend wichtigem Gemeinschaftsgut eine hohe Bedeutung zukommt. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Die Rechtsprechung, wonach der persönlichen Eignung des Notarbewerbers insbesondere die Tatbestände entgegenstehen, die nach § 50 BNotO zur Amtsenthebung führen würden, ist nicht dahin zu verstehen, dass ein Fehlverhalten eines Bewerbers dessen Berücksichtigung nur dann hindert, wenn das Verhalten eine Amtsenthebung rechtfertigen würde. Mit Blick auf die Bedeutung einer funktionierenden vorsorgenden Rechtspflege als überragend wichtigem Gemeinschaftsgut ist es nicht geboten, einem Bewerber Zugang zum Amt des Notars zu verschaffen, wenn bereits im Vorhinein aufgrund berufsrechtlicher Verfehlungen Zweifel an dessen persönlicher Eignung bestehen, die die Schwelle der Anforderungen für eine Amtsenthebung noch nicht erreichen. (Leitsatz der Schriftleitung)



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

ÖFFENTLICHES RECHT

20. Rückfall eines Erbbaurechts an Gemeinde wegen Nichterfüllung der Bauverpflichtung bezüglich einer Moschee

OLG Stuttgart, Urteil vom 13.09.2022, 10 U 278/21

BauGB § 11 Abs. 2 Satz 1

BGB § 456

Erbbaurechtsgesetz § 2 Nr. 7, §§ 26, 32

LEITSÄTZE:

- 1. Die wirksame Ausübung des Heimfallrechts führt nicht zu einer Beendigung des Erbbaurechts, denn der Heimfall ist als schuldrechtlicher Anspruch auf Übertragung des Erbbaurechts an den Grundstückseigentümer ausgestaltet. Vielmehr endet das Erbbaurecht mit dessen Löschung im Grundstücksgrundbuch.**
- 2. Die Kaufberechtigung des Erbbauberechtigten im Sinne des § 2 Nr. 7 Erbbaurechtsgesetz kann durch Vertrag näher geregelt werden. Es ist deshalb zulässig, die Verkaufsverpflichtung des Grundstückseigentümers mit einem Recht des Wiederkaufs zu verknüpfen, das damit Teil des Erbbaurechts wird.**
- 3. Auch wenn gemäß § 32 Abs. 1 Satz 2 Erbbaurechtsgesetz im Fall eines Heimfallanspruchs eine angemessene Vergütung für das Erbbaurecht vertraglich ausgeschlossen werden kann, ist dies einer öffentlichen Körperschaft untersagt, wenn der Erbbaurechtsvertrag dann gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung (§ 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB) verstößt und zu einer unzumutbaren Belastung für den Vertragspartner der öffentlichen Körperschaft führt. Das ist dann der Fall, wenn der öffentlichen Körperschaft bei Ausübung des Heimfallrechts eine im Rahmen des Erbbaurechts vom Erbbauberechtigten bestimmungsgemäß geschaffene erhebliche Werterhöhung entschädigungslos zugutekäme.**

AUS DEN GRÜNDEN:

11. Die Klägerin begehrt die Rückübertragung eines Erbbaurechts, die Versicherung des Bauwerks und die Zahlung des Erbbauzinses bis zur Rückgabe des Grundstücks.

2 Der Beklagte begehrt widerklagend die Auflassung des Grundstücks, die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Ausübung des Wiederkaufsrechts sowie die Feststellung der Pflicht der Klägerin, Schadensersatz zu leisten für Schäden, die ihm aufgrund der Ausübung des Heimfallrechts und Wiederkaufsrechts entstanden seien.

3 Der Beklagte sollte auf dem klägerischen Grundstück in der W-Straße in O die Möglichkeit erhalten, eine Moschee zu errichten.

4 Die Baupläne umfassten in einem 1. Bauabschnitt die Errichtung eines Kulturhauses und einer Moschee nebst

Außenanlagen und in einem 2. Bauabschnitt die Errichtung eines Schülerwohnheims, eines Bistros, eines Friseurs und eines Ladens mit H-Produkten. (...)

5 Die Parteien schlossen am 26.11.2014 einen Erbbaurechtsvertrag, auf dessen Inhalt verwiesen wird, für eine Laufzeit von 60 Jahren mit einer Verlängerung um weitere 30 Jahre im Falle eines ausbleibenden fristgerechten schriftlichen Widerspruchs.

6 Unter II. 2. haben die Parteien u. a. eine Verpflichtung des erbbauberechtigten Beklagten vereinbart, den 1. Bauabschnitt innerhalb von vier Jahren fertigzustellen, beginnend ab 01.11.2014, unter Hinweis auf die beschränkte Gültigkeit der Baugenehmigung von drei Jahren.

7 Unter II. 7. vereinbarten die Parteien, unter welchen Voraussetzungen vor Zeitablauf die Übertragung des Erbbaurechts auf den Grundstückseigentümer oder auf einen von diesem zu bestimmenden Dritten verlangt werden kann (Heimfall). Hier sind u. a. die Nichterfüllung oder Zuwiderhandlungen gegen konkret bezeichnete vertragliche Verpflichtungen, u. a. die fristgerechte Fertigstellung des ersten Bauabschnitts innerhalb von vier Jahren ab dem 01.11.2014 aus II. 2. (3) des Erbbaurechtsvertrags, genannt.

8 Unter III. 11. haben die Parteien einen gestaffelten Erbbauzins vereinbart mit anfänglich 35.336 € jährlich ab 01.07.2017.

9 Unter VII. der notariellen Urkunde unterbreitete die Klägerin dem Beklagten ein Kaufangebot für das Grundstück zum Preis von 883.400 €. Auch der Kaufvertrag enthält eine Bauverpflichtung für den 1. Bauabschnitt innerhalb von vier Jahren ab dem 01.11.2014. Eine Bindungsfrist für das Kaufangebot wurde bis zum 31.12.2023 vereinbart.

10 Unter VIII. Ziffer 9 enthält das Kaufangebot eine Regelung zu einem Wiederkaufsrecht der Klägerin für den Fall der nicht vollständigen Erfüllung der fristgerechten Bauverpflichtung gemäß Ziffer 2.

(...)

12 Ende Februar 2015 wurde die Baugenehmigung für den 1. Bauabschnitt erteilt. Der Bau wurde im Jahr 2017 begonnen.

13 Trotz verschiedener Verzögerungen im Bauablauf, u. a. wegen Planungsänderungen und Wechsel des Bauleiters, sicherte der Beklagte noch im Januar 2018 die fristgerechte Fertigstellung des 1. Bauabschnitts zu, erklärte dann aber mit Schreiben vom 02.07.2018, dass er die Frist nicht werde einhalten können und verwies darauf, dass bei Geltendmachung eines Heimfallrechts der Verein Insolvenz anmelden müsse.

14 Mit Beschluss vom 24.07.2018 stimmte der Gemeinderat der Geltendmachung des Heimfallrechts zu.

15 Am 08.08.2018 nahm der Beklagte das Kaufangebot an und zahlte den vereinbarten Kaufpreis an die Klägerin.

16 Nachdem ein von der Klägerin beauftragter Sachverständiger am 30.08.2018 zum Ergebnis gekommen war, dass er die Frist zur Fertigstellung des 1. Bauabschnitts auch unter hohen Anstrengungen nicht werde einhalten

können, erklärte die Klägerin mit Schreiben vom 06.09.2018 den Heimfall des Erbbaurechts.

17 Am 18.12.2018 übte die Klägerin gegenüber dem Beklagten das Wiederkaufsrecht aus und erklärte erneut den Heimfall.

(...)

60 B) Die Berufung der Klägerin ist im Hinblick auf die zulässigen Berufungsanträge Nr. 4 und 5 erfolgreich.

(...)

80 II. Die Klägerin verfolgt die Abweisung der Widerklage, soweit festgestellt wurde, dass der Beklagte nicht verpflichtet ist, einen Erbbauzins zu zahlen, fort.

81 Die Klägerin ist der Auffassung, der Erbbauzins sei bis zum dinglichen Vollzug des Heimfallanspruchs zu zahlen. Dem stehe die Annahme des Kaufangebots nicht entgegen, da diese rechtsmissbräuchlich gewesen sei.

82 Der Klägerin steht ab wirksamer Ausübung des Wiederkaufsrechts wieder ein Anspruch auf Zahlung des Erbbauzinses zu, weshalb die Widerklage insoweit abzuweisen war.

(...)

84 2. Die Parteien haben unter VII. B. 4. vereinbart, dass nach Annahme des Kaufangebots durch den Erbbauberechtigten dieser bis zur Besitzübergabe nach vollständiger Kaufpreiszahlung den Erbbauzins an die Stadt zu zahlen hat.

85 Daraus folgt im Umkehrschluss, dass nach einer Inbesitznahme aufgrund des Kaufvertrags kein Anspruch der Stadt auf Zahlung des Erbbauzinses mehr besteht.

86 Die Auslegung nach dem Wortlaut nebst dem Sinn und Zweck ergibt, dass ein Besitz im Sinn des VII. B. 4. Satz 1, der einen Erbbauzins nach Satz 2 ausschließt, nur vorliegt, wenn und solange der Kaufvertrag auch wirksam besteht. Entfällt der Kaufvertrag oder können aus ihm aus einem anderen Grund keine Besitzrechte mehr abgeleitet werden, beruht der Besitz des Beklagten wieder auf seinem Erbbaurecht, sodass VII. B. 4. Satz 2 dann nicht mehr eingreift und der vereinbarte Erbbauzins geschuldet ist.

87 Nach den vertraglichen Regelungen sind Heimfallrecht und Wiederkaufsrecht unterschiedliche Rechte. Zwar hat die Klägerin hier sowohl das Heimfallrecht als auch das Wiederkaufsrecht ausgeübt, allerdings ist weder die Geltendmachung des Heimfallrechts neben dem Wiederkaufsrecht noch die gleichlautende Beurteilung der Wirksamkeit der Ausübung der beiden Rechte zwingend, auch wenn im Falle des Wiederkaufs auch das Heimfallrecht ausgeübt werden kann. Die Klägerin kann sich darauf beschränken, den Eigentumserwerb zu verhindern und weiterhin ein Erbbaurecht gewähren. Die etwaige Fortdauer des Erbbaurechts trotz Ausübung des Wiederkaufsrechts ist auch für den Beklagten von Interesse, da ihm so das Nutzungsrecht als Erbbauberechtigter bleibt.

88 Bei einem anderen Verständnis der Regelung in VII. B. 4. müsste der Beklagte bei Fortdauer des Erbbaurechts nach

Kauf und Wiederkauf keinen Erbbauzins zahlen. Dies wäre nicht interessengerecht. Andererseits ist es auch nicht interessengerecht, die Klägerin auf die zusätzliche Ausübung des Heimfallrechts zu verweisen, um eine kostenlose Überlassung des Erbbaurechts zu vermeiden.

89 a) Die Parteien haben wirksam einen Kaufvertrag geschlossen und der Beklagte hat den Kaufpreis vollständig bezahlt.

(...)

101 b) Die Ausübung des Wiederkaufsrechts führt nicht zur Unwirksamkeit des Kaufs und der damit verbundenen Regelungen.

102 In welchem Umfang sich das Wirksamwerden eines Wiederkaufsvertrages auf den Kaufvertrag auswirkt, ergibt sich nicht aus dem Gesetz.

103 Aus der Entstehungsgeschichte des § 497 BGB a. F. (heute § 456 BGB) lässt sich nur entnehmen, dass die Regelungen über den Wiederkauf auf dem Gedanken beruhen, dass durch den Abschluss des Wiederkaufs der frühere Kauf für die Vergangenheit nicht außer Kraft tritt (Motive, Band 2, S. 342). Die Parteien können jedoch die Auswirkungen des Wiederkaufs auf den Kaufvertrag regeln. Haben sie dies nicht getan, lässt sich aus dem auf Eingehung eines neuen Vertragsverhältnisses gerichteten Willen nur schließen, dass die Rechtsbeziehungen mit Wirksamwerden des Wiederkaufs nach den Konditionen dieses Schuldverhältnisses zu beurteilen sind. Dagegen ist nicht anzunehmen, dass die Parteien den Kaufvertrag unabhängig vom Schicksal des Wiederkaufs für die Zukunft endgültig aufheben wollten. Denn Kauf und Wiederkauf ermöglichen durch ihre jeweils eigenständige gesetzliche Ausgestaltung ein Nebeneinander beider Rechtsverhältnisse unter Vorrang des Wiederkaufsrechts. Solange der Wiederkaufsvertrag Geltung beansprucht, steht einem Rückgriff auf den ursprünglichen Kaufvertrag der Einwand des Wiederkaufs entgegen (vgl. BGH, Urteil vom 14.01.2000, V ZR 386/98, juris Rdnr. 10).

104 Eine Aufhebung der Vereinbarung zum Kauf durch den Erbbauberechtigten haben die Parteien für den Fall des Wiederkaufs nicht getroffen. Die Auslegung der vertraglichen Regelungen der Parteien im Erbbaurechtsvertrag ergibt auch hier, dass sich das Rechtsverhältnis der Parteien vorrangig nach dem sich aus der Ausübung des Wiederkaufsrechts ergebenden Schuldverhältnis richtet und dass die mit dem Kauf geschaffenen Rechtswirkungen nicht rückwirkend aufgehoben werden sollen.

105 Es bleibt daher auch nach dem Wiederkauf jedenfalls für den Zeitraum bis zur wirksamen Ausübung des Wiederkaufsrechts beim Erlöschen der Pflicht zur Zahlung des Erbbauzinses.

106 c) Mit der wirksamen Ausübung des Wiederkaufsvertrages ist allerdings das Recht des Beklagten zum Besitz aufgrund des Kaufvertrags und der Kaufpreiszahlung entfallen und er besitzt das Grundstück wieder (nur noch) aufgrund des noch bestehenden, weil nicht gelöschten Erbbaurechts.



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

107 Ist es noch nicht zur Auflassung des Grundstücks und/oder der Eintragung im Grundbuch aufgrund der Annahme des Kaufangebots und Zahlung des Kaufpreises gekommen, wird die Erwerbserwartung des Käufers aus dem Kaufvertrag ab wirksamer Ausübung des Wiederkaufsrechts zerstört und die Nutzung erfolgt dann nicht mehr in der berechtigten Erwartung eines Eigentumserwerbs, sondern (wieder) nur noch auf Grundlage des Erbbaurechts, wobei die Parteien für den Fall der Nutzung des Grundstücks allein auf Grundlage des Erbbaurechts die Zahlung des Erbbauzinses vereinbart haben.

108 Dem steht nicht entgegen, dass die Klägerin den Kaufpreis noch nicht zurückbezahlt hat, denn der Beklagte hatte und hat es einerseits in der Hand, die Voraussetzungen für die Pflicht zur Zahlung des Wiederkaufpreises zu schaffen, und andererseits hatte er es in der Hand, die Ausübung des Wiederkaufsrechts durch Einhaltung seiner vertraglichen Pflichten zu verhindern. Maßgeblich ist letztlich, dass nach VII. B. 4. die Zahlung des Erbbauzinses davon abhängt, ob der Beklagte aufgrund des Kaufvertrags oder des Erbbaurechts Besitzer ist. Ab Ausübung des Wiederkaufsrechts konnte der Beklagte nicht mehr Eigentümer werden und besaß damit das Grundstück nicht mehr in der berechtigten Erwartung einer Eigentumsübertragung, sondern allein aufgrund des fortbestehenden Erbbaurechts mit der damit korrespondierenden Verpflichtung zur Zahlung des Erbbauzinses.

109 Die Klägerin hat wirksam das Wiederkaufsrecht ausgeübt.

110 aa) Die Parteien haben in Z. VII. B. 9. ein Recht zum Wiederkauf gemäß §§ 456 ff. BGB unter anderem für den Fall vereinbart, dass der Beklagte seiner vertraglich übernommenen Verpflichtung, bis zum 30.10.2018 den 1. Bauabschnitt abzuschließen, nicht nachkommt.

111 bb) Diese Vereinbarung ist wirksam.

112 aaa) Der gesetzliche Inhalt des Erbbaurechts ist im § 1 ErbbauRG festgelegt. Darüber hinaus kann durch Vereinbarung der Beteiligten der Inhalt des Erbbaurechts erweitert werden. Nach § 2 ErbbauRG gehören gewisse Vereinbarungen zum Inhalt des Erbbaurechts. Diese Vorschrift bedeutet, dass die dort angeführten Vereinbarungen nicht getroffen zu werden brauchen, dass sie aber, wenn sie getroffen werden, zum Inhalt des Erbbaurechts gehören und infolgedessen nicht nur schuldrechtliche Wirkungen zwischen den Beteiligten, sondern auch dingliche Wirkung für und gegen Dritte haben. Als Inhalt des Erbbaurechts können gemäß §§ 5, 27, 32 ErbbauRG auch noch weitere Vereinbarungen getroffen werden (vgl. BGH, NJW 1954, 1443, 1444 zur damals gültigen ErbbauRVO).

113 Diese Vereinbarung zum Wiederkauf ist ebenso wie das Kaufangebot Teil des Erbbaurechtsvertrags und nicht Teil eines rechtlich eigenständigen Verkaufsangebots.

114 Gemäß § 2 Nr. 7 ErbbauRG ist die Verpflichtung des Grundstückseigentümers, das Grundstück an den jeweiligen Erbbauberechtigten zu verkaufen, möglicher Inhalt des Erbbaurechts, denn hier heißt es:

„Zum Inhalt des Erbbaurechts gehören auch Vereinbarungen des Grundstückseigentümers und des Erbbauberechtigten über: (...)

7. eine Verpflichtung des Grundstückseigentümers, das Grundstück an den jeweiligen Erbbauberechtigten zu verkaufen.“

115 Nach dem Gesetzeswortlaut sind daher nicht nur die Verpflichtung des Grundstückseigentümers, das Grundstück an den jeweiligen Erbbauberechtigten zu verkaufen, vom Erbbaurecht umfasst, sondern auch die Vereinbarungen darüber.

116 Die Kaufberechtigung des Erbbauberechtigten im Sinne des § 2 Nr. 7 ErbbauRG kann durch Vertrag näher geregelt werden. Es muss deshalb für zulässig erachtet werden, dass die Vertragsteile die Verkaufsverpflichtung des Grundstückseigentümers zum Beispiel von einer Befristung oder Bedingung abhängig machen (vgl. BGH, NJW 1954, 1443, 1444 zur damals gültigen ErbbauRVO).

117 Hier ist die Verkaufsverpflichtung auflösend bedingt für den Fall der Ausübung des unter bestimmten Voraussetzungen der Klägerin eingeräumten Wiederkaufsrechts.

118 Entgegen der Auffassung des Beklagten steht dem nicht entgegen, dass das Erbbaurecht nur dingliche Wirkung während seines Bestehens entfaltet, denn weder der Wiederkauf noch eine etwaige Auflassung berühren den Bestand des Erbbaurechts.

119 bbb) Art. 4 GG und Art. 14 GG stehen dem Wiederkaufsrecht nicht entgegen. (...)

126 ccc) Der Beklagte ist der Auffassung, dass das Wiederkaufsrecht nichtig sei, weil der Anspruch mit der Bauverpflichtung des Beklagten verknüpft sei, die unwirksam sei.

127 Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 ErbbauRG gehören zum Inhalt des Erbbaurechts auch Vereinbarungen über die Errichtung des Bauwerks.

128 Dies kann auch eine Vereinbarung über eine Bauverpflichtung sowie über etwaige Sanktionen bei Nichterfüllung umfassen (vgl. MünchKomm-BGB/Heinemann, 8. Aufl. 2020, § 2 ErbbauRG Rdnr. 9).

129 Vor dem Hintergrund der Vertragsfreiheit bedarf es für die Wirksamkeit des Vertrages keines besonderen gerade zivilrechtlichen Interesses der Klägerin an der Bauverpflichtung, lediglich §§ 134, 138, 242 BGB ziehen Grenzen für die Motive und Interessen im Zusammenhang mit zivilrechtlichen vertraglichen Regelungen. Diese Vorschriften sind hier nicht betroffen. Die Klägerin hat dargelegt, dass der Zweck der vertraglichen Regelung war, ihren muslimischen Mitbürgern zeitnah einen Gebetsraum in einer Moschee zur Verfügung zu stellen.

130 Entgegen der Auffassung des Beklagten ist die Bauverpflichtung hinreichend bestimmt, indem auf den Bauantrag vom 13.12.2011 Bezug genommen wurde. Soweit sich durch die Baugenehmigung (nach Durchführung des Abstimmungsverfahrens) Änderungen zum Bauantrag ergeben, konkretisiert dies die Bauverpflichtung, da die Auslegung

des Vertrags ergibt, dass kein rechtswidriges Verhalten verlangt werden soll.

131 Auch eine Verletzung der Grundrechte des Beklagten geht mit der Baupflicht nicht einher.

132 Der Beklagte sollte auf der Grundlage des Vertrags ein Grundstück erhalten, auf das er keinen Anspruch hatte, mit dem gemeinsamen Ziel, dass darauf eine Moschee errichtet werden soll. Auch die Bauverpflichtung stellt sich damit lediglich als Bestandteil der Erweiterung des Rechtsrahmens des Beklagten dar. Dem Beklagten stand es frei, auf den möglichen Moscheeneubau auf diesem Grundstück zu verzichten und den Vertrag nicht abzuschließen.

133 Auch der Umstand, dass bei Einhaltung der Bauvorschriften ein Anspruch auf Erteilung der Baugenehmigung besteht, steht der Baupflicht nicht gemäß § 11 Abs. 2 Satz 2 BauGB entgegen, denn die Erteilung der Baugenehmigung ist im Vertrag nicht als vertragliche Pflicht vereinbart, vielmehr gibt es zum „Ob“ der Erteilung der Baugenehmigung keine Regelungen, sondern nur dazu, dass für beide Bauabschnitte gemeinsam die Baugenehmigung erteilt werden „soll“, auch wenn der zweite Bauabschnitt möglicherweise nicht innerhalb der dreijährigen Gültigkeit ausgeführt werden wird.

134 Die erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung in zweiter Instanz erfolgten Rechtsausführungen des Beklagten führen damit nicht zu einer abweichenden Beurteilung der Rechtslage. Damit liegen die Voraussetzungen für die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nicht vor.

135 ddd) Das Wiederkaufsrecht ist nicht gemäß § 1 Abs. 4 ErbbauRG unwirksam.

136 Gemäß § 1 Abs. 4 ErbbauRG kann sich der Grundstückseigentümer nicht auf eine Vereinbarung berufen, durch die sich der Erbbauberechtigte verpflichtet, beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen das Erbbaurecht aufzugeben und seine Löschung im Grundbuch zu bewilligen.

137 Die Parteien haben in VII. B. 9. geregelt, dass im Fall der Ausübung des Wiederkaufsrechts alle Lasten zu beseitigen sind, die von heute an auf dem Vertragsgegenstand eingetragen werden.

138 Das Erbbaurecht wird erst nach und aufgrund des Vertragsabschlusses eingetragen.

139 Eine Löschung des Erbbaurechts kann die Klägerin jedoch gemäß § 1 Abs. 4 ErbbauRG nicht verlangen.

140 Vor dem Hintergrund, dass eine vertragliche Regelung im Zweifel so auszulegen ist, dass eine wirksame und gesetzeskonforme Regelung vorliegt, ist die Regelung dahin auszulegen, dass zu den zu beseitigenden Lasten nicht das Erbbaurecht gehört.

141 Wie bereits ausgeführt, sind das Erbbaurecht und der kaufrechtliche Teil des Erbbaurechtsvertrags keine zwei verschiedenen Verträge, sondern der Wiederkauf ist Teil der Verpflichtung des Grundstückseigentümers, das Grundstück an den Beklagten zu verkaufen und damit gemäß § 2 Nr. 7 ErbbauRG Teil des Erbbaurechts. Auch wenn der Wort-

laut der vertraglichen Regelung auf den Zeitpunkt der Eintragung der Last abstellt, ist vom Sinn und Zweck des Vertrags, der auch schon die Belastung mit einem Erbbaurecht regelt, eine Auslegung möglich, dass im Hinblick auf das gleichzeitig vereinbarte Erbbaurecht dieses von der Beseitigungspflicht im Hinblick auf alle Lasten ab „heute“ nicht umfasst ist, sondern alle nach diesem Vertrag entstehenden Lasten gemeint sind. Dafür spricht auch, dass der Vertrag zwischen Wiederkaufsrecht und Heimfallrecht unterscheidet und mit der Ausübung des Wiederkaufsrechts nicht zwingend auch vom Heimfallrecht Gebrauch gemacht werden muss, sodass nach der Ausübung eines Wiederkaufsrechts das Erbbaurecht erhalten bleiben kann.

142 Selbst wenn man dieser Auslegung nicht folgt, wäre nicht der Erbbaurechtsvertrag insgesamt und auch nicht die Regelungen zum Kaufangebot oder zum Wiederkaufsrecht unwirksam, sondern lediglich die etwaige Verpflichtung zur Aufhebung des Erbbaurechts. § 139 BGB ist unanwendbar (vgl. Grüneberg/Wicke, 81. Aufl., § 1 ErbbauRG Rdnr. 14) und selbst bei Anwendbarkeit des § 139 BGB würde dies nicht zur Gesamtnichtigkeit führen, weil anzunehmen ist, dass das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden wäre, denn die Klägerin ist durch das ihr zustehende Heimfallrecht ausreichend geschützt. Die Parteien hätten auch ohne die Verpflichtung zur Beseitigung des Erbbaurechts das Wiederkaufsrecht vereinbart.

143 eee) Abweichend von den Regelungen zum Heimfallrecht ist hier das Gebot zur angemessenen Vertragsgestaltung nicht verletzt.

144 Dem erforderlichen angemessenen Ausgleich für die vom Beklagten übernommene Bauverpflichtung haben die Parteien dadurch Rechnung getragen, dass der Wiederkaufspreis gemäß VII. B. 9. des Erbbaurechtsvertrags aus dem vereinbarten Kaufpreis zuzüglich des Werts der Verwendungen auf den Vertragsgegenstand besteht, soweit sie zur Zeit des Wiederkaufs einen Verkaufswert haben. Damit haben die Parteien einen wirtschaftlich angemessenen Ausgleich für die Verwendungen des Beklagten getroffen und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt. Eine unzumutbare Belastung liegt für den Beklagten nicht vor. Dies gilt auch dann, wenn die Klägerin nicht die konkreten Aufwendungen des Beklagten zu erstatten hat, sondern den um diese Aufwendungen erhöhten Verkehrswert des Grundstücks.

145 cc) Die Voraussetzungen zur Ausübung des Wiederkaufsrechts liegen vor.

146 Das Recht der Klägerin, einen Wiederkauf zu verlangen, räumt VII. B. 9. in Verbindung mit Ziffer II. 2. (3) des Erbbaurechtsvertrags ein, wenn der 1. Bauabschnitt mit dem gesamten Untergeschoss, Gebetshaus, Stellplätzen und Außenanlagen nicht mit Ablauf des 31.10.2018 fertiggestellt sein sollte. Unstreitig war zu diesem Zeitpunkt der 1. Bauabschnitt bei weitem nicht vollständig fertiggestellt. Selbst bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in 2. Instanz war der 1. Bauabschnitt nicht fertiggestellt.

(...)

152 dd) Die Ausübung des Wiederkaufsrechts war auch verhältnismäßig.

153 Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bestimmt auch ohne gesetzliche Regelung das gesamte Handeln der öffentlichen Verwaltung, und zwar auch dann, wenn sie für ihre Aufgaben die Gestaltungsform des Privatrechts wählt (vgl. BGH, Urteil vom 16.04.2010, V ZR 175/09, juris Rdnr. 18).

154 Die Klägerin musste danach im Wege einer Ermessensentscheidung prüfen, ob die Ausübung des Wiederkaufsrechts im Interesse der Sicherung des mit dem Kaufangebot verfolgten Zwecks geboten ist oder eine vermeidbare Härte darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2015, V ZR 144/14, juris Rdnr. 36, BGHZ 206, 120-136).

155 aaa) Erforderlich ist zunächst die Eignung der Rechtsausübung zur Verfolgung eines legitimen Zwecks.

156 Da Art. 4 GG keinem Gesetzesvorbehalt unterliegt, findet die Religionsfreiheit nur im Verfassungsrecht, mit dessen Verwirklichung der Freiheitsgebrauch im Einzelfall kollidiert, ihre Schranken, es ist ein schonender Ausgleich der Verfassungsgüter im Wege praktischer Konkordanz zu finden (BVerfG, Beschluss vom 19.10.1971, 1 BvR 387/65, juris Rdnr. 26, BVerfGE 32, 98-111).

157 Allerdings liegt in der Erweiterung des Rechtsrahmens des Beklagten unter den vereinbarten Bedingungen, hier insbesondere des Heimfall- und Wiederkaufsrechts, schon kein Eingriff in die Grundrechte des Beklagten vor, sodass die Verhältnismäßigkeit nicht nur in Bezug auf Rechtsgüter von Verfassungsrang zu messen ist.

158 Die Klägerin bringt vor, dass sie eine Bauruine habe vermeiden und ihren muslimischen Bürgern die Ausübung ihres Glaubens in einer Moschee habe ermöglichen wollen und dass diese Absicht weiterhin bestehe.

159 Dass die Klägerin die Moschee nach Rückgabe des Grundstücks kaum selbst fertigstellen und den Gläubigen zur Verfügung stellen wird, steht der Eignung der Ausübung des Wiederkaufsrechts nicht entgegen, denn sie kann das Grundstück hierfür einer anderen geeigneten natürlichen oder juristischen Person zur Verfügung stellen, die die Gewähr bietet, dass das Vorhaben zeitnah fertig gestellt wird, nachdem es dem Beklagten weder innerhalb der anvisierten vier Jahre noch innerhalb der inzwischen vergangenen über siebeneinhalb Jahre gelungen ist, den ersten Bauabschnitt fertigzustellen.

160 bbb) Nachdem es dem Beklagten noch immer nicht gelungen ist, die Moschee fertig zu stellen, war die Ausübung des Wiederkaufsrechts auch erforderlich.

161 Trotz mehrfacher Mahnungen und Erinnerungen der Klägerin hat der Beklagte seine Verpflichtung zur rechtzeitigen Herstellung des Bauabschnitts 1 schuldhaft verletzt. Auch aus dem Vortrag der Klägerin wird das öffentliche Interesse deutlich, der Bevölkerung zeitnah einen Gebetsraum in einer Moschee zur Verfügung zu stellen. Andererseits war nicht absehbar, ob die Moschee in der vom Privatgutachter veranschlagten kürzest möglichen Zeit errichtet werden würde; vielmehr war zu befürchten, dass sich die

Zeitverzögerungen fortsetzen und das Gebäude noch lange nicht fertiggestellt sein würde. Tatsächlich war die Moschee bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Senat unstrittig nicht fertiggestellt und nutzbar. Die Klägerin hat sich darauf berufen, dass die Klägerin mit dem Erbbaurecht und dem Kaufangebot sowie der Maßgabe der Errichtung einer Moschee innerhalb einer bestimmten Zeit ihrem städtebaulichen, sozialen und kulturellen Gemeinschaftsauftrag gerecht werden wollte. Dazu habe sie die Gewissheit haben müssen, dass diese Ziele durch den Beklagten auch verwirklicht werden. Verwirklichte der Vertragspartner diese nicht und verstoße er nachhaltig gegen den Vertrag, sei es erneut Aufgabe der Kommune, diesen gegen kommunale städtebauliche, soziale und kulturelle Ziele verstoßenden Zustand zu beenden. Damit beruft sich die Klägerin in berechtigter Weise auf einen Vertrauensverlust gegenüber dem Beklagten im Hinblick auf die zeitnahe Verwirklichung der von der Klägerin gewünschten Moschee. Dieser Vertrauensverlust und das öffentliche Interesse an der zeitnahen Errichtung einer Moschee rechtfertigen es, vom Wiederkaufsrecht Gebrauch zu machen und nach Rückgabe auch des Erbbaurechts ggf. die Moschee durch einen Dritten oder durch die Klägerin selbst fertig zu stellen.

162 ccc) Darüber hinaus war die Ausübung auch im engeren Sinne verhältnismäßig.

163 Eine unzumutbare Härte ergibt sich nicht, denn dem Beklagten steht eine Entschädigung für seine Verwendungen auf das Grundstück zu.

164 Durch eine Entschädigung, die die Erhöhung des Grundstückswerts durch die Aufwendungen des Beklagten und eine etwaige Bodenwertsteigerung angemessen berücksichtigt, wird der Beklagte in die Lage gesetzt, an anderer Stelle eine Gebetsmöglichkeit für seine Mitglieder zu schaffen, auch wenn die Erhöhung des Grundstückswerts durch die Aufwendungen nicht der Höhe der Aufwendungen selbst entsprechen sollte. Insoweit stellt das Abstellen auf die Erhöhung des Grundstückswerts durch die Aufwendungen und nicht auf den Wert der Aufwendungen selbst einen angemessenen Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien dar.

165 Eine möglicherweise mit der Ausübung des Heimfall- und Wiederkaufsrechts eintretende Verzögerung der Inbetriebnahme der Moschee beruht auf der vom Beklagten zu verantwortenden Verzögerung der Fertigstellung des streitgegenständlichen Bauwerks. Dies ist nicht der Klägerin anzulasten.

166 C) Die Berufung des Beklagten ist unbegründet.

167 I. Der Beklagte wendet sich gegen die Verurteilung zur Rückübertragung des Erbbaurechts.

168 1. Das LG hat die Pflicht zur Übertragung zwar aus dem Heimfallrecht verneint, da die Klägerin aufgrund der Auslegung des Vertrages, jedenfalls aber gemäß § 242 BGB das Recht nach Annahme des Kaufangebots nicht mehr geltend machen könne. Allerdings folge der Anspruch aus der Geltendmachung des Wiederkaufsrechts.

169 2. Tatsächlich folgt der Anspruch jedoch aus der Ausübung des vertraglich vereinbarten Heimfallrechts.

170 Das LG hat dabei verkannt, dass die Annahme des Kaufangebots das Erbbaurecht unberührt lässt und dass das Erbbaurecht erst mit der Eintragung des Beklagten als Eigentümer im Grundbuch auf ihn als Eigentümererbbaurecht übergeht.

171 Im Ausgangspunkt fallen Erbbaurecht und Eigentum planmäßig auseinander, sie können als dingliche Rechte unterschiedlich und getrennt voneinander behandelt werden, so gesondert belastet und übertragen werden, vgl. §§ 1, 11, 14 f. ErbbauRG. Ein schuldrechtlicher Anspruch auf Eigentumsübertragung umfasst daher grundsätzlich nicht einen Anspruch auf Übertragung des Erbbaurechts.

172 Hierbei handelt es sich um Fragen der Rechtsanwendung, die entgegen der Auffassung des Beklagten unabhängig von der Zulässigkeit der Berufung der Klägerin und unabhängig von der Berufungsbegründung des Beklagten vom Senat zu prüfen sind.

173 Zudem liegt im Erbbaurecht keine nur formale Rechtsposition vor, die treuwidrig ausgenutzt wurde, wenn der Klägerin aufgrund des Wiederkaufs das Eigentum verblieben ist.

174 a) Das Heimfallrecht, also die Verpflichtung des Erbbauberechtigten, das Erbbaurecht beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen auf den Grundstückseigentümer zu übertragen, kann gemäß § 2 Nr. 4 ErbbauRG zum Inhalt des Erbbaurechts gemacht werden.

175 Die wirksame Ausübung eines Heimfallrechts begründet nach § 2 Nr. 4 ErbbauRG einen Anspruch des Grundstückseigentümers gegen den Erbbauberechtigten auf Übertragung des Erbbaurechts gemäß § 11 Abs. 2 ErbbauRG, § 873 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2015, V ZR 144/14, juris Rdnr. 9, BGHZ 206, 120-136).

176 b) Der Beklagte sieht sich durch die Ausübung des Heimfallrechts in seinen Grundrechten verletzt.

177 Art. 4 GG steht dem Heimfallrecht und dessen Ausübung nicht entgegen, denn Art. 4 GG gewährt keinen Anspruch auf Zurverfügungstellung eines Grundstücks. (...)

178 c) Der Beklagte ist der Auffassung, dass das Heimfallrecht nichtig sei, weil der Anspruch mit der Bauverpflichtung des Beklagten verknüpft sei, die unwirksam sei.

179 Die Bauverpflichtung ist wirksam vereinbart auf der Grundlage von § 2 Abs. 1 Nr. 1 ErbbauRG. Sie verstößt weder gegen §§ 134, 138, 242 BGB noch gegen Grundrechte.

180 Sie ist hinreichend bestimmt und nicht mit einer vertraglichen Verpflichtung der Klägerin auf Erteilung einer Baugenehmigung verknüpft.

181 Im Hinblick auf die nähere Begründung wird auf die Ausführungen zum Wiederkaufsrecht verwiesen.

182 d) Bedenken gegen die Wirksamkeit des Heimfallrechts bestehen vor dem Hintergrund, dass für die Rückübertragung des Grundstücks im Fall des Wiederkaufs die Parteien

unter VII. B. 9. eine Verpflichtung zur Zahlung von Verwendungsersatz vereinbart haben, der insbesondere die im Zusammenhang mit der Gebäudeerrichtung verbundene Wertsteigerung des Grundstücks umfasst, während im Falle der Rückübertragung des Erbbaurechts nach Ausübung des Heimfallanspruchs eine Vergütung nach II. 7. (2) 1. selbst für eine etwaige Wertsteigerung durch die Errichtung des Gebäudes im Grundsatz ausgeschlossen ist und nur im Falle einer möglichen Enteignung des Erbbaurechts nach dem Enteignungsgesetz erfolgen soll, wobei nach II. 7. (3) sogar die Beseitigung des Bauwerks verlangt werden kann.

183 Im Ergebnis ist nicht das Heimfallrecht als solches, sondern nur der Ausschluss der Vergütungspflicht unwirksam.

184 aa) Gemäß § 32 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG schuldet zwar grundsätzlich der Grundstückseigentümer im Fall eines Heimfallanspruchs eine angemessene Vergütung für das Erbbaurecht. Gemäß § 32 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG kann jedoch diese Vergütung auch vertraglich ausgeschlossen werden.

185 bb) Der Erbbaurechtsvertrag verstößt im Hinblick auf den Ausschluss der Vergütung gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung (§ 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB).

186 Die Bestimmungen des Erbbaurechtsvertrags sind an diesem Gebot zu messen. Das Gebot gilt für alle Verträge über Erbbaurechte, die von öffentlichen Körperschaften in Verfolgung eines öffentlichen Zwecks zur Ausgabe an Private bestellt werden (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2015, V ZR 144/14, juris Rdnr. 16, BGHZ 206, 120-136).

187 Der hier zu beurteilende Kaufvertrag über das Erbbaurecht ist ein städtebaulicher Vertrag im Sinne des § 11 Abs. 1 BauGB, auf den § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB unmittelbar anzuwenden ist. Selbst wenn § 11 BauGB nicht einschlägig wäre, würde nichts anderes gelten, da das Gebot zur angemessenen Vertragsgestaltung auf dem allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beruht und daher auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung für das gesamte Handeln der öffentlichen Körperschaften im Rechtsverkehr mit Privaten bestimmend ist (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2015, V ZR 144/14, juris Rdnr. 17, BGHZ 206, 120-136).

188 Das Gebot angemessener Vertragsgestaltung verlangt, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung des Gesamtvorgangs die Gegenleistung nicht außer Verhältnis zu der Bedeutung und dem Wert der von der Behörde erbrachten oder zu erbringenden Leistung steht und dass die vertragliche Übernahme von Pflichten auch ansonsten zu keiner unzumutbaren Belastung für den Vertragspartner der Behörde führt (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2015, V ZR 144/14, juris Rdnr. 19, BGHZ 206, 120-136).

189 cc) Hier sollte das Grundstück bestimmungsgemäß mit einem Kulturhaus und einer Moschee einschließlich Nebenräumen und Stellplätzen vom Beklagten bebaut werden. Diese Bauerwartung kommt in der Bauverpflichtung in Z. II 2. (3) des Erbbaurechtsvertrags deutlich zum Ausdruck. Beide Parteien gingen damit davon aus, dass innerhalb von



vier Jahren nach Vertragsschluss erhebliche werterhöhende Aufwendungen des Beklagten für das Grundstück erbracht werden. Mit dem Umstand, dass solche werterhöhenden Aufwendungen der Klägerin zugutekommen, musste insbesondere gerechnet werden, wenn innerhalb der vier Jahre das Bauvorhaben begonnen, aber nicht innerhalb der Frist vollständig fertiggestellt werden kann und die Klägerin dann das Heimfallrecht ausübt. Es ist unangemessen, in diesem Zusammenhang zu vereinbaren, dass bei einem Heimfall die Werterhöhung entschädigungslos der Klägerin zugutekommt. Eine solche Vereinbarung verstößt gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung.

190 Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass im Falle des Heimfallrechts ohne eine Vergütung dem Beklagten für die hier erheblichen Investitionen in die Errichtung des Moscheegebäudes auch die finanziellen Mittel fehlen könnten, um unter Berücksichtigung etwaiger Darlehensverbindlichkeiten seinen mit dem streitgegenständlichen Vertrag verfolgten Zweck in anderen Räumlichkeiten erfüllen zu können.

191 Durch die weiteren Vertragsbestimmungen ist die Klägerin hinreichend davor geschützt, eine Entschädigung für werterhöhende Aufwendungen zahlen zu müssen, mit denen sie als Eigentümerin nichts anfangen kann. Insoweit wurde der Klägerin in Z. II. 7. (3) Abs. 2 das Recht eingeräumt, vom Beklagten die Beseitigung des Bauwerks auf eigene Kosten zu verlangen. Auch dieses Verlangen steht unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit. Dies ist ggf. im Einzelfall zu prüfen.

192 dd) Die daraus folgende Unwirksamkeit der Regelung zum Ausschluss einer Vergütung für das Erbbaurecht gemäß Z. II. 7. (2) Nr. 1 des Erbbaurechtsvertrags führt nicht zur Unwirksamkeit des gesamten Vertrags. Soweit der Vertrag nur teilweise unangemessen ist, ist er auch nur insoweit unwirksam (vgl. BGH, Urteil vom 16.04.2010, V ZR 175/09, juris Rdnr. 9 und 25).

193 Dafür, dass die Parteien den Vertrag bei Kenntnis der Unwirksamkeit dieser Klausel nicht oder dann ohne das Heimfallrecht abgeschlossen hätten, gibt es keine Anhaltspunkte.

194 An die Stelle einer unwirksamen Regelung treten die gesetzlichen Vorschriften.

195 Die durch die Unwirksamkeit dieser Vereinbarung entstandene Lücke des Vertrags wird hier durch § 32 Abs. 1 Nr. 1 ErbbauRG geschlossen. Danach hat die Klägerin dem Beklagten eine angemessene Vergütung für das Erbbaurecht zu gewähren. Zur Höhe ist ergänzend auf die Regelung der Parteien im gleichen Erbbaurechtsvertrag unter Z. VII. B. 9. b) zurückzugreifen, der beschreibt, wie die angemessene Vergütung für die Verwendungen auf den Vertragsgegenstand nach dem Willen der Parteien im Fall des Wiederkaufs zu ermitteln ist.

196 e) Die Voraussetzungen zur Ausübung des Heimfallrechts lagen vor.

197 Das Recht der Klägerin, einen Heimfallanspruch geltend zu machen, räumt Z. II. 7. (1) 1. a) in Verbindung mit 2. (3)

ein, wenn der 1. Bauabschnitt mit dem gesamten Untergeschoss, Gebetshaus, Stellplätzen und Außenanlagen nicht mit Ablauf des 31.10.2018 fertiggestellt sein sollte.

198 aa) Unstreitig war zu diesem Zeitpunkt der 1. Bauabschnitt bei weitem nicht vollständig fertiggestellt. Auch bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung in 2. Instanz war der 1. Bauabschnitt nicht fertiggestellt.

199 Auf eine etwaig gemäß II. 2. (5) zu gewährende Nachfrist kommt es nicht an, denn der Beklagte hat lediglich eine Nachfrist von sechs Monaten geltend gemacht, die ebenfalls abgelaufen ist.

200 Das LG hat festgestellt, dass die fehlende Fertigstellung des Baus bis zum 31.10.2018 auf einem Verschulden des Beklagten beruht, der insbesondere für die Auswahl der Bauleiter und Architekten verantwortlich ist. An diese Feststellung ist der Senat gemäß § 529 ZPO gebunden, weil die Berufungsbegründung des Beklagten hieran keine Zweifel weckt. Tatsächlich muss der Beklagte sich das eigene Auswahlverschulden bei den Bauleitern und Planern gemäß § 278 BGB im Verhältnis zur Klägerin zurechnen lassen.

201 Dies gilt auch dann, wenn die Fristeinholung nur eine Obliegenheit darstellt, denn § 278 BGB greift auch dann ein; der Begriff der Verbindlichkeit ist aufgrund des Normzwecks weit auszulegen (vgl. hierzu auch § 254 Abs. 2 Satz 2, § 346 Abs. 3 Nr. 2 BGB, § 377 HGB, die die Anwendung für Obliegenheiten jeweils ausdrücklich regeln, MünchKomm-BGB/Grundmann, § 278 Rdnr. 24).

(...)

205 bb) Dass die Klägerin den Heimfallanspruch bereits vor Fristablauf mit Schreiben vom 06.09.2018 geltend gemacht hat, steht der Wirksamkeit nicht entgegen.

206 Nach § 323 Abs. 4 BGB kann ein Gläubiger bereits vor Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden.

207 Diese Vorschrift ist hier entsprechend anwendbar, weil die Folgen des Heimfallanspruchs einem Rücktritt nahekommen.

208 Die Klägerin hat zum 30.08.2018 ein Gutachten des Privatgutachters S eingeholt, wonach festgestellt wurde, dass die Baumaßnahme auch bei zusätzlichen Beschleunigungsmaßnahmen sicher nicht zum 31.10.2018 fertiggestellt sein werde.

209 Dagegen erhebt der Beklagte keine durchgreifenden Einwendungen.

210 Diesen Ausführungen steht auch eine etwaig zu gewährende Nachfrist nicht entgegen.

211 Nachdem der Beklagte noch mit Schreiben vom 21.07.2018 eine vertragsgemäße Fertigstellung bis zum 31.10.2018 in Aussicht gestellt hat und mit einem neuen Bauzeitenplan eine Fertigstellung vor Weihnachten 2018 angekündigt wurde, ergab sich daraus eine begehrte Nachfrist von zwei Monaten. Der Privatgutachter S hat aber mit seinem Gutachten vom 30.08.2018 überzeugend festge-

stellt, dass das Bauvorhaben frühestens Ende April 2019 fertiggestellt sein würde. Dieses Privatgutachten hat der Beklagte nicht angegriffen. Damit steht fest, dass auch innerhalb einer angemessenen Nachfrist von zwei bis drei Monaten der Beklagte den 1. Bauabschnitt nicht hätte fertigstellen können.

212 f) Die Ausübung des Heimfallanspruchs war auch verhältnismäßig.

213 Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bestimmt auch ohne gesetzliche Regelung das gesamte Handeln der öffentlichen Verwaltung, und zwar auch dann, wenn sie für ihre Aufgaben die Gestaltungsform des Privatrechts wählt (vgl. BGH, Urteil vom 16.04.2010, V ZR 175/09, juris Rdnr. 18).

214 Die Klägerin musste danach im Wege einer Ermessensentscheidung prüfen, ob die Durchsetzung des Heimfallanspruchs im Interesse der Sicherung des mit der Ausgabe des Erbbaurechts verfolgten Zwecks geboten ist oder eine vermeidbare Härte darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2015, V ZR 144/14, juris Rdnr. 36, BGHZ 206, 120-136).

215 Aufgrund der unterbliebenen Fertigstellung des 1. Bauabschnitts und dem Vertrauensverlust der Klägerin in die zeitnahe Fertigstellung der Moschee, um der muslimischen Bevölkerung zeitnah einen Gebetsraum zur Verfügung zu stellen, war der Wiederkauf geeignet und erforderlich.

216 Insoweit wird entsprechend auf die Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit der Ausübung des Wiederkaufsrechts Bezug genommen.

217 Ohne die Geldendmachung auch des Heimfallrechts hat die Klägerin keine Möglichkeit, die Fertigstellung der Moschee anderweitig zu veranlassen.

218 Darüber hinaus war die Ausübung auch im engeren Sinne verhältnismäßig.

219 Die Ausübung des Heimfallrechts darf nicht zu einer dem Gebot angemessener Vertragsgestaltung widersprechenden Abschöpfung zwischenzeitlich eingetretener Bodenwertsteigerungen führen (vgl. BGH, Urteil vom 26.06.2015, V ZR 144/14, juris Rdnr. 25, BGHZ 206, 120-136). Das ist auf der Grundlage der Unwirksamkeit von Z. II. 7. (2) 1. und dem dann eingreifenden § 32 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG, der einen Entschädigungsanspruch gewährt, nicht der Fall.

220 Durch eine Entschädigung, die die Erhöhung des Grundstückswerts durch die Aufwendungen des Beklagten angemessen berücksichtigt, wird der Beklagte in die Lage gesetzt, an anderer Stelle eine Gebetsmöglichkeit für seine Mitglieder zu schaffen, auch wenn die Erhöhung des Grundstückswerts durch die Aufwendungen nicht der Höhe der Aufwendungen selbst entsprechen sollte. Insoweit stellt das Abstellen auf die Erhöhung des Grundstückswerts durch die Aufwendungen und nicht auf den Wert der Aufwendungen selbst einen angemessenen Interessenausgleich zwischen den Vertragsparteien dar. Eine möglicherweise mit der Ausübung des Heimfallrechts eintretende Verzögerung der Inbetriebnahme der Moschee beruht auf der vom Beklagten zu verantwortenden Verzögerung der

Fertigstellung des streitgegenständlichen Bauwerks. Dies ist nicht der Klägerin anzulasten.

(...)

222 g) Auch die Annahme des Kaufangebots durch den Beklagten steht der Ausübung des Heimfallrechts nicht entgegen, nachdem die Klägerin ihr Wiederkaufsrecht ausgeübt hat. Die Klägerin verlangt mit dem Heimfallrecht keine Rechtsposition, die sie unmittelbar danach mit der Auflassung des Grundstücks an den Beklagten wieder an diesen verlieren würde, denn der Wiederkauf geht dem Kauf vor, dem Beklagten steht kein Auflassungsanspruch zu. Insofern wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

223 II. Der Beklagte wendet sich ohne Erfolg gegen die Verurteilung zur Zahlung von 110.425 €.

224 1. Die Klägerin begehrt diesen Betrag als vereinbarten Erbbauzins.

225 Das LG hat den Betrag aus § 280 Abs. 1, § 286 BGB als Schadens-/Nutzungersatz wegen Verzugs mit der Herausgabepflicht zuerkannt, der Beklagte habe den angebotenen Wiederkaufpreis nicht angenommen.

226 2. Der Anspruch auf Zahlung des Erbbauzinses ist nur für den Zeitraum zwischen der wirksamen Annahme des Kaufangebots bis zur wirksamen Ausübung des Wiederkaufsrechts entfallen.

227 Der hier geltend gemachte Erbbauzins betrifft den Zeitraum ab 2019, also den Zeitraum nach wirksamer Ausübung des Wiederkaufsrechts.

228 Der Erbbauzins steht der Klägerin daher in der geltend gemachten Höhe zu.

229 III. Der Beklagte verfolgt mit seiner Berufung seine Widerklage im Hinblick auf die Verurteilung zur Auflassung und Bewilligung der Eintragung im Grundbuch weiter.

230 Zwar ist zwischen den Parteien wirksam ein Grundstückskaufvertrag zustande gekommen. Aufgrund des wirksamen Wiederkaufsvertrags kann der Beklagte aus dem ursprünglich Kaufvertrag aber keine Rechte mehr herleiten.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Jürgen Schlögel**, Bad Aibling

1. Sachverhalt

Das vorliegende Urteil weist zunächst einen verwirrenden Sachverhalt auf, hinsichtlich dessen es sich anbietet, zum besseren Verständnis Sachverhalt und Chronologie vereinfacht darzustellen.

Eine Kommune als Grundstückseigentümer schloss mit einem Verein einen Erbbaurechtsvertrag ab. Vereinbarter Verwendungszweck war in einem ersten Bauabschnitt die Errichtung eines Kulturhauses und einer Moschee und in einem zweiten Bauabschnitt die Errichtung eines Schülerwohnheims, eines Bistros, eines Friseurs und eines Ladens mit Halal-Produkten. Der Verein übernahm für den

ersten Bauabschnitt eine Bauverpflichtung innerhalb von vier Jahren ab 01.11.2014.

Im Falle des Verstoßes gegen die fristgerechte Bauverpflichtung wurde ein Heimfallrecht vereinbart. Parallel dazu wurde dem Verein für das Erbbaurechtsgrundstück ein befristetes Ankaufsrecht zu einem Festpreis gewährt, welches wiederum mit einem Wiederkaufsrecht für den Fall der Nichterfüllung der o. g. Bauverpflichtung ergänzt wurde.

Während für den Heimfall eine Entschädigungspflicht vertraglich ausgeschlossen wurde, darüber hinaus sogar eine Beseitigungspflicht des Erbbauberechtigten für die vorhandenen Gebäude vereinbart wurde, sah das Wiederkaufsrecht einen Verwendungsersatzanspruch für solche Verwendungen mit Verkaufswert vor, welcher ggf. gutachterlich festgestellt werden sollte. Dem Wiederverkäufer wurde ein Wegnahmerecht für nicht zu entschädigende Gebäudeteile und Einrichtungen eingeräumt.

Chronologisch stellt sich der Sachverhalt dann wie folgt dar:

- 26.11.2014: Vertragsschluss.
- 02.07.2018: Der Verein erklärt, die Fertigstellungsfrist nicht einhalten zu können.
- 24.07.2018: Der Gemeinderat stimmt der Geltendmachung des Heimfalls zu.
- 08.08.2018: Annahme des Angebots zum Grundstückskauf durch den Verein und anschließende Kaufpreiszahlung.
- 06.09.2018: Erklärung der Ausübung des Heimfalls durch die Gemeinde.
- 18.12.2018: Ausübung des Wiederkaufsrechts durch die Gemeinde und (nochmalige) Erklärung des Heimfalls.

Die Bauverpflichtung wurde bis dato nicht erfüllt. Über die Motivation für den Verein zur Annahme des Kaufangebots in einer Phase, in der die Erfüllung der Bauverpflichtung offensichtlich nicht mehr möglich war, lässt sich nur spekulieren: Vermutlich wollte man in Ansehung der unterschiedlichen Entschädigungsregeln bei Heimfall und Wiederkauf zumindest den Wertersatz dadurch „retten“, dass durch die Erlangung der Eigentümerstellung der (entschädigungslose) Heimfallanspruch vereitelt wird. Vielleicht dachte man sogar über eine anschließende Aufhebung des Erbbaurechts, dessen Bestandteil das Wiederkaufsrecht war, die Wiederkaufsregelung insgesamt beseitigen zu können.

2. Heimfallrecht

Richtigerweise bejaht das OLG, dass das Heimfallrecht auch nach Ausübung der Annahme des Kaufangebotes über das Grundstück noch der Kommune als Eigentümer zusteht. Zwar ist nach erfolgter Kaufpreiszahlung aufgrund der vertraglichen Regelungen von einer Besitz-

übergabe auszugehen,¹ sodass zum Beispiel ab diesem Zeitpunkt kein Erbbauzins mehr geschuldet wurde.²

Das Heimfallrecht selbst jedoch ist gemäß § 3 1. Hs. ErbbauRG untrennbar mit dem Eigentum verbunden. Die Untrennbarkeit hat zur Folge, dass der Anspruch als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks gilt und dessen rechtliches Schicksal teilt (§§ 93, 96 BGB). Dieser Anspruch kann daher für sich allein nicht übertragen, verpfändet (§ 1274 Abs. 2 BGB) oder gepfändet (§ 851 Abs. 1 ZPO) werden.³ Dementsprechend ist die rechtliche Befugnis hierzu erst mit Eigentumswechsel auf den Erwerber übergegangen. Die Erklärung des Heimfalls hat das OLG zu Recht auch nicht als rechtsmissbräuchlich im Hinblick auf die zwischenzeitlich erfolgte Kaufvertragsannahme gewertet,⁴ da jedenfalls mit Ausübung des Wiederkaufsrechts kein Vertrauenstatbestand des Erbbauberechtigten auf Grundstückserwerb bestand, der entgegengehalten werden könnte.

Gestalterisch stellt sich hier die Frage, ob bei Kaufverträgen über ein Erbbaurechtsgrundstück dem Erwerber für den – möglicherweise langen – Zeitraum zwischen Vertragsschluss/Besitzübergang und Eigentumsumschreibung das Recht zur Erklärung des Heimfalls vertraglich eingeräumt werden kann⁵ – eine solche Gestattung war dem zu beurteilenden Sachverhalt nicht zu entnehmen. Während etwa das Kündigungsrecht bei Mietverträgen als Gestaltungsrecht nach wohl allgemeiner Meinung bereits dem Erwerber übertragen werden kann – und zwar zur Ausübung im eigenen Namen entsprechend § 185 Abs. 1 BGB⁶ – ist dies für den Heimfall grundsätzlich abzulehnen, da damit der zwingende Charakter des § 3 1. Hs. ErbbauRG verletzt würde,⁷ wenn nicht auf Leistung an den ermächtigenden Eigentümer oder zugunsten des

- 1 Richtigerweise ist zu differenzieren: Mit Erbbaurechtseintragung war der unmittelbare Besitz beim Erbbauberechtigten und stand dem Grundstückseigentümer hinsichtlich der Grundstücksflächen (nicht der Bauwerke!) nur mittelbarer Besitz i. S. v. § 868 BGB zu (vgl. *Winkler/Schlögel*, Erbbaurecht, 7. Aufl. 2021, § 2 Rdnr. 85).
- 2 Aus Verfassersicht zu Unrecht verneint das OLG dann eine Zahlungspflicht ab Ausübung des Wiederkaufsrechts und nicht erst ab Rückzahlung des Kaufpreises (Rdnr. 105 ff.). Im Ergebnis ist auch hier vom Grundgedanken des § 446 BGB, welcher sich auch im Erbbaurechtsvertrag wiederfindet, auszugehen. Grenze mag hier eine bewusste Verzögerung des Vollzugs des Wiederkaufs sein, etwa durch Weigerung, an Wertfeststellungen mitzuwirken etc.
- 3 *Winkler/Schlögel*, Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 77.
- 4 Vgl. hierzu *Winkler/Schlögel*, Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 98.
- 5 Dies gilt auch für sonstige Eigentümerrechte in dieser Phase, z. B. hinsichtlich der Vorkaufrechtsausübung und der Eigentümerzustimmung zu Veräußerung/Belastung.
- 6 BGH, Urteil vom 10.12.1997, XII ZR 119/96, DNotZ 1998, 807, 808; Beck'sches Notar-Handbuch/*Krauß*, 7. Aufl. 2019, § 1 Rdnr. 301.
- 7 *Winkler/Schlögel*, Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 77.



in § 3 2. Hs. ErbbauRG Begünstigten ausgestaltet.⁸ Denkbar erscheint jedenfalls eine Bevollmächtigung, diese Rechte im Namen des veräußernden Eigentümers auszuüben – ggf. in Verbindung mit einer Übertragungspflicht direkt auf den Erwerber gemäß § 3 2. Hs. ErbbauRG, da dann ein Handeln in fremdem Namen, also dem des veräußernden Eigentümers, vorliegt und damit § 3 1. Hs. ErbbauRG und dessen Schutzzweck – Verhinderung „verwickelter Rechtsverhältnisse“⁹ und damit einhergehend Werterhaltung des Grundstücks¹⁰ – beachtet bleibt.¹¹ Das Verständnis des § 3 ErbbauRG als Normierung des Heimfallanspruchs im Sinne eines wesentlichen Grundstücksbestandteils (§ 96 BGB)¹² führt nicht zu einer Einstufung als höchstpersönliches Recht – hierfür spricht auch der Rechtsgedanke des § 3 2. Hs. ErbbauRG, der die Übertragung des Erbbaurechts an einen Dritten als abkürzende Möglichkeit vorsieht –, sondern erlaubt eine Ausübungsermächtigung bzw. Bevollmächtigung. Gleichwohl sollte wegen der erheblichen Risiken, die damit für den veräußernden Erwerber verbunden sind (vgl. die Rechtsfolgen der §§ 32 ff. ErbbauRG, insbesondere hinsichtlich laufender Darlehen und des Entschädigungsanspruchs), von dieser Möglichkeit nur in besonderen Konstellationen und entsprechenden Freistellungsvereinbarungen im Innenverhältnis der Vertragsteile Gebrauch gemacht werden.

3. Wiederkaufsrecht

Das Gericht bejaht korrekterweise die Möglichkeit, im Rahmen der Vereinbarung eines Ankaufsrechts gemäß § 2 Nr. 7 ErbbauRG auch ein Wiederkaufsrecht als Ausübungsmodalität zu vereinbaren und damit zum dinglichen Inhalt des Erbbaurechts zu machen (Rdnr. 113). Dies darf jedoch nicht zum Schluss führen, dass die Verdingli-

chung dann nur Rechtswirkungen zwischen dem (jeweiligen) Eigentümer und Erbbauberechtigten zeitigt. Denn andernfalls bestünde das fast schon skurrile Ergebnis, dass nach Ausübung des Ankaufsrechts und Eigentumsumschreibung und der damit einhergehenden Entstehung eines Eigentümererbbaurechts durch eine anschließende Aufhebung des Erbbaurechts auch das Wiederkaufsrecht beseitigt werden könnte. Mit dem Abschluss einer Vereinbarung nach § 2 ErbbauRG entsteht zwischen den die Vereinbarung abschließenden Parteien ein Schuldverhältnis mit dem sich aus der Vereinbarung ergebenden Inhalt. Die Verdinglichung durch Grundbucheintrag des Erbbaurechts führt zunächst dazu, dass Rechte und Pflichten aus der Vereinbarung als Schuldverhältnis nicht nur für die ursprünglichen Parteien der Vereinbarung, sondern auch für deren (Gesamt- wie Einzel-)Rechtsnachfolger und damit zwischen dem jeweiligen Grundstückseigentümer und dem jeweiligen Erbbauberechtigten Wirkung entfalten.¹³ So wie jedoch anerkannt ist, dass einzelne schuldrechtliche Ansprüche des Grundstückseigentümers, wie etwa eine Vertragsstrafe¹⁴ oder ein entstandener Heimfallanspruch,¹⁵ nicht auf den Erwerber des Erbbaurechts übergehen, ist aus dem Gesamtkontext der Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts auch ohne dingliche Sicherung im Grundbuch vom Verbleib des schuldrechtlichen Anspruchs im Verhältnis zum (früheren) Grundstückseigentümer = Kommune auszugehen.¹⁶ Bei einer außerhalb des Katalogs des § 2 ErbbauRG vereinbarten (schuldrechtlichen) Wiederkaufsmöglichkeit wäre zweifelsohne der seinerzeitige Verkäufer wiederkaufsberechtigt;¹⁷ die Einstufung als dinglicher Inhalt des Erbbaurechts kann dann aber zu keinem anderen Ergebnis führen.

4. Entschädigungsausschluss

Kritisch zu beurteilen ist hingegen die Beurteilung des Ausschlusses des Entschädigungsanspruchs bei Heimfallausübung als generell unwirksam.¹⁸ Bei der Beantwortung dieser bisher nicht entschiedenen Frage¹⁹ geht das OLG Stuttgart zwar im Ansatz korrekt von der Prämisse aus, dass der Vertrag an § 11 Abs. 2 BauGB zu messen

- 8 Schmidt-Räntsch, ZfIR 2014, 269, 273 f.; Grüneberg/Wicke, 82. Aufl. 2023, § 3 ErbbauRG Rdnr. 1; Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, § 4.77 unter Verweis auf RGRK/Räffe, ErbbauRG, § 3 Rdnr. 2.
- 9 BeckOGK-BGB/Toussaint, Stand: 15.03.2023, § 3 ErbbauRG Rdnr. 2 unter Verweis in Rdnr. 2.3 auf die amtliche Gesetzesbegründung.
- 10 Staudinger/Rapp, Neub. 2021, § 3 ErbbauRG Rdnr. 1. Einen zusätzlichen Schutzzweck sieht Ingenstau/Hustedt, 11. Aufl. 2018, § 3 ErbbauRG Rdnr. 2 in der Vermeidung von Spekulationsvorgängen.
- 11 So wohl auch Nagel/Nagel, Erbbaurechtsgesetz, 1. Aufl. 2022, § 3 ErbbauRG Rdnr. 21; a. A. bei einer unwiderruflichen Vollmacht als Umgehung des § 3 ErbbauRG Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 1757, wobei unklar ist, ob damit nur die Unwirksamkeit einer dinglichen Regelung als Inhalt des Erbbaurechtsvertrages als unzulässig angesehen wird – die Frage der Widerruflichkeit oder Unwiderruflichkeit einer Vollmacht ist für die vorliegende Frage wohl irrelevant.
- 12 Staudinger/Rapp, § 3 ErbbauRG Rdnr. 1; BeckOK-BGB/Maaß, Stand: 01.02.2023, § 3 ErbbauRG Rdnr. 1; BGH, Urteil vom 16.05.1980, V ZR 15/79, WM 1980, 938, 939; Dieckmann, ErbbauZ 2020, 104, 111; MünchKomm-BGB/Weiß, 9. Aufl. 2023, § 3 ErbbauRG Rdnr. 3; Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, § 4.96; a. A. BeckOGK-BGB/Toussaint, § 3 ErbbauRG Rdnr. 10.

13 BeckOGK-BGB/Toussaint, § 2 ErbbauRG Rdnr. 37.

14 MünchKomm-BGB/Weiß, § 2 ErbbauRG Rdnr. 7.

15 BGH, Urteil vom 06.11.2015, V ZR 165/14, MittBayNot 2017, 52, 53 f. m. Anm. Krauß = ZfIR 2016, 324, 325 f. m. Anm. Grziwotz.

16 Ob eine Vormerkung zur Sicherung des Wiederkaufsrechts nach Eigentumsumschreibung vorgesehen war, ist dem mitgeteilten Sachverhalt nicht zu entnehmen. Diese würde jedenfalls bei Aufhebung des Erbbaurechts aufgrund der obigen Ausführungen nicht wegen der Akzessorität zum gesicherten Anspruch lösungsreif sein.

17 Vgl. insofern zur Zulässigkeit von Rückforderungsrechten bzgl. eines Erbbaurechts unter Betonung deren relativen Charakters im Vergleich zum Heimfallanspruch Gutachten des DNotI Abruf-Nr.: 129093.

18 So auch Nagel, ErbbauZ 2020, 167, 183; Grziwotz, NotBZ 2023, 116.

19 Vgl. Schlögel, Anm. zu BGH, Urteil vom 26.06.2015, V ZR 144/14, ZfIR 2015, 712.

ist.²⁰ Der BGH gibt für die Beachtung des Gebots angemessener Vertragsgestaltung vor, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung des Gesamtvorgangs die Gegenleistung nicht außer Verhältnis zu der Bedeutung und dem Wert der von der Behörde erbrachten oder zu erbringenden Leistung stehen und dass die vertragliche Übernahme von Pflichten auch ansonsten zu keiner unzumutbaren Belastung für den Vertragspartner der Behörde führen dürfe.²¹ Daraus pauschal die generelle Unzulässigkeit entsprechender Regelungen zu folgern, würde jedoch die Möglichkeit zu anpassenden Regelungen unmöglich machen.²²

Im reinen zivilrechtlichen Kontext außerhalb der Beteiligung öffentlichrechtlicher Körperschaften ist § 32 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG zu entnehmen, dass die Frage der Entschädigung außerhalb des Anwendungsbereichs des § 32 Abs. 2 ErbbauRG grundsätzlich dispositiv ist.²³ Dies lässt sich allgemein damit begründen, dass

- Abschlüsse grundsätzlich deshalb gerechtfertigt sind, da im absoluten Regelfall ein Vertragsverstoß des Erbbauberechtigten vorliegt, mithin er es in der Hand hatte, den Heimfall zu vermeiden,²⁴
- der Eigentümer die Notwendigkeit des Heimfalls in der Regel zeitlich nicht kalkulieren kann und dennoch zu einer vergleichsweise schnellen Zahlung einer hohen Entschädigungssumme oder Darlehensübernahme (§ 33 Abs. 2 Satz 1 ErbbauRG) verpflichtet sein kann,
- die Verwertbarkeit des Erbbaurechts, sei es durch Weiterveräußerung oder Nutzungsüberlassung, gerade bei Sonderbauten erheblich eingeschränkt werden kann,²⁵
- der Ausschluss der Entschädigung ggf. anderweitig kompensiert werden könnte, etwa durch einen entsprechend verringerten Erbbauzins.²⁶

20 Dem erstinstanzlich dargestellten Sachverhalt war zu entnehmen, dass die Kommune einen entsprechenden Bebauungsplan erlassen hatte. Der BGH, a. a. O., hat jedoch klargestellt, dass ungeachtet dessen auch außerhalb von § 11 Abs. 2 BauGB nichts anderes gelten würde, da das Gebot zur angemessenen Vertragsgestaltung auf dem allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beruht und daher auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung für das gesamte Handeln der öffentlichen Körperschaften im Rechtsverkehr mit Privaten bestimmend ist.

21 BGH, Urteil vom 26.06.2015, V ZR 144/14, DNotZ 2015, 761, 763.

22 Vgl. Nagel, ErbbauZ 2020, 167, 183.

23 Die Dispositivität selbst ist nach BGH, Urteil vom 23.11.2018, V ZR 33/18, DNotZ 2019, 627, 628 selbstverständlich; der Sinn des § 27 Abs. 1 ErbbauRG liege vor allem in der Verdinglichungsmöglichkeit.

24 Beck'sches Notar-Handbuch/*Graf Wolfskeel v. Reichenberg*, § 4 Rdnr. 80.

25 Vgl. Nagel/*Götting*, § 32 ErbbauRG Rdnr. 71; Staudinger/*Rapp*, § 27 Rdnr. 8 f. für die Vergütung bei Zeitablauf; *Amann*, MittBayNot 2019, 539 Fn. 7.

26 Staudinger/*Rapp*, § 27 Rdnr. 8 f. für die Vergütung bei Zeitablauf; *Winkler/Schlögel*, Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 116.

Der zu entscheidende Sachverhalt zeigt insbesondere durch die vereinbarte Beseitigungspflicht des Erbbauberechtigten nach Heimfallausübung, dass den Vertragspartnern die Problematik bewusst war, die mit der Übernahme eines im Bau steckengebliebenen Moscheegebäudes verbunden ist. Hier wird häufig ein hoher – auch ästhetischer – Individualisierungsgrad vorliegen. Dies unterscheidet die Konstellation auch von den entschiedenen Sachverhalten bei Sozialmodellen (früher Einheimischenmodellen) von Kommunen, die insofern bei Wohngebäuden auch im Falle des Steckenbleibens des Bauvorhabens eine grundsätzlich völlig anders geartete Weiternutzungsmöglichkeit bzw. Veräußerungsmöglichkeit erlauben. Regelungen, die auf die objektive Verwertbarkeit abstellen, werden dabei als zulässig angesehen.²⁷

Die Ausgangslage ist für die Kommune vergleichbar mit derjenigen der Frage des Verwendungersatzes bei vereinbarten Wiederkaufsrechten, ebenso bei § 996 BGB in Verbindung mit der Frage der aufgedrängten Bereicherung, wo außerhalb vertraglicher Vereinbarungen strittig ist, ob ein objektiv oder zumindest auch teilweise subjektiver Maßstab anzulegen ist.²⁸

Im Hinblick hierauf sollten daher innerhalb einer gesetzlich eröffneten Dispositionsmöglichkeit abweichende Vereinbarungen auch bei Beteiligung öffentlichrechtlicher Körperschaften möglich sein.

Erwägungen diesbezüglich hat das OLG nicht ange stellt.²⁹ Insofern greift die pauschale Ablehnung unter Verweis auf die Grundsätze öffentlichrechtlichen Handelns auch im Privatrechtsbereich zu kurz; diese ermöglichen im Übrigen eine insbesondere im Vergleich zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, §§ 305 ff. BGB,³⁰ weitergehende Kompensation von Vertragsklauseln, die für sich genommen unangemessen sind, durch vorteilhafte Bestimmungen im übrigen Vertrag.³¹ Viele der o. g. Gründe für vom Verkehrswert abweichende Entschä-

27 *Rastätter*, DNotZ 2000, 17, 32.

28 Außerhalb einer vertraglichen Regelung auf einen objektiven Maßstab abstellend *Grüneberg/Weidenkaff*, § 459 Rdnr. 1; *MünchKomm-BGB/Westermann*, § 459 Rdnr. 2; offengelassen bei *BeckOK-BGB/Faust*, Stand: 01.02.2023, § 459 Rdnr. 2; auf einen subjektiven Maßstab bei unbrauchbaren Verwendungen abstellend *Grüneberg/Herrler*, § 996 Rdnr. 2, für einen subjektiven Maßstab insbesondere bei Grundstücksgeschäften *BeckOK-BGB/Fritzsche*, § 996 Rdnr. 8.

29 Insofern ist das Argument in Rdnr. 191 unverständlich, wonach der Eigentümer durch die Beseitigungspflicht vor der Zahlung von für ihn unbrauchbaren Aufwendungen geschützt sein soll. Diese Zahlungen müssen ja ungeachtet dessen fließen!

30 Zur Diskussion einer Ausschlussmöglichkeit der Entschädigung unter Verwendung von AGB vgl. *Ingenstau/Hustedt*, ErbbauRG, § 27 Rdnr. 13 m. w. N.; offengelassen in BGH, Urteil vom 23.11.2018, V ZR 33/18, DNotZ 2019, 627, 629.

31 BGH, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, NZM 2003, 252, 255. Zur Frage der Abdingbarkeit von § 27 Abs. 3 ErbbauRG durch Allgemeine Geschäftsbedingungen BGH, Urteil vom 23.11.2018, V ZR 33/18, DNotZ 2019, 627.



digungsregelungen lassen sich auch bei Mitwirkung kommunaler Träger ins Feld führen – im Gegenteil spricht auch das Gebot sparsamer Haushaltsführung für Kommunen³² gegen eine Verpflichtung, Verwendungsersatz für schwer bis nicht weiterverwertbare steckengebliebene Bauten leisten zu müssen.

Insgesamt lässt sich daher die Berücksichtigung angemessenen Handelns öffentlichrechtlicher Körperschaften nur einzelfallabhängig und nicht über eine pauschale Ablehnung entschädigungskürzender oder – ausschließender Vergütungsregelungen auf Erbbaurechtsebene beurteilen. Unangemessenen Ergebnissen kann ggf. über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Bereich der Ausübungskontrolle begegnet werden.³³ Im Übrigen hat auch der BGH jedenfalls eine Kürzung der Heimfallentschädigung im „Sylt-Fall“³⁴ – im dortigen Fall auf 2/3 des Verkehrswertes festgesetzt – nicht als problematisch erörtert.

Ein anderweitiger Vertragswille lässt sich auch nicht aus der Tatsache herleiten, dass für den Wiederkaufsfall bezogen auf das Grundstück – anders als für den Heimfall! – ein Verwendungsersatzanspruch begründet wurde. Denn auf die Dauer des Bestehens des Erbbaurechts würde sich der Anspruch des Wiederkaufsberechtigten auf die Rückübertragung des Grundstücks unter Aufrechterhaltung des Erbbaurechts³⁵ beziehen. Da die vom Erbbauberechtigten errichteten Gebäude Bestandteil des Erbbaurechts sind (§ 12 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG), erfolgen diesbezügliche Verwendungen auf das Erbbaurecht und nicht auf das Grundstück und sind daher von einer Verwendungsersatzpflicht auf der Basis des Wiederkaufsrechts ausgeschlossen. Selbstständigen Raum hätte diese Regelung daher nur, wenn zum Zeitpunkt der Ausübung des Wiederkaufsrechts das Erbbaurecht nicht mehr bestehen würde, da dann die Bestandteile des Erbbaurechts wieder Grundstücksbestandteile werden, § 12 Abs. 3 ErbbauRG. Insofern erschließt sich der Hintergrund für die unterschiedliche Regelung im Erbbaurechtsvertrag über die Verwendungsersatzpflicht für Gebäude bei Heimfall und Wiederkauf nicht.

Die Entscheidung ist beim BGH anhängig; die Haltung des BGH wird insofern von der Erbbaurechtspraxis mit Spannung erwartet. Bis zu einer endgültigen Klärung ist zu empfehlen, von einem Entschädigungsausschluss und hohen Kürzungsraten bei der Gestaltung der Heimfallre-

gelung³⁶ nur zurückhaltend Gebrauch zu machen und die Vertragsteile auf die Rechtslage hinzuweisen; jedenfalls sollten in diesem Zusammenhang Gründe herausgearbeitet und festgehalten werden, die tragfähige Erwägungen für eine kürzende/ausschließende Regelung darstellen können.

- 36 Dies gilt verstärkt auch für die Zeitablaufkonstellation, da hier viele der angesprochenen Erwägungen für dispositive Regelungen im Heimfallbereich nicht einschlägig sind, vgl. *Schlögel*, Anm. zu BGH, Urteil vom 26.06.2015, V ZR 144/14, ZfIR 2015, 712.

STEUERRECHT

21. Erklärung zur optionalen Vollverschonung von Betriebsvermögen

BFH, Urteil vom 26.07.2022, II R 25/20 (Vorinstanz: FG Münster, Urteil vom 10.09.2020, 3 K 2317/19 Erb)

BGB §§ 133, 157

ErbStG a. F. § 13a Abs. 1 Satz 1, Abs. 8, § 13b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Sätze 1 bis 4, Abs. 4

LEITSÄTZE:

1. Der bis zum 30.06.2016 für die Gewährung der Vollverschonung von Betriebsvermögen maßgebende Anteil des Verwaltungsvermögens ist auch bei mehreren gleichzeitig übertragenen wirtschaftlichen Einheiten für jede Einheit gesondert zu ermitteln.
2. Bei einer einheitlichen Schenkung von mehreren wirtschaftlichen Einheiten kann die Erklärung zur optionalen Vollverschonung für jede wirtschaftliche Einheit gesondert abgegeben werden.
3. Wurde die Erklärung zur optionalen Vollverschonung für eine wirtschaftliche Einheit abgegeben, die die Anforderungen an die Vollverschonung nicht erfüllt, ist für diese wirtschaftliche Einheit auch nicht die Regelverschonung zu gewähren.

AUS DEN GRÜNDEn:

1 I. Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) erhielt von ihrer Mutter am 31.12.2010 schenkweise Beteiligungen an vier KGs übertragen (KG 1, KG 2, KG 3 und KG 4).

2 Der Beklagte und Revisionsbeklagte (FA) setzte die Schenkungsteuer i. H. v. 175.332 € fest. Dabei wurde für alle erworbenen KG-Beteiligungen die Regelverschonung des § 13a Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 13 b Abs. 4 ErbStG in der auf den Streitfall anwendbaren Fassung (ErbStG a. F.) in Höhe von 85 % gewährt. Der Bescheid wurde im Anschluss aus hier nicht streitigen Gründen geändert.

3 In der Folge stellte das für die Bewertung zuständige FA die Werte der Anteile am Betriebsvermögen für Zwecke der Schenkungsteuer sowie die Verwaltungsvermögensquoten gesondert fest. Für den KG 2-Anteil wurde eine

32 Vgl. etwa Art. 62 Abs. 2 Satz 1 BayGO.

33 *Grziwotz*, NotBZ 2023, 116, 118.

34 BGH, Urteil vom 26.06.2015, V ZR 144/14, MittBayNot 2016, 179 m. Anm. *Grziwotz*.

35 Die Verpflichtung zur lastenfreien Übertragung, wie im Vertrag vorgesehen, hat das OLG Stuttgart Rdnr. 140 f. richtigerweise im Auslegungswege nicht auf das eingetragene Erbbaurecht bezogen.

Verwaltungsvermögensquote von 13,74 % mitgeteilt. Für alle KG-Anteile zusammen lag die Quote – zwischen den Beteiligten unstreitig – unter 10 %.

4 Unter Berücksichtigung der gesondert festgestellten Werte erhöhte das FA auf Grundlage der Regelverschöpfung mit geänderten Bescheid vom 21.03.2018 die Schenkungssteuer auf 212.838 €.

5 Im Einspruchsverfahren gegen diesen Bescheid erklärte die Klägerin am 10.04.2018 unwiderruflich, dass für den gesamten Erwerb des begünstigten Vermögens die Steuerbefreiung nach § 13 a Abs. 8 ErbStG a. F. (Vollverschöpfung) in Anspruch genommen werde. Sie vertrat die Auffassung, bei konsequenter Anwendung der Verwaltungsauffassung, wonach der Antrag zur Vollverschöpfung nur einheitlich gestellt werden könne, sei auch die Verwaltungsvermögensquote einheitlich zu berechnen. Sollte demgegenüber die Verwaltungsvermögensquote je Betrieb zu ermitteln sein, müsse für den KG 2-Anteil die Regelverschöpfung gelten.

6 Mit Bescheid vom 10.04.2019 änderte das FA die Steuerfestsetzung erneut und setzte die Steuer auf 99.161 € herab. Für die übertragenen Anteile an den KG 1, KG 3 und KG 4 wurde die Vollverschöpfung, für den Anteil an der KG 2 weder die Regel- noch die Vollverschöpfung gewährt.

7 Einspruch und Klage hatten keinen Erfolg. Das FG führte aus, für den KG 2-Anteil sei keine Verschöpfung zu gewähren. Die Verwaltungsvermögensquote sei bei einheitlicher Schenkung mehrerer wirtschaftlicher Einheiten gesondert für jede wirtschaftliche Einheit zu ermitteln. Der Antrag auf Vollverschöpfung könne jedoch nur einheitlich für sämtliche erworbenen Einheiten gestellt werden. Sei er gestellt, sei ein „Rückfall“ auf die Regelverschöpfung für eine wirtschaftliche Einheit, die zwar nicht die Voraussetzungen der Vollverschöpfung, wohl aber die Voraussetzungen der Regelverschöpfung erfülle, nicht möglich. Das Urteil des FG ist in EFG 2020, 1713 veröffentlicht.

8 Mit ihrer Revision macht die Klägerin einen Verstoß gegen § 13a Abs. 8 ErbStG a. F. geltend.

9 Können – wovon FG und Finanzverwaltung ausgingen – die Optionserklärung nur für alle übertragenen Einheiten einheitlich abgegeben werden, müsse folgerichtig auch die Verwaltungsvermögensquote einheitlich für alle Einheiten ermittelt werden. Damit sei für alle geschenkten KG-Anteile einschließlich des Anteils an der KG 2 die Vollverschöpfung zu gewähren.

10 Hilfsweise müsse für den KG 2-Anteil zumindest die Regelverschöpfung gewährt werden. Es sei schon nicht einsichtig, warum der Steuerpflichtige die Optionsverschöpfung nicht für die jeweilige wirtschaftliche Einheit beantragen dürfe. Der Gesetzgeber habe mit der Vollverschöpfung nur den Erwerb einer (einzelnen) wirtschaftlichen Einheit vor Augen gehabt. Es gebe keinen sachlichen Grund, eine aus Vereinfachungsgründen zusammengefasste Schenkung mehrerer wirtschaftlicher Einheiten anders zu behandeln, als die Schenkung derselben wirtschaftlichen Einheiten hintereinander. Wenn man eine Einzeloption gestatte, sei die Erklärung der Klägerin dahingehend zu verstehen, dass

sie sich auf die Anteile an den KG 1, KG 3 und KG 4 beschränke. Selbst wenn man jedoch eine einheitliche Option annehme, müsse für diejenigen wirtschaftlichen Einheiten, die die Voraussetzungen der Optionsverschöpfung nicht erfüllen, zumindest der Rückfall auf die Regelverschöpfung möglich sein, denn deren Voraussetzungen lägen vor.

11 Die Klägerin beantragt sinngemäß, die Vorentscheidung und die Einspruchsentscheidung vom 15.07.2019 aufzuheben und den Schenkungssteuerbescheid vom 10.04.2019 dahin gehend zu ändern, dass die Schenkungssteuer auf 0 € festgesetzt wird, hilfsweise, die Vorentscheidung und die Einspruchsentscheidung vom 15.07.2019 aufzuheben und den Schenkungssteuerbescheid vom 10.04.2019 dahin gehend zu ändern, dass die Schenkungssteuer unter Berücksichtigung der Regelverschöpfung für den Erwerb des KG 2-Anteils festgesetzt wird.

12 Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

13 Aus § 13a Abs. 8 ErbStG a. F. ergebe sich, dass ein Erwerber die Optionsverschöpfung insgesamt nur einheitlich für alle Arten des erworbenen Vermögens erklären könne. Anschließend seien jedoch die infolge der Option modifizierten Verschöpfungsvoraussetzungen für die jeweiligen wirtschaftlichen Einheiten zu ermitteln. Verfüge eine wirtschaftliche Einheit über mehr als 10 % Verwaltungsvermögen, komme für diese Einheit gar keine Verschöpfung in Betracht. Einem Rückfall auf die Regelverschöpfung stehe die Unwiderruflichkeit der Option entgegen. Eine Ungleichbehandlung mit Schenkungen, die nicht in einem einheitlichen Vertrag vollzogen würden, bestehe nicht, da auch in diesen Fällen eine einheitliche Schenkung in mehreren Akten vorliegen könne.

14 II. Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 4 FGO). Das FG hat im Ergebnis zu Recht entschieden, dass für den Anteil der KG 2 weder die Vollverschöpfung noch die Regelverschöpfung zu gewähren ist.

15 1. Die Schenkung von Beteiligungen an einer KG unterliegt nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG der Schenkungssteuer. Für den Erwerb von Betriebsvermögen sieht § 13a i. V. m. § 13 b ErbStG a. F. unter bestimmten Voraussetzungen Steuerbefreiungen vor.

16 a) Die im Streitfall anwendbaren Vorschriften der §§ 13a, 13b ErbStG a. F. sind nach dem Urteil des BVerfG vom 17.12.2014, 1 BvL 21/12, BGBl. 2015 I, S. 4 = BVerfGE 138, 136 = BStBl. II 2015, S. 50 mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar. Das BVerfG hatte jedoch ihre Anwendbarkeit bis zu einer Neuregelung angeordnet, die spätestens bis zum 30.06.2016 zu treffen war. Eine solche wurde durch Art. 1 Nr. 3 und 4 des Gesetzes zur Anpassung des ErbStG an die Rechtsprechung des BVerfG vom 04.11.2016, BGBl. 2016 I, S. 2464 mit Wirkung ab dem 01.07.2016 geschaffen.

17 b) Nach § 13a Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 13b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4 ErbStG a. F. bleibt vorbehaltlich des § 13b Abs. 2 ErbStG a. F. unter verschiedenen Voraussetzungen u. a. der Erwerb eines Anteils an einer Gesellschaft i. S. d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 3 EStG zu 85 % außer Ansatz

(Verschonungsabschlag). Eine solche Gesellschaft ist auch die KG. Ausgenommen von der Steuerbefreiung bleibt Betriebsvermögen, wenn es zu mehr als 50 % aus Verwaltungsvermögen besteht (§ 13b Abs. 2 Satz 1 ErbStG a. F.). Die Bestimmung des Verwaltungsvermögens sowie dessen Anteil am gemeinen Wert des Betriebs richtet sich nach § 13b Abs. 2 Sätze 2 bis 4 ErbStG a. F.

18 c) Nach § 13a Abs. 8 ErbStG a. F. kann der Erwerber unwiderruflich erklären, dass die Steuerbefreiung nach den Absätzen 1 bis 7 i. V. m. § 13b ErbStG a. F. nach Maßgabe der Bestimmungen in den nachfolgenden Ziffern gewährt wird. U. a. tritt nach § 13a Abs. 8 Nr. 3 ErbStG a. F. an die Stelle des Prozentsatzes für das Verwaltungsvermögen von 50 % in § 13b Abs. 2 Satz 1 ErbStG a. F. ein Prozentsatz von 10 %, nach § 13a Abs. 8 Nr. 4 ErbStG a. F. an die Stelle des Prozentsatzes für die Begünstigung von 85 % in § 13b Abs. 4 ErbStG a. F. ein Prozentsatz von 100 % (Vollverschöpfung).

19 2. Der relevante Anteil des Verwaltungsvermögens ist in Bezug auf jede übertragene wirtschaftliche Einheit und damit für jeden übertragenen Anteil an einer Gesellschaft i. S. d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 3 EStG gesondert zu ermitteln. Das gilt sowohl für die Regelverschöpfung nach § 13a Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 13b Abs. 1, 2 und 4 ErbStG a. F. als auch für die über § 13a Abs. 8 ErbStG a. F. eröffnete Vollverschöpfung (vgl. Kapp/Ebeling/Geck, Erbschafts- und Schenkungsteuergesetz, § 13a Rdnr. 216; BeckOK-ErbStG/Claussen/Thonemann-Micker, Stand: 01.07.2022, § 13a Rdnr. 572 ff.; Götz/Meßbacher-Hönsch/Söffing, 360° ErbStG eKommentar, Stand: 26.01.2021, § 13a Rdnr. 357; Daragan/Halaczinsky/Riedel/Riedel, ErbStG, BewG, 3. Aufl., § 13a ErbStG Rdnr. 373; Meincke/Hannes/Holtz, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Kommentar, 18. Aufl., § 13a Rdnr. 119; Althoff, ZEV 2014, 325; Reich, DStR 2014, 1424; Bernhard, ZEV 2021, 209; vgl. auch R E 13 a.1 Abs. 2 Satz 2 und R E 13 b.20 Abs. 3 Satz 1 der ErbStR 2011 vom 19.12.2011, BStBl. I 2011, Sondernummer 1/2011, S. 2).

20 a) Nach dem System der Steuerbegünstigung i. S. d. §§ 13a, 13b ErbStG a. F. ist jeder übertragene Betrieb einzeln zu betrachten.

21 aa) Die Vorschriften zur Ermittlung des Verwaltungsvermögens sind teilweise lediglich in Bezug auf die jeweils übertragene betriebliche Einheit anwendbar. Dies betrifft etwa § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 2 lit. a ErbStG a. F. („im überlassenden Betrieb“), § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 2 lit. b ErbStG a. F. („Verpachtung eines ganzen Betriebs“), aber auch § 13b Abs. 2 Satz 3 ErbStG a. F. („dem Betrieb [...] zuzurechnen“). Eine zusammenfassende Betrachtung mehrerer wirtschaftlicher Einheiten ist im Gesetz nicht angelegt (vgl. Urteil des BFH vom 14.11.2018, II R 34/15, BFHE 263, 273 = BStBl. II 2019, S. 674 Rdnr. 30 zu § 13a Abs. 1 Satz 2 und 4 ErbStG a. F. zur Bestimmung der Zahl der Beschäftigten und zur Einhaltung der Lohnsumme).

22 bb) Insbesondere aber die Behaltensfristen nach § 13a Abs. 5 ErbStG a. F. knüpfen an die jeweilige wirtschaftliche Einheit an und können deshalb nur isoliert und nicht im Wege einer konsolidierten Betrachtung zu prüfen sein (Kapp/

Ebeling/Geck, Erbschafts- und Schenkungsteuergesetz, § 13a Rdnr. 216).

23 b) Der Wortlaut der Vorschriften steht dem nicht entgegen. Auch wenn § 13b Abs. 2 Satz 1 ErbStG a. F. zunächst allgemein von Betrieben und Gesellschaften in der Mehrzahl spricht, erfolgt die Abgrenzung des Verwaltungsvermögens vom sonstigen Betriebsvermögen nach § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bis 5 ErbStG a. F. im Folgenden ausschließlich auf den jeweiligen Betrieb bezogen. Dasselbe gilt für die Abgrenzung des sog. jungen Verwaltungsvermögens i. S. d. § 13b Abs. 2 Satz 3 ErbStG a. F. und für § 13b Abs. 2 Satz 4 ErbStG a. F., der ebenfalls den „Wert des Betriebs“ in der Einzahl verwendet.

24 Auch die Wortwahl „insgesamt“ in § 13a Abs. 1 Satz 1 ErbStG a. F. meint nicht die Addition verschiedener wirtschaftlicher Einheiten, sondern soll vielmehr sicherstellen, dass das gesamte Betriebsvermögen, also einschließlich des Verwaltungsvermögens, begünstigt wird (vgl. Königer, Betriebsberater 2014, 1251; Althoff, ZEV 2014, 325 Reich, DStR 2014, 1424 mit Verweis auf die Entstehungsgeschichte der Regelung und BT-Drucks. 16/7918, S. 33; Kapp/Ebeling/Geck, Erbschafts- und Schenkungsteuergesetz, § 13a Rdnr. 216).

25 c) Es besteht kein Anlass und aus den dargestellten Gründen auch keine Möglichkeit, bei Anwendung des § 13a Abs. 8 ErbStG a. F. die Ermittlung der Verwaltungsvermögensquote abweichend von diesen Grundsätzen für alle im Rahmen eines Erwerbs übertragenen wirtschaftlichen Einheiten kumuliert zu berechnen.

26 § 13a Abs. 8 ErbStG a. F. schafft keinen eigenen Begünstigungstatbestand, sondern bewirkt nur, dass mit der Erklärung des Erwerbers einzelne für die Regelverschöpfung geltenden Tatbestandsvoraussetzungen durch andere ersetzt werden. Die Option ändert aber nichts daran, dass es strukturell unmöglich ist, die Verwaltungsvermögensquote betriebsübergreifend zu bestimmen. So kann insbesondere die von fünf auf sieben Jahre verlängerte Behaltensfrist (§ 13a Abs. 8 Nr. 2 ErbStG a. F.) denklösig nur jeweils für eine bestimmte wirtschaftliche Einheit ermittelt werden. Die Verwendung des bestimmten Artikels in § 13a Abs. 8 ErbStG a. F. kann deshalb nur „die“ Steuerbefreiung für die jeweilige wirtschaftliche Einheit meinen. An alldem änderte sich auch dann nichts, wenn, wovon die Finanzverwaltung ausgeht, die Erklärung nach § 13a Abs. 8 ErbStG a. F. nur einheitlich für alle Gegenstände des jeweiligen Erwerbstatbestands abgegeben werden könnte.

27 3. Die Vollverschöpfung nach Maßgabe von § 13a Abs. 8 ErbStG a. F. ist an die Abgabe einer entsprechenden Erklärung geknüpft.

28 a) Diese Erklärung kann bei einer einheitlichen Schenkung mehrerer wirtschaftlicher Einheiten für jede erworbene wirtschaftliche Einheit gesondert abgegeben werden (a. A. für den Erbfall die Finanzverwaltung in R E 13 a.13 Abs. 1 Satz 1 ErbStR 2011; vgl. auch R E 13 a.21 Abs. 1 Satz 1 ErbStR 2019 vom 16.12.2019, BStBl. I 2019, Sondernummer 1/2019).

29 aa) Durch die Rechtsprechung ist bereits entschieden, dass die für einen Übertragungsfall erklärte optionale Vollverschonung jedenfalls keine Wirkung für weitere Übertragungsfälle hat. Vielmehr kann der Beschenkte oder Erbe in jedem Übertragungsfall neu entscheiden, ob er die optionale Vollverschonung wählt und sich deren Voraussetzungen unterwirft (BFH, Beschluss vom 05.03.2020, II B 99/18, BFH/NV 2020, 852 Rdnr. 16).

30 bb) Das Gesetz bietet keine Anhaltspunkte dafür, dass die Erklärung nur einheitlich für alle wirtschaftlichen Einheiten abgegeben werden könne (vgl. *Meincke/Hannes/Holtz*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Kommentar, § 13a Rdnr. 122 f.; *Daragan/Halaczinsky/Riedel/Riedel*, ErbStG, BewG, § 13a ErbStG Rdnr. 376; *Hannes/Onderka*, ZEV 2009, 421). Weder die Wortwahl des § 13a Abs. 1 Satz 1 ErbStG a. F. („bleibt insgesamt außer Ansatz“) noch die des § 13a Abs. 8 ErbStG a. F. („die“ und nicht etwa „eine“ Steuerbefreiung) verlangen eine einheitliche Erklärung.

31 cc) Eine nur einheitlich auszuübende Erklärung zur optionalen Vollverschonung wäre vielmehr systemwidrig (vgl. *Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Jülicher*, ErbStG, § 13a Rdnr. 511; *Scholten/Koretzkij*, DStR 2009, 73, 78; von *Oertzen/Loose/Stalleiken*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, 2. Aufl., § 13a Rdnr. 255; *BeckOK-ErbStG/Claussen/Thonemann-Micker*, § 13a Rdnr. 574; *Viskorf/Schuck/Wälzholz/Löcherbach*, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Bewertungsgesetz, 6. Aufl., § 13a ErbStG Rdnr. 220). Die Möglichkeit der „Einzeloption“ für jede wirtschaftliche Einheit entspricht der betriebsbezogenen Ermittlung der Verwaltungsvermögensquote (vgl. oben unter II. 2.). Da auch die weiteren Voraussetzungen, an die die Vollverschonung geknüpft ist, für jede wirtschaftliche Einheit gesondert festzustellen sind, wäre eine einheitliche Erklärung nicht zu rechtfertigen.

32 dd) Auch die Gesetzesbegründung rechtfertigt keine andere Auslegung. Vielmehr wird darin ausgeführt, dass „dem Betriebsnachfolger“ eine Option eingeräumt wird (BT-Drucks. 16/11107, S. 10). Das Fortführungserfordernis ist ebenfalls betriebsbezogen formuliert.

33 ee) Abweichendes ist schließlich nicht deshalb geboten, weil ansonsten eine missbräuchliche „Umschichtung“ schädlichen Verwaltungsvermögens in eine von mehreren wirtschaftlichen Einheiten die Vollverschonung für die anderen ermöglichen könnte. Eine entsprechende Gestaltung wäre ebenso durch eine Aufspaltung auf mehrere Übertragungsfälle und eine jeweils unterschiedliche Optionsausübung möglich (vgl. BFH-Beschluss in BFH/NV 2020, 852 Rdnr. 16 zur unterschiedlichen Optionsausübung).

34 b) Die Optionserklärung ist nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 13a Abs. 8 ErbStG a. F. unwiderruflich (vgl. auch R E 13 a.13 Abs. 2 Satz 3 ErbStR 2011 und R E 13 a.21 Abs. 2 Satz 3 ErbStR 2019). Sie entspricht einem Antragsrecht (vgl. BFH-Beschluss in BFH/NV 2020, 852 Rdnr. 8).

35 c) Ob und in welchem Umfang eine Erklärung zur optionalen Vollverschonung nach § 13a Abs. 8 ErbStG a. F. abgegeben wurde, ist durch Auslegung der abgegebenen Willenserklärung zu ermitteln.

36 aa) Die Ausübung eines steuerlichen Wahlrechts erfolgt durch Willenserklärung, die nach Maßgabe von §§ 133, 157 BGB auszulegen ist (vgl. BFH, Urteil vom 16.12.2020, I R 23/18, BFH/NV 2021, 944 Rdnr. 8, 12). Im Zweifel ist eine Erklärung so auszulegen, dass dasjenige gewollt ist, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der recht verstandenen Interessenlage des Erklärenden entspricht (vgl. BFH, Beschluss vom 22.11.2018, II B 8/18, BFHE 262, 470 = BStBl. II 2020, S. 153 Rdnr. 15).

37 bb) Die Auslegung von Willenserklärungen gehört zum Bereich der tatsächlichen Feststellungen und bindet den BFH gemäß § 118 Abs. 2 FGO, wenn sie den Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB entspricht und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt, d. h. jedenfalls möglich ist. Das Revisionsgericht prüft, ob das FG die gesetzlichen Auslegungsregeln sowie die Denkgesetze und Erfahrungssätze beachtet und die für die Auslegung bedeutsamen Begleitumstände erforscht und rechtlich zutreffend gewürdigt hat (vgl. BFH, Urteil vom 11.07.2019, II R 4/17, BFHE 265, 447 = BStBl. II 2020, S. 319 Rdnr. 13). Der BFH darf die Auslegung einer Willenserklärung nur nachholen, wenn das FG diese nicht selbst vorgenommen hat, die Auslegung aber notwendig ist und das FG alle notwendigen Umstände für die Auslegung festgestellt hat (vgl. BFH, Urteil vom 29.08.2017, VIII R 33/15, BFHE 259, 213 = BStBl. II 2018, S. 69 Rdnr. 22).

38 4. Wurde die optionale Vollverschonung für eine wirtschaftliche Einheit erklärt, die die Anforderungen an die Vollverschonung nicht erfüllt, ist für diese wirtschaftliche Einheit auch die Regelverschonung nach § 13a Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 13b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 4 ErbStG a. F. nicht zu gewähren, selbst wenn deren Voraussetzungen erfüllt sind.

39 a) Die Erklärung zur Vollverschonung ist nach § 13a Abs. 8 ErbStG a. F. unwiderruflich (vgl. oben unter II. 3. b)). Diese Tatbestandsvoraussetzung hätte keine Bedeutung, wäre immer dann, wenn die Anforderungen an die 100 %ige Verschonung nicht erfüllt sind, die Regelverschonung in Höhe von 85 % zu gewähren.

40 b) Die Angaben in den Nr. 1 bis 4 sind auch nicht als Voraussetzung für die Ausübung der Option formuliert. Sie stellen vielmehr Anforderungen dar, die die Voraussetzungen aus der Regelverschonung nach Abgabe der (unwiderruflichen) Erklärung zur optionalen Vollverschonung ersetzen ([...] „nach folgender Maßgabe gewährt wird [...]“).

41 Nach dem Wortlaut des § 13a Abs. 8 ErbStG a. F. ist erst nach Ausübung der Option zu prüfen, ob die erworbene wirtschaftliche Einheit (u. a.) die Voraussetzung nach § 13a Abs. 8 Nr. 3 i. V. m. § 13b Abs. 2 Satz 1 ErbStG a. F. erfüllt, d. h. die Verwaltungsvermögensquote weniger als 10 % beträgt. Wird die Voraussetzung nicht erfüllt, ist für die erworbene wirtschaftliche Einheit mangels Erfüllung der Verschonungsvoraussetzungen weder die Vollverschonung noch die Regelverschonung zu gewähren. Die Gewährung der Regelverschonung für die einzelne Wirtschaftseinheit setzt daher voraus, dass der Erwerber für diese wirtschaftliche Einheit keine Erklärung zur optionalen Vollverschonung abgegeben hat.

42 c) Auch Sinn und Zweck sprechen für dieses Ergebnis.

43 Der Zweck der §§ 13a, 13b ErbStG a. F. besteht darin, mittels Begünstigung des Erwerbs bei der Erbschaft- und Schenkungsteuer einen bestehenden Betrieb des Erblassers oder Schenkers und dessen Arbeitsplätze zu erhalten und davor zu schützen, dass der Erwerber zur Begleichung seiner persönlichen Erbschaftsteuer- oder Schenkungsteuerschuld auf die Vermögenswerte des Betriebs zurückgreifen muss (BFH, Urteil vom 08.05.2019, II R 18/16, BFHE 264, 287 = BStBl. II 2019, S. 681 Rdnr. 21). Dieser gesetzlichen Zielrichtung wird dadurch entsprochen, dass begünstigungsfähiges Vermögen nach § 13a Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 13b Abs. 4 ErbStG a. F. auch ohne Antrag bereits in Höhe von 85 % begünstigt ist. Das Ziel der Vollverschonung besteht hingegen darin, dem Steuerpflichtigen einen vermehrten Anreiz für die Einhaltung der in § 13a Abs. 8 ErbStG a. F. enthaltenen strengeren Verschonungsvoraussetzungen zu geben, um den gesetzgeberischen Zweck – den bestehenden Betrieb des Erblassers oder Schenkers und dessen Arbeitsplätze zu schützen – in noch weiterem Umfang zu verwirklichen. Zu diesen Anreizen gehört auch der drohende Verlust der Regelverschonung, wenn der Erwerber die erhöhten Anforderungen an die Vollverschonung nicht erfüllt.

44 5. Nach diesen Grundsätzen sind FA und FG im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass für die Übertragung der Anteile der KG 2 weder die Vollverschonung noch die Regelverschonung gewährt werden kann.

45 a) Die Erklärung der Klägerin vom 10.04.2018 ist dahin gehend auszulegen, dass sie auch für den Erwerb der Anteile der KG 2 die Vollverschonung unwiderruflich erklärt hat.

46 Der BFH kann die Erklärung der Klägerin selbst auslegen. Das FG hat den Inhalt der Erklärung nicht ausgelegt, da es die Auffassung vertrat, dass die Erklärung zur optionalen Vollverschonung nur für alle Einheiten einheitlich abgegeben werden könne. Es hat aber die Abgabe der Erklärung als solcher festgestellt. Weitere für die Auslegung relevante Feststellungen waren nicht zu treffen. Anders als die Klägerin nunmehr im Revisionsverfahren – erstmals – vorträgt, kann ihre Erklärung hinsichtlich der Gewährung der Vollverschonung nicht dahin gehend verstanden werden, dass sie sich auf die Anteile der KG 1, KG 3 und KG 4 beschränkt habe. Ihr Hauptbegehren im verwaltungs- und anschließenden Klageverfahren war stets auf eine einheitliche Berechnung der Verwaltungsvermögensquote gerichtet, der nach Auffassung der Klägerin konsequenterweise ein einheitlicher Optionsantrag entspreche. Dieses Begehren führte sie auch im Revisionsverfahren als Hauptantrag fort und beantragte eine Steuerfestsetzung von 0 €. Lediglich als Hilfsbegründung wurde der Rückfall auf die Regelverschonung angeführt.

47 b) Eine Vollverschonung für die Übertragung der Anteile der KG 2 kann nicht gewährt werden, da die Verwaltungsvermögensquote des KG 2-Anteils über 10 % liegt und somit die Anforderung des § 13a Abs. 8 Nr. 3 i. V. m. § 13b Abs. 2 Satz 1 ErbStG a. F. nicht erfüllt ist. Der „Rückfall“ zur

Regelverschonung ist nach der unwiderruflichen Erklärung zur optionalen Vollverschonung nicht möglich.

48 c) Art. 3 Abs. 1 GG wird durch eine solche Anwendung – entgegen der Auffassung der Klägerin – nicht verletzt. Die einheitliche Schenkung von mehreren wirtschaftlichen Einheiten in einem Vorgang und die gesonderte Schenkung von mehreren wirtschaftlichen Einheiten durch gesonderte Vorgänge in geringem zeitlichem Abstand werden gleichbehandelt. In beiden Fällen kann die Erklärung zur optionalen Vollverschonung separat für die jeweilige wirtschaftliche Einheit unwiderruflich abgegeben werden. Erfüllt die wirtschaftliche Einheit nicht die Anforderungen an die Vollverschonung, ist in beiden Fallkonstellationen nach Antragstellung die Gewährung der Regelverschonung nicht mehr möglich. Eine ungleiche Behandlung gleicher Sachverhaltskonstellationen ist nicht ersichtlich.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notarassessor **Tim Habereeder**, Füssen

Mit Urteil vom 26.07.2022 setzte der BFH einen Schlussstrich unter die Diskussion,¹ inwieweit bei der Schenkung mehrerer wirtschaftlicher Einheiten eine Erklärung zur optionalen Vollverschonung isoliert für einzelne Einheiten abgegeben werden kann. Die bereits in der Vergangenheit vielfach kritisierte Gefahr einer „Optionsfalle“² wird die Beratungspraxis auch in Zukunft beschäftigen, da der BFH einem Rückfall von der Options- auf die Regelverschonung bei wirtschaftlichen Einheiten, die die Anforderungen an eine Optionsverschonung nicht erfüllen, eine Absage erteilte. Vorab sei bereits an dieser Stelle festgehalten, dass die Entscheidung des BFH auch noch für die heute maßgebliche Rechtslage nach § 13a Abs. 10 ErbStG n. F. maßgeblich und daher aussagekräftig bleibt.³

In dem Fall, der dem BFH zur Entscheidung vorlag, hatte die Klägerin im Jahr 2010 Beteiligungen an vier Kommanditgesellschaften schenkweise übertragen bekommen, wobei auf der Grundlage des § 13a Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 13b Abs. 4 ErbStG a. F. für alle Beteiligungen die Regelverschonung i. H. v. 85 % gewährt wurde. Im Einspruchsverfahren optierte die Klägerin schließlich gemäß § 13a Abs. 8 ErbStG a. F. insgesamt zur Vollverschonung. Da die für das zulässige Verwaltungsvermögen einschlägige Maximalgrenze von damals 10 % nur im Hinblick auf drei der vier übertragenen KG-Anteile erfüllt wurde, wurde von dem zuständigen FA die Vollverschonung lediglich für diese drei Beteiligungen gewährt. Für den verbleibenden vierten KG-Anteil konnte die Klägerin nach Ansicht des FA weder die Voll- noch die Regelverschonung in Anspruch nehmen.

- 1 Siehe *Bernhard*, ZEV 2021, 209; *Siebing*, WPg 2023, 319; *Dorn/Saecker*, DStR 2023, 248; BeckOK-ErbStG/Claussen/Thonemann-Micker, Stand: 01.01.2023, § 13a Rdnr. 572 ff.
- 2 Siehe zum Beispiel *Reich*, DStR 2014, 1424 ff.; *Dorn/Saecker*, DStR 2023, 248 ff.
- 3 An die Stelle der alten 10 %-Grenze tritt lediglich heute eine 20 %-Grenze des Verwaltungsvermögens.

1. Separate Bestimmung des Verwaltungsvermögens für jede wirtschaftliche Einheit

Da der Anteil an Verwaltungsvermögen im vorliegenden Fall – hätte man alle schenkweise übertragenen KG-Beteiligungen im arithmetischen Mittel zusammen betrachtet – unter der Grenze von 10 % gelegen hatte, argumentierte die Klägerin, dass die Quote des einschlägigen Verwaltungsvermögens einheitlich für sämtliche Anteile zu berechnen gewesen wäre. Dies sei die logische Folge der Ansicht der Finanzverwaltung, wonach auch der Antrag zur Vollverschonung nur einheitlich für sämtliche wirtschaftlichen Einheiten gestellt werden könne.⁴

Der BFH folgte diesem Argument nicht. Werden mehrere wirtschaftliche Einheiten übertragen, so ist der für die Vollverschonung maßgebliche Anteil an Verwaltungsvermögen für jede wirtschaftliche Einheit separat zu bestimmen.⁵ So stellten insbesondere die für den nachträglichen Wegfall des Verschonungsabschlags maßgebliche fünfjährige Frist des § 13a Abs. 5 ErbStG a. F. sowie die Regelungen des § 13b Abs. 1 und 2 ErbStG a. F. an mehreren Stellen auf die jeweilige wirtschaftliche Einheit ab, was keine zusammenfassende Betrachtung der einzelnen wirtschaftlichen Einheiten gestatte. Auch die im Fall der Optionsverschonung gemäß § 13a Abs. 8 Nr. 2 ErbStG a. F. verlängerte Behaltensfrist von sieben Jahren ließe sich nur in Bezug auf eine einzelne wirtschaftliche Einheit bestimmen.⁶ Der von der Finanzverwaltung vertretene⁷ und nun höchstrichterlich bestätigte Grundsatz, das einschlägige Verwaltungsvermögen für jede wirtschaftliche Einheit separat zu ermitteln, beansprucht dabei Geltung sowohl für die Regel- als auch für die Vollverschonung.⁸

2. Möglichkeit der Einzeloption

Anders als das erstinstanzlich befasste FG Münster⁹ und die Finanzverwaltung¹⁰ vertreten hatten, konnte die Optionserklärung des § 13a Abs. 8 ErbStG a. F. jedoch für jede wirtschaftliche Einheit einzeln abgegeben werden.¹¹ Der bei der Ermittlung des Verwaltungsvermögens angelegte Gedanke, separate wirtschaftliche Einheiten auch separ-

rat zu betrachten, wird auf diese Weise folgerichtig in der Optionsausübung fortgeführt. Bereits zuvor hatte der BFH entschieden, dass eine einmal vorgenommene Optionserklärung nicht ohne Weiteres für spätere Übertragungen übernommen werden kann.¹² In Erweiterung dieses Grundsatzes lässt der BFH nun auch in Fällen, in denen mehrere wirtschaftliche Einheiten in einem Zuge schenkweise übertragen werden, separate Optionserklärungen zu. Das ErbStG gehe an keiner Stelle davon aus, dass die Optionserklärung einheitlich zu erfolgen habe; vielmehr widerspreche die einheitliche Erklärung gerade dem System der betriebsbezogenen Betrachtungsweise des Gesetzes.¹³ Die Verschonungsvoraussetzungen sind gerade in einer Weise ausgestaltet, die an die Fortführung des einzelnen Betriebes anknüpft.

Für die Gestaltungspraxis stellte sich in der Vergangenheit gelegentlich die Aufgabe, mehrere wirtschaftliche Einheiten getrennt voneinander zu übertragen, um so getrennte Entscheidungen nach § 13a Abs. 8 ErbStG a. F. bzw. § 13a Abs. 10 ErbStG n. F. treffen zu können. Dieses Erfordernis besteht nun nicht mehr. Die gleichzeitige Übertragung mehrerer wirtschaftlicher Einheiten hat nach aktueller Ansicht der Finanzverwaltung¹⁴ den Vorteil, dass so die Lohnsummen der unterschiedlichen wirtschaftlichen Einheiten untereinander „quersubventioniert“ werden können. Eine Mindererfüllung der Lohnsumme in der einen Einheit kann bei gleichzeitiger Übertragung also durch eine Übererfüllung in einer anderen wirtschaftlichen Einheit kompensiert werden.

3. Kein Rückfall von der Voll- auf die Regelverschonung

Während der BFH mit dem Zugeständnis der Einzeloption flexiblere Optionsentscheidungen des Steuerpflichtigen ermöglicht, ist das Verhältnis der Voll- zur Regelverschonung weniger flexibel ausgestaltet. Hat der Steuerpflichtige die Erklärung zur Vollverschonung gemäß § 13a Abs. 8 ErbStG a. F. einmal abgegeben, gilt das Prinzip „Alles oder Nichts“. Sollte die der Option unterfallende wirtschaftliche Einheit eine höhere Verwaltungsvermögensquote als die gemäß § 13a Abs. 8 Nr. 3 ErbStG a. F. zulässige Quote von 10 % aufweisen und die Vollverschonung daher zu versagen sein, so kommt nach Ansicht des BFH ein Rückfall auf die Regelverschonung nicht in Betracht.¹⁵ Die Regelverschonung stellt aus seiner Sicht kein allgemeines Auffangnetz für wirtschaftliche Einheiten dar, die die gesteigerten Voraussetzungen der Vollverschonung nicht erfüllen. Die Entscheidung des Gesetzgebers, wonach die Optionserklärung gemäß § 13a Abs. 8 ErbStG a. F. ausschließlich unwiderruflich abgegeben werden

4 Rdnr. 5 der besprochenen Entscheidung.

5 Rdnr. 19 der besprochenen Entscheidung. Ebenso implizit die Finanzverwaltung in R E 13 a.21 Abs. 4 ErbStR 2019.

6 Rdnr. 26 der besprochenen Entscheidung.

7 R E 13 b.12 Abs. 1 Satz 2 ErbStR 2019; zuvor bereits R E 13 a.1 Abs. 2 Satz 2 ErbStR 2011; R E 13 b.20 Abs. 3 Satz 1 ErbStR 2011.

8 Insgesamt zum Komplex vgl. *Meincke/Hannes/Holtz*, ErbStG, § 13a Rdnr. 119; krit. zur bisherigen Gerichts- und Verwaltungspraxis *Kapp/Ebeling/Geck*, ErbStG, 92. EL 5/2022, § 13a Rdnr. 216.

9 FG Münster, Urteil vom 10.09.2020, 3 K 2317/19 Erb, DStRE 2021, 615.

10 Zur einheitlichen Abgabe des Antrags für alle Arten des erworbenen begünstigten Vermögens im Erbfall vgl. R E 13 a.13 Abs. 1 Satz 1 ErbStR 2011; R E 13 a.21 Abs. 1 Satz 1 ErbStR 2019; kritisch zur Pflicht der einheitlichen Abgabe *Hannes/Onderka*, ZEV 2009, 421, 425.

11 Rdnr. 28 der besprochenen Entscheidung.

12 BFH, Beschluss vom 05.03.2020, II B 99/18, BFH/NV 2020, 852 Rdnr. 16.

13 Rdnr. 30 der besprochenen Entscheidung.

14 R E 13 a.6 ErbStR 2019.

15 So auch die Finanzverwaltung, vgl. R E 13 a.21 Abs. 4 Satz 1 u. 2 ErbStR 2019; krit. die überwiegende Literatur, vgl. etwa von Oertzen/Loose/*Stalleiken*, ErbStG, 2. Aufl. 2020, § 13a Rdnr. 255 m. w. N.



kann, würde ihren Sinn verlieren, sollte alternativ für solche Einheiten stets die Regelverschonung greifen.¹⁶ Der Steuerpflichtige sieht sich mithin der Gefahr ausgesetzt, auch die Regelverschonung zu verlieren, sollte er den Voraussetzungen der Vollverschonung nicht gerecht werden können (sog. Optionsfalle). Doch ist diese Gefahr aus Sicht des BFH alles andere als unerwünscht, da sie gerade einen Anreiz für den Steuerpflichtigen darstellen könnte, die Voraussetzungen der Vollverschonung zu erfüllen, wodurch der Sinn und Zweck der §§ 13a und 13b ErbStG a. F. – der Schutz des geschenkten Betriebes und der mit ihm verbundenen Arbeitsplätze – verwirklicht werde.¹⁷

4. Relevanz für die Praxis

Dem Steuerpflichtigen bleibt im Anschluss an das klare Urteil des BFH wenig anderes übrig, als auch weiterhin vor Ausübung der Option ein besonderes Augenmerk auf den Umfang des vorhandenen Verwaltungsvermögens zu legen. Zwar erging die Entscheidung des BFH zur alten Rechtslage. Es ist jedoch davon auszugehen, dass die im vorliegenden Urteil aufgestellten Grundsätze auch auf § 13a Abs. 10 ErbStG in seiner aktuellen Fassung Anwendung finden werden.¹⁸ Es obliegt damit dem Steuerpflichtigen, die Einhaltung der gemäß § 13a Abs. 10 Satz 2 ErbStG einschlägigen Verwaltungsvermögensquote von maximal 20 % im Vorfeld der Option sorgfältig zu prüfen und bei mehreren übertragenen wirtschaftlichen Einheiten entsprechend separat zu optieren. Sollte keine der der Optionserklärung unterfallenden Einheiten die zulässige Grenze an Verwaltungsvermögen einhalten, geht der Antrag nach Ansicht der Finanzverwaltung ins Leere, weshalb in diesem Fall ein Rückfall auf die Regelverschonung zulässig sein soll.¹⁹ Mit dem eher formalen Argument der Unwiderruflichkeit des Optionsantrages versagt der BFH im vorliegenden Fall einen Rückfall auf die Regelbesteuerung und unterwirft die entsprechende Einheit im Ergebnis der umfassenden Besteuerung ohne jeglichen Wertabschlag. Ob dem Anliegen des Gesetzes, Betriebe und Arbeitsplätze zu erhalten, damit tatsächlich gedient ist, ist dabei zu bezweifeln.

¹⁶ Rdnr. 39 der besprochenen Entscheidung.

¹⁷ Rdnr. 43 der besprochenen Entscheidung.

¹⁸ Richter am BFH *Kugelmüller-Pugh*, DStR 2022, 2150, 2154.

¹⁹ R E 13 a.21 Abs. 4 Satz 3 ErbStR 2019.

22. Pflicht der Ehegatten zur Zustimmung zur Zusammenveranlagung

OLG Bamberg, Beschluss vom 10.01.2023, 2 UF 212/22

FamFG § 117 Abs. 3, § 68 Abs. 3 Satz 2

FamGKG § 40, § 42 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. **Aus dem Wesen der Ehe ergibt sich für beide Ehegatten grundsätzlich die Verpflichtung, die finanziellen Lasten des anderen Teils nach Möglichkeit zu vermindern, soweit dies ohne eine Verletzung eigener Interessen möglich ist.**
2. **Es besteht daher für beide Ehegatten jeweils die Verpflichtung, in eine Zusammenveranlagung einzuwilligen, wenn dadurch die Steuerschuld des anderen Ehegatten verringert, der in Anspruch genommene aber keiner zusätzlichen steuerlichen Belastung ausgesetzt wird. Eine solche Verpflichtung bleibt auch nach der Scheidung als Nachwirkung der Ehe bestehen.**
3. **Die Ehegatten können die Pflicht zur Zustimmung zur Zusammenveranlagung durch Vereinbarung wirksam abbedingen.**



Teil 3: Werte als Basis für Willensbildung

Von Notarin Dr. **Claudia Balzer**, Nürnberg

Sprache bildet ab, was im Innern eines Menschen vorgeht. Dabei wird vieles mitkommuniziert, was dem Sprecher selbst nicht bewusst ist. Hierzu gehören Werte und Bewertungen, die meist mit früher erlebten Situationen verknüpft sind. Der Notar, der in der Lage ist, solche unbewusst geäußerten Werte zu erkennen und zu hinterfragen, hilft dem Mandanten, für dessen Willensbildung wichtige Erkenntnisse zu gewinnen.

I. Ein Beispiel aus dem Beratungsalltag

Ein junger Mann, Ende 20, bittet um einen kurzfristigen Besprechungstermin in einer Erbsache. Den Sachverhalt schildert er so: Sein sehr vermöglicher Vater überschrieb Mitte 2022 seinem Bruder ein Einfamilienhaus und bestellte ihn unvorbereitet sehr kurzfristig zu dem Termin hinzu. In dem Termin hätte mein Mandant laut Ankündigung des Vaters „auf alles¹ verzichten sollen“, um für den Vater „Sicherheit zu schaffen“. Der Ausdruck „Sicherheit schaffen“ hatte bei meinem Mandanten eine fast angewiderte Stimmfärbung und ungewöhnlich scharfe Betonung, gut hörbar in der Sprachmelodie, die insgesamt „Empörung“ zum Ausdruck brachte.

In der Hektik des Dezembers 2022 gab es offensichtlich für den beurkundenden Notar keine Gelegenheit, diesen – in Wirklichkeit gegenständlich beschränkten – Pflichtteilsverzicht im Vorfeld zu erklären, weswegen mein Mandant dem Termin fernblieb und das Weihnachtsfest in der Familie hoch unharmonisch verlief. Dies schürte die Skepsis des jungen Mannes hinsichtlich der Folgen des Verzichts für ihn weiter. Da er sich über Weihnachten hinaus vom Vater genötigt fühlte, den Verzicht nachträglich zu erklären, suchte er nun nach Argumenten dagegen.

Die Empörung meines Mandanten war in jedem Satz zu hören. Meine Frage, ob er gegen die Schenkung des Hauses an den Bruder etwas einzuwenden hätte, verneinte er. Er selber habe schon ein Haus geschenkt bekommen und es gebe noch viel Vermögen des Vaters. Ich erklärte ihm die Funktion und Üblichkeit gegenständlich beschränkter Pflichtteilsverzichtes an Beispielen, die ihre Wirkung verdeutlichen. So konnte er verstehen, dass der Verzicht für ihn unproblematisch wäre, weil er von dem Haus nichts wollte. Dennoch war er mit dem Thema nicht versöhnt. Der Satz seines Vaters, er solle durch einen Verzicht Sicherheit schaffen, regte ihn weiterhin sichtbar auf.²

- 1 „Alles“ trifft in dieser Mächtigkeit kaum je zu und lohnt sich zu hinterfragen; auch solche „Übertreibungen“ weisen auf Missverständnisse in der Innenwelt des Sprechers hin.
- 2 Zu den Auswirkungen von (emotionalem) Stress auf die Gehirnfunktionen siehe Teil 2, MittBayNot 2023, 421.

Ich fragte ihn, warum denn „Sicherheit für den Vater“ ihn so sehr beschäftigte. Zunächst war ihm selbst seine emotionale Reaktion gar nicht bewusst. Als ich ihn auf seine offensichtliche Stimmfärbung³ bei diesem Begriff ansprach, dachte er darüber nach, was „Sicherheit“ für ihn bedeutete. Ihm fiel eine Geschichte aus seiner Kinderzeit ein: Der Vater als erfolgreicher Unternehmer hatte einen Hausjuristen, der ihm die Verträge für Lieferanten und Kunden schrieb. Und der Vater brüstete sich häufig mit der Sicherheit, die ein angestellter Jurist gebe, der alle Verträge schon passend machte. Einmal gab es einen großen Streit mit einem Lieferanten, dessen Sohn mein Mandant aus der Schule kannte. In diesem Streit unterlag der Lieferant, was der Vater lautstark und hämisch auf seine sicheren Verträge zurückführte. Der Vater brüstete sich, dass sich die Investition in seinen Hausjuristen zigfach gelohnt hätte und andere auf diese Sicherheit aus Blödheit verzichteten. Von seinem Schulkameraden erfuhr mein Mandant, dass dessen Vater wegen dieses Streits fast insolvent gegangen wäre und der Sohn aus Geldmangel nun auf Klavierunterricht verzichten musste.

II. Überholte Lebensregeln bestimmen oft das Denken und Handeln

Diese Geschichte war meinem Mandanten gar nicht mehr präsent – erst meine Frage holte sie aus der Tiefe seines episodalen Gedächtnisses.⁴ Er erkannte, dass dieses Erlebnis für ihn zu einer allgemeinen Lebensweisheit, auch als Glaubenssatz bezeichnet, geführt hatte: Des einen Sicherheit fügt stets einem anderen Schaden zu. Dieser Satz war zusammen mit seiner emotionalen Betroffenheit über das für ihn unfaire Ergebnis tief in ihm gespeichert und beeinflusste noch immer sein Denken und Handeln. In sein Bewusstsein geholt, wurde meinem Mandanten auch klar, dass die Verallgemeinerung, die er als Kind daraus gemacht hatte, nicht zutraf. Und dass er selbst nicht – wie sein Vater – auf Kosten anderer agieren wollte, betraf seine eigenen Werte und Handlungsmaximen und hatte nichts mit „Sicherheit“ oder „Verzicht“ zu tun.

Aus diesem Fall lassen sich verschiedene, im Notaralltag relevante Eigenschaften von Werten erkennen, deren genauere Betrachtung für den Beratungsalltag lohnenswert ist:

- 3 Man nennt es auch „analoge Markierung“, wenn etwas bewusst oder unbewusst besonders betont ausgesprochen wird, da es das Wort als wichtig für den Sprecher markiert.
- 4 Siehe Teil 1 der Serie, MittBayNot 2023, 314.

III. Werte geben Orientierung – und ihr Bedeutungsgehalt ist oft Jahrzehnte alt

Werte wie „Sicherheit“, „Fairness“ oder „Gerechtigkeit“ kommen häufig im Notaralltag vor. Über ihre Wichtigkeit besteht Konsens. Werte⁵ bestimmen jedes menschliche Verhalten, sind eine Triebkraft, aber zugleich ein Koordinatensystem, ein Kompass, an denen sich Menschen orientieren, und sie bilden die Basis von Entscheidungen.

Der innerlich unter einem Wert, zum Beispiel Sicherheit, gespeicherte Bedeutungsgehalt wird überwiegend in der Kinder- und Jugendzeit durch persönliche Erlebnisse, Geschichten von Erlebnissen anderer oder Lebensregeln der Familie gebildet und auf der Gefühlsebene mit eigenen Handlungsmaximen verbunden. Der Wert und seine individuell geformte Bedeutung schwingen im täglichen Leben stets mit, ohne aber regelmäßig ins Bewusstsein gerufen und aktualisiert zu werden. Damit arbeitet das innere System vieler Menschen gleichsam auf einem Koordinatensystem, einem Entscheidungsprogramm, das Jahrzehnte alt ist und mit der heutigen Lebenswirklichkeit dieses Menschen oftmals nicht mehr zusammenpasst. Der Sohn im Fallbeispiel hatte erkannt, dass er im aktuellen Kontext trotz Sicherheit für den Vater nicht unfair behandelt wurde und sein Wertekanon trotz des Signalwortes „Sicherheit“ unbeeinträchtigt war.

IV. Die grundlegenden Werte teilen alle Menschen – auf die Hierarchie kommt es an

Alle Menschen teilen die wesentlichen Grundwerte (Sicherheit, Freiheit, Vertrauen usw.), selbst wenn sie andere politische Einstellungen haben, anders leben oder sogar offen gegen die Gesellschaft opponieren. Niemand würde sagen, dass einer dieser Werte nicht wichtig ist – jeder möchte per se sicher und frei leben, mit anderen Menschen, Familie, Freunden verbunden sein, Menschen vertrauen können usw. Der Unterschied zwischen den Menschen ist, welche Bedeutung sie einem konkreten Wert in einem konkreten Kontext in ihrer Hierarchie zu anderen Werten beimessen. Ist beispielsweise in einem bestimmten Moment Freiheit so viel wichtiger als Sicherheit, kann ein gewisses Maß an Unsicherheit toleriert werden. Ein Wert alleine hat keinen Aussagegehalt; erst die Beziehung zu anderen Werten stellt die Grundlage für Entscheidungen und Verhalten dar. Die Hierarchie der Werte ist abhängig von der jeweiligen Persönlichkeit – also den gespeicherten Erfahrungen eines Menschen aus dessen Vergangenheit – und vom konkreten Kontext.

Der Sohn im Fallbeispiel würde auch nicht sagen, dass „Sicherheit“ etwas Schlechtes ist und er generell ablehnt, dass sein Vater sichere Verträge haben will. Nur lag im Kontext „Vertrag“ die „Sicherheit für den Vater“ im Konflikt mit „Fairness für ihn selbst“. Deswegen hat er auf das Ansinnen des Vaters, „Sicherheit“ zu wollen, emotional intensiv reagiert. Seine Reaktion entstand aus dem inneren Wertekonflikt auf der Basis der alten Geschichte und der daraus unbewusst

5 Eine allgemeingültige Definition gibt es nicht; die Beschreibung ist eine Zusammenfassung gängiger Definitionsversuche, die mir für den Notarkontext nützlich erscheint.

abgeleiteten Lebensregel. Die Emotion setze die Stressmechanismen des Sohnes in Gang und er verweigerte seine Mitwirkung (Widerstand gegen den Vater), aus dem heraus der eigentliche Familienkonflikt an Weihnachten entstand, obwohl objektiv keine Werte des Sohnes verletzt waren.

V. Emotionen können auf innere Ziel- und Wertekonflikte hinweisen

In diesem Fall hätte es sich für den Sohn und ein harmonisches Weihnachtsfest gelohnt, schon in dem Moment seiner ersten starken emotionalen Reaktion zu ergründen, warum das Ansinnen seines Vaters in ihm diese starken Emotionen auslöste. Ärger oder Wut sind emotionale Reaktionen des Unterbewusstseins, die stets eine innere Unstimmigkeit, einen inneren Ziel- oder Wertekonflikt anzeigen. Diese Emotion erzeugt das System (Körper, Verstand, Unterbewusstsein) des Sohnes und weist damit auf den inneren Konflikt hin. Kein Mensch kann in einem anderen Menschen Emotionen erzeugen; der Vater verhält sich lediglich in einer Weise, die beim Sohn in seinen vorhandenen inneren Strukturen eine Resonanz auslöst, die seine Emotionen verursachen. Wenn der Sohn die alte Geschichte schon einmal in Ruhe reflektiert und für sich ihre emotionale Bedeutung verstanden hätte, hätte er wahrscheinlich ruhiger und überlegter mit dem Ansinnen des Vaters umgehen,⁶ die Fakten eruieren und sachlich bewerten können.

Der Notar ist häufig im Familienkontext tätig, in dem die Beteiligten zwangsläufig eine langjährige Historie miteinander teilen. Werden hierbei alte Verletzungen berührt, können die damit verbundenen Emotionen eine für sämtliche Beteiligte sinnvolle Regelung in der Gegenwart und für die Zukunft verhindern. Um eine Lösung für die Familie zum Beispiel im Rahmen der Vermögensnachfolge zu finden, die für alle Familienmitglieder weitgehend stimmig ist und alte Konflikte eher löst als neue schürt, sind möglicherweise solche alten Geschichten von großer Relevanz. Hier hilft es den Familienmitgliedern, wenn sie verstehen, welche Erlebnisse in ihrer Vergangenheit ihre Werte und deren Hierarchie geprägt haben und ob diese Erfahrung in der Gegenwart noch von „echter“ Relevanz ist. Wird dem Mandanten klar, dass er jetzt 20, 30 oder noch mehr Jahre älter ist, seine persönliche Situation mit der aus Kinder- und Jugendentagen nicht mehr vergleichbar ist, die Struktur der Familie und sein eigener Einfluss sich geändert haben, verlieren alte Erlebnisse ihre innere Macht. Gerade Kindern wie im Fallbeispiel der Sohn wird dann oft mithilfe des Notars, der diese inneren Vorgänge aufdeckt,⁷ klar, dass sie jetzt ein eigenes Leben führen, von den Eltern unabhängig sind und ihre eigenen Entscheidungen nach ihrem persönlichen

6 So hatte sein Unterbewusstsein aus der unverarbeiteten Erfahrung der Kindheit „Gefahr“ signalisiert, automatisiert die Stressreaktion „Kampf“ ausgelöst und der Verstand hatte keine Chance zu übernehmen – zu den Stressreaktionen des Gehirns, MittBayNot 2023, 421, 422.

7 Natürlich braucht diese Erkenntnisarbeit einen geschützten Rahmen und einen Termin, in dem einzeln oder nur mit nahen Personen gleichgerichteter Interessen gearbeitet wird.

Wertekanon treffen können. Damit fällt es ihnen viel leichter, ihre automatischen emotionalen Reaktionen als veraltet zu identifizieren und neue Entscheidungen auf der Basis eines balancierten emotionalen Zustands zu treffen.

VI. Werte und deren Hierarchie sollten bewusst sein, um aus aktuellen Maßstäben zu agieren

Werte sind zwar die Basis aller Entscheidungen, doch sind sie Menschen sehr häufig nicht bewusst. Der Notar kann in der Beratung die Werte, die dem Mandanten wichtig sind, aus seinen Aussagen heraushören, genauso wie deren Hierarchie und auch innere Ziel- oder Wertekonflikte. Ergeben sich hieraus Konflikte mit Werten anderer Beteiligten oder innerliche Konflikte des Mandanten, hilft es dem Mandanten, wenn der Notar deren Herkunft mit dem Mandanten gemeinsam eruiert.

Gerade wenn der Mandant bestimmte Werte immer wieder, möglicherweise auch mit anderen Worten, wiederholt, diese Worte einen ungewöhnlichen Stimmklang im Vergleich zum restlichen Satz haben oder die Mimik, Gestik oder Haltung auf eine besondere Wichtigkeit eines Wertes und einen inneren Konflikt hinweisen, ist es sinnvoll, dem nachzugehen. Auch wenn ein Mensch inkongruent reagiert, also mit dem Wortsinn etwas anders sagt als mit seinen nonverbalen Signalen (jemand sagt „Nein“ und nickt dazu), sprechen zwei Teile aus ihm – der eine vertritt die nonverbale Botschaft, der andere die verbal geäußerte. Beide Botschaften haben ihre Berechtigung und sollten gehört werden, um eine für den Mandanten stimmige Lösung zu finden.

VII. Werte werden durch Containerworte ausgedrückt – und brauchen Kriterien

Jeder gibt dem Begriff „Sicherheit“, ebenso wie anderen Werten, automatisiert eine persönliche, oft viele Jahre alte Bedeutung. Genau wie ein Sprecher nicht präsent hat, auf welche alten Erfahrungen sich sein Verständnis für einen Begriff gründet, ist dem Zuhörer nicht bewusst, dass er ganz automatisiert seine eigene, möglicherweise genauso veraltete innere Bedeutung seinem Verständnis der Aussage des anderen zugrunde legt.

Letztlich sagte eine Mandantin zu mir zum Beispiel: „Sie müssen doch wissen, was die Wohnung wert ist. Der Notar ist doch zuständig, mir Sicherheit zu geben!“ Hier hatte „Sicherheit“ eine starke wirtschaftliche Komponente und das Missverständnis über den Verantwortungsbereich des Notars und die Kriterien von „Sicherheit“ im Rahmen einer notariellen Vertragsabwicklung zu klären, kostete einige Mühe. Hätte sie nur gesagt „Der Notar muss Sicherheit geben“ und ich – sehr wahrscheinlich – meine vom Gesetz vorgesehene Aufgabe in puncto Sicherheit zugrunde gelegt, wäre es nicht zur Klärung gekommen. Vielleicht hätte eine auffällige Betonung oder Stimmfärbung (analoge Markierung) des Wortes mich zu einer Nachfrage animiert, da dadurch die Wichtigkeit des Wortes offenbar geworden wäre.

Der Notar, den solche Containerworte hellhörig werden lassen und der direkt nachfragt, findet hier Konfliktpotenzial und Dissense, bevor daraus Probleme entstehen, und

vermeidet gleichzeitig, automatisiert und unbewusst seine persönliche Bedeutung einzusetzen.

VIII. Abstrakte Worte spiegeln ein gemeinsames Verständnis vor

Die Eigenschaft von Worten, die Werte oder sonstige Abstraktionen benennen, ist gerade, dass sie keine allgemeingültigen, sinnesspezifisch beschreibbaren, konkreten Erfahrungen wiedergeben. Es gibt zu derartigen Worten, die einen Wert (Sicherheit, Freiheit) oder ein Gefühl⁸ (Angst, Liebe⁹) beschreiben, keine konkret-bildliche Entsprechung in der Außenwelt wie für Worte, die einen Gegenstand (Auto) oder eine konkrete Tätigkeit (zum Beispiel Auto fahren) beschreiben. Diese Begriffe für Abstraktionen erscheinen eindeutig, doch jeder hat im jeweiligen Kontext ein individuelles Verständnis davon. Dieses ist vielfach mit emotionalen Erfahrungen aus Kindertagen verbunden.

Diese Abstraktionen sind gleichsam ein Container für hoch unterschiedliche Inhalte mit so plakativer Aufschrift, dass dem Zuhörer eine Nachfrage kaum in den Sinn kommt. Er glaubt vielmehr, ganz sicher zu wissen, was der andere meint. Auch dem Sprecher kommt nicht in den Sinn, dass das Wort nicht allgemeingültig beschreibt, was er ausdrücken will – und viele können selbst bei Nachfrage nicht einmal genaue Kriterien dafür geben, wann beispielsweise ein Wert für sie erfüllt ist und wann nicht.

Damit kann Sprache den eigentlichen tieferen Inhalt mehr verschleiern als offenbaren – jeder glaubt, er verstehe genau die Bedeutung und merkt nicht, dass sich die Beteiligten missverstehen. Die Oberflächenstruktur des Satzes scheint klar und eindeutig zu sein und verbirgt doch die Tiefenstruktur des eigentlich gemeinten Inhalts – oft genug auch vor dem Sprecher selbst. Als Notar sollte man für derartige Containerworte sein Ohr sensibilisieren. Das Aufdecken der tatsächlich hinter der Formulierung steckenden Bedürfnisse, Erwartungen oder Ängste bringt Klarheit und kann als Arbeitsgrundlage dienen. Gibt es eine relevante Diskrepanz der von den Beteiligten gedachten Bedeutung eines Begriffs, offenbart sich ohne Nachfragen diese schlimmstenfalls erst, wenn das Unglück schon seinen Lauf genommen hat.

IX. Geschichten für den Mandanten

Reagiert ein Mandant zurückhaltend oder skeptisch, wenn der Notar seine Aussagen so genau nimmt und nachfragt, kann eine Geschichte wie die des Beispielfalls zu Beginn helfen. Die Erfahrung eines anderen Menschen kann über eine solche Geschichte, die der Mandant innerlich mitfühlt, zu seiner selbst erlebten Erfahrung werden. Mit seinem eigenen Wertekanon, dies zum Besten des Mandanten und seines Familiensystems zu machen, wird der Notar eine hilfreiche Veränderung im Mandanten begleiten können.

8 Da diese Worte nur auf einer Gefühlsebene (also kinästhetisch) im Menschen verankert sind, ist die Grenze zwischen „bloßem Gefühl“ und „Wert“ unscharf.

9 Zu den vielfältigen Missverständnissen zu diesem Wort und darauf fußenden Beziehungskonflikten *Chapman*, Die fünf Sprachen der Liebe, 2019.

Tagungsbericht

Nachmittagstagung zur Evaluation der EuErbVO der Forschungsstelle für notarielle Rechtsgestaltung der Universität Heidelberg am 20.01.2023

Von Elisabeth Dux, Heidelberg¹

Am 20.01.2023 fand in der Aula der Neuen Universität die Nachmittagstagung zur Evaluation der EuErbVO² der Forschungsstelle für notarielle Rechtsgestaltung (NotaReG) der Universität Heidelberg statt. In seinem Grußwort zu Beginn der Veranstaltung stellte Professor Dr. *Christian Baldus*, Leiter der Forschungsstelle und Direktor des Instituts für geschichtliche Rechtswissenschaft der Universität Heidelberg, den Anlass der Tagung dar: Zehn Jahre nach dem Inkrafttreten der EuErbVO im August 2015 stehe nach Art. 82 EuErbVO die Evaluation der Verordnung an. Es lägen mittlerweile erste Ergebnisse einer europaweiten Studie zu den Erfahrungen und Erwartungen der Praxis bzgl. der EuErbVO vor. Durchgeführt wurde diese Studie („Monitoring and evaluating the application of the Succession Regulation EU 650/2012 – MAPE Successions“) vom Rat der Notariate der EU (Conseil des Notariats de l'Union Européenne – C. N. U. E.) unter Mitwirkung der BNotK.³ Im Rahmen von drei Fachvorträgen und einer Podiumsdiskussion würden verschiedene Aspekte der EuErbVO und deren Bedeutung für die deutsche, aber auch andere europäische Rechtsordnungen beleuchtet werden.

Professor Dr. *Martin Gebauer*, Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Tübingen und nebenamtlicher Richter am OLG Stuttgart, referierte zu dem Thema „Die EuErbVO im System des Europäischen Internationalen Privat- und Verfahrensrechts: Mehr ‚Brüssel-Rom O‘ nach der Revision?“. Die Chiffre ‚Brüssel-Rom O‘ stehe hierbei für die Erkenntnis, dass sich allgemeine Fragen gleichermaßen im materiellen Kollisionsrecht („Rom“) wie im Verfahrensrecht („Brüssel“) der EU stellten. *Gebauer* betonte, dass es zentrale Rechtsinstitute mit Querschnittscharakter gebe, wie zum Beispiel die Qualifikation und die Anknüpfung von Vorfragen, die keine Verordnung ausdrücklich regele. Dies

sei aber kein Mangel. Vielmehr gehöre die Entwicklung eines europäischen Systems des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts nur begrenzt in den Verantwortungsbe- reich des europäischen Gesetzgebers. Anschließend thematisierte *Gebauer* die stark variierenden mitgliedstaatlichen Befindlichkeiten gegenüber dem europäischen System: Einerseits werde versucht, die eigenen Rechtsvorstellungen durchzusetzen. Andererseits werde zum Teil probiert, eine Harmonisierung dadurch zu erreichen, dass Mitgliedstaaten ihre eigene Rechtsordnung autonom an das Europarecht angleichen. Schließlich käme es vor, dass es eine Quellenkonkurrenz durch bilaterale Übereinkommen mit Drittstaaten gebe. Im Folgenden ging der Referent auf mehrere Rechtsinstitute mit Querschnittscharakter ein: Die Einführung der Nachlassseinheit durch die EuErbVO habe in vielen Mitgliedstaaten einen Bruch mit dem bisherigen System bedeutet. Die dem Erblasser eingeräumte Rechtswahlmöglichkeit berge die Gefahr, den Gleichlauf von *forum* und *ius* zu sprengen; ebenso relativiere der Renvoi die Nachlassseinheit. Weiterhin sei es zu kollisionsrechtlichen Feinjustierungen auf der Ebene des Sachrechts gekommen, wie die „Anpassung“ nach Art. 31 EuErbVO zeige. Indirekt sei durch die Verordnung auch die Qualifikation geregelt worden, wobei den Normen zum Anwendungsbereich eine große Bedeutung zukomme. Auch Kriterien wie der *effet utile* spielten für die Qualifikation eine Rolle – man könne von „impliziten Qualifikationsvorgaben“ des Europarechts sprechen. Europarechtliche Argumente wie die Effizienz des Nachlasszeugnisses könnten auch die Vorfragenanknüpfung steuern bzw. für eine unselbstständige Anknüpfung von Vorfragen sprechen. *Gebauer* führte sodann aus, dass das Verhältnis zu Drittstaaten im Europäischen Kollisionsrecht eine große Rolle spiele, wobei vor allem die Verfahrenskoordination wichtig sei, wozu die EuErbVO aber keine Regelungen treffe. Zur Beseitigung der daraus resultierenden mitgliedstaatlichen Zersplitterung schlug er eine Angleichung an das System der Brüssel Ia-VO vor. Abschließend fasste *Gebauer* zusammen, dass die EuErbVO eng mit dem System des Europäischen Kollisionsrechts verwoben sei und ganz unterschiedliche mitgliedstaatliche Traditionen und Vorverständnisse zusammenführe.

Christian Schall, LL.M. (Edinburgh), Notar in Marktheidenfeld, stellte im Anschluss die Studie MAPE Successions vor und

- 1 Die Autorin ist Doktorandin an der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg und ehemalige Geschäftsführerin der Forschungsstelle für notarielle Rechtsgestaltung.
- 2 Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 04.07.2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses.
- 3 Die Konferenz wurde mit Mitteln aus dem MAPE-Projekt des C. N. U. E. gefördert.



beschrieb die Erwartungen der Praxis an die Revision der EuErbVO. Neben dem C. N. U. E seien bei der Studie die BNotK, die Notarkammern der Staaten Litauen, Malta und Ungarn sowie der europäische Zusammenschluss der Testamentsregister (ARERT/ENRWA) involviert. Bei der Studie habe es einen Online-Fragebogen in Multiple-Choice-Form gegeben, der von allen Notaren der C. N. U. E-Mitgliedstaaten ausgefüllt werden können. 2.103 Notare, mithin regelmäßig 5-10 % aller Notare in jedem Mitgliedsstaat, hätten den Fragebogen beantwortet. Weiterhin habe es einen ausführlicheren Fragebogen, der sich an Notare richtete, die viel mit europäischem Recht arbeiteten, und einen Fragebogen für Behörden gegeben. Bei der Auswertung der Daten habe man sich auf sechs Hauptpunkte gestützt: So wurden generelle Aspekte der Verordnung, Zuständigkeits- und Rechtswahlregelungen, das standardmäßig anwendbare Recht, Abweichungsmöglichkeiten und das Europäische Nachlasszeugnis (ENZ) beleuchtet. Zunächst stellte *Schall* dar, dass 73 % der Befragten angegeben hätten, die EuErbVO schon einmal angewendet zu haben, davon allerdings 74 %, dass die Anwendung nur selten oder sogar nur ein einziges Mal erfolgt sei. Als Vorteile der Verordnung seien hervorgehoben worden das Europäische Nachlasszeugnis, die Einheit des Nachlasses, das einheitliche IPR innerhalb der Mitgliedstaaten, die standardmäßige Anwendung des Rechts des letzten gewöhnlichen Aufenthalts und die Rechtswahlmöglichkeit. Einige der Vorteile der Verordnung hätten jedoch zugleich auch Nachteile: So könne das Europäische Nachlasszeugnis Schwierigkeiten bereiten, insbesondere, wenn es nicht alle notwendigen Informationen enthalte. Problematisch seien weiterhin die fehlende Definition des letzten gewöhnlichen Aufenthalts, das Ausbleiben der Vereinheitlichung der steuerrechtlichen Regelungen und Hindernisse bei der Anwendbarkeit ausländischen Rechts bzw. bei der Kommunikation mit Behörden anderer Mitgliedstaaten. Bezüglich der Zuständigkeitsregelungen stellte *Schall* dar, dass das Institut der Gerichtsstandswahl nach Art. 5 EuErbVO bei lediglich 16 % der Befragten bereits genutzt worden sei, während sich 70 % für die Zulässigkeit der Gerichtsstandswahl durch den Verstorbenen aussprächen. 37 % der Rechtsanwender hätten bereits Erfahrungen mit parallelen Verfahren gemacht. Eine Rechtswahl sei von 68 % der Befragten angewendet worden. Hinsichtlich des standardmäßig anwendbaren Rechts hätten 38 % der Rechtsanwender Schwierigkeiten bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts. In Bezug auf die Abweichungsmöglichkeiten vom anwendbaren Recht hätten 4 % angegeben, schon einmal den *ordre public*-Vorbehalt des Art. 35 EuErbVO angewendet zu haben. 10 % hätten zur Abweichung bereits Art. 21 Abs. 2 EuErbVO angewendet, der eine offensichtlich engere Bindung des Erblassers vorsieht. 44 % der Befragten gaben an, schon einmal ein Europäisches Nachlasszeugnis erstellt zu haben. Insgesamt stelle das Europäische Nachlasszeugnis im Vergleich zu nationalen Erbnachweisen eher die Ausnahme dar, obwohl es in manchen Mitgliedstaaten gegenüber ausländischen nationalen Erbnachweisen eher anerkannt werde. In der deutschen Rechtspraxis nehme *Schall* allerdings das Gegenteil wahr. Praktische Probleme seien die kurze Gültigkeit der beglaubigten Abschriften des Europäischen Nachlasszeugnisses, die Komplexität der For-

mulare und die Anwendbarkeit des Europäischen Nachlasszeugnisses aus einem Mitgliedstaat in einem anderen. Als Empfehlungen nach Auswertung der Daten sprach *Schall* aus, dass weiterhin Fortbildungen zum Europäischen Nachlasszeugnis angeboten werden sollten und ein Austausch zwischen Notaren stattfinden sollte. Ggf. könne darauf hingewirkt werden, dass der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts genauer bestimmt werde. Es sollten Lösungen für die Fälle gefunden werden, in denen die Anwendbarkeit von Art. 4 EuErbVO für die Erben unpraktisch sei, da sie und der Großteil des Nachlasses sich in einem anderen Mitgliedstaat befänden. In Betracht käme hierfür die Möglichkeit der Gerichtsstandswahl durch den Erblasser. Parallele Gerichtsverfahren ließen sich bspw. durch eine Verknüpfung nationaler Register für die geführten Verfahren auf Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses verhindern. Wünschenswert sei es außerdem, so *Schall*, dass die Rechtswahl weiter ausgebaut werde. Bezüglich der Ausnahmenvorschriften des Art. 21 Abs. 2 und Art. 35 EuErbVO müsse auf eine enge Auslegung hingearbeitet werden. Hinsichtlich des Europäischen Nachlasszeugnisses plädierte *Schall* für eine Nachbesserung der Formblätter und eine Verlängerung der Gültigkeit der beglaubigten Abschriften.

Im Rahmen der anschließenden Diskussion wurde auf eine Definition des Begriffes des gewöhnlichen Aufenthalts, Beweisschwierigkeiten bei der Bestimmung desselben, Erweiterungen der Möglichkeit der Rechtswahl, den Renvoi und mögliche Formen und Wirkungen eines Europäischen-Nachlasszeugnis-Registers eingegangen. *Schall* und *Gebauer* befürworteten dabei eine Rechtswahl in dem Sinne, dass auch das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts bei Errichtung der Verfügung von Todes wegen gewählt werden könne.

Im dritten Fachvortrag referierte Dr. *Carl Friedrich Nordmeier*, Richter am LG Frankfurt a. M., zur EuErbVO in der deutschen Rechtspraxis. In dieser sei die Verordnung erfolgreich angekommen, an einigen Stellen zeige sich aber Verbesserungspotenzial. Der Referent kritisierte die Regelung des zeitlichen Anwendungsbereichs (Art. 83 EuErbVO), da die Norm überkomplex sei. Zum Prozessualen, insbesondere zur internationalen Zuständigkeit, arbeitete *Nordmeier* heraus, dass in Grenzfällen zur Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts (Art. 4 EuErbVO) eine einzelfallbezogene Gesamtabwägung notwendig sei. Die Bestimmungen über die Gerichtsstandsvereinbarungen (Art. 5-9 EuErbVO) seien im Einzelnen zu komplex. Der Referent plädierte dafür, einseitige Gerichtsstandbestimmungen (ggf. in Kombination mit einer Rechtswahl) durch den Erblasser zugunsten des aktuellen gewöhnlichen Aufenthalts zuzulassen, um einen Gleichlauf von *forum* und *ius* herzustellen. Zum anwendbaren Recht führte *Nordmeier* aus, dass sich der Anknüpfungspunkt des gewöhnlichen Aufenthalts (Art. 21 Abs. 1 EuErbVO) trotz partieller Schwierigkeiten bei seiner Feststellung etabliert habe. Bezüglich der Rechtswahl sprach sich der Referent dafür aus, die Wahl des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts im Errichtungszeitpunkt einer Verfügung von Todes wegen zu gestatten, was vor allem für das tatsächliche Erbstatut von Bedeutung sei, und zur Folge habe, dass es eine Parallelität von hypothetischem und tatsächlichem Erbstatut herstellen lasse. Da sich in

der Praxis Unsicherheiten in der Unterscheidung zwischen hypothetischem und tatsächlichem Erbstatut zeigten, schlug *Nordmeier* die Aufnahme einer gesetzlichen Vermutung in die EuErbVO vor, dass im Zweifel sowohl das hypothetische als auch das tatsächliche Erbstatut erfasst seien. Laut *Nordmeier* bedürfe weiterhin die kollisionsrechtliche Behandlung gemeinschaftlicher Testamente einer Überarbeitung: Während momentan gemeinschaftliche Testamente zur Beachtung der Bindungswirkung unter die Erbvertragsdefinition des Art. 3 Abs. 1 lit. b) EuErbVO subsumiert würden, um eine Anwendung des Art. 25 EuErbVO (statt des Art. 24 EuErbVO) zu ermöglichen, sei es stimmiger, einseitige und mehrseitige Verfügungen von Todes wegen voneinander abzugrenzen. Hinsichtlich des Europäischen Nachlasszeugnisses betonte *Nordmeier* dessen Praxisrelevanz, auch wenn es den deutschen Erbschein oder das Testamentsvollstreckerzeugnis nicht verdrängt habe. Der Referent plädierte dafür, dass in die Verordnung die Möglichkeit zur Ausstellung eines Teil-Europäischen-Nachlasszeugnisses aufgenommen werden und der Inhalt des Europäischen Nachlasszeugnisses gestrafft werden solle. *Nordmeier* schlug außerdem eine unbegrenzte Gültigkeit der beglaubigten Abschriften des Europäischen Nachlasszeugnisses in Verbindung mit einer Einziehung im Falle einer Änderung vor. In Bezug auf die widerlegliche Vermutungswirkung des Europäischen Nachlasszeugnisses (Art. 69 Abs. 2 EuErbVO), die es ermögliche, dass die verwendende Stelle eine Prüfung des Europäischen Nachlasszeugnisses in der Sache vornehme, sprach sich der Referent stattdessen für eine Berechtigung der verwendenden Stelle aus, ein Berichtigungsverfahren bei der Ausgangsbehörde zu initiieren, wie es aus dem unional geprägten Zivilverfahrensrecht bekannt sei. In Bezug auf den Normtext plädierte *Nordmeier* für legislative Kürze und dafür, die Behandlung seltener Einzelfälle der Rechtsprechung zu überlassen.

In der folgenden Podiumsdiskussion wurde unter der Moderation von Dr. *Thomas Raff*, Notar in Ludwigshafen am Rhein, auf die Herausforderungen der EuErbVO im Vergleich europäischer Erfahrungen eingegangen: Professor Dr. *Paul Klötgen*, Nancy (Frankreich), stellte zunächst fest, dass die EuErbVO von den französischen Notaren grundsätzlich positiv bewertet werde. In Bezug auf die Rechtswahl ging er auf die Anknüpfungspunkte des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts und des Rechts der Staatsangehörigkeit ein, wobei er deren Verhältnis und Hierarchie als unklar bezeichnete und kritisierte, dass der gewöhnliche Aufenthalt des Art. 21 EuErbVO als allgemeine Regel bezeichnet werde, wobei dieser weniger zwingend als das nach Art. 22 EuErbVO gewählte nationale Recht sei, da letzteres nicht unter Berufung auf eine andere engere Verbindung außer Kraft gesetzt werden könne. Im Folgenden arbeitete der Referent eine aktuelle Regelung des französischen Rechts mit Bezug zur EuErbVO heraus: 2021 habe der französische Gesetzgeber einen neuen Abs. 3 in den Art. 913 Code Civil aufgenommen. Der Text sei schlecht formuliert und wenig nützlich, so *Klötgen*, aber interessant, da festgelegt werde, dass das französische Pflichtteilsrecht Bestandteil des *ordre public* sei. Mit der Regelung habe der französische Gesetzgeber eine Lücke des Art. 35

EuErbVO füllen wollen, dessen Überarbeitung *Klötgen* vorschlug: Wie noch in Art. 27 des Entwurfs der EuErbVO vorgesehen, solle Art. 35 EuErbVO einen Abs. 2 erhalten, in dem festgelegt sei, dass die Anwendung einer Vorschrift des nach der Verordnung bezeichneten Rechts nicht nur deswegen gegen den *ordre public* verstoße, weil sich die Vorschriften zum Pflichtteilsrecht von denen des Staates des angerufenen Gerichts unterschieden. Gegen die exzessive Auslegung des Absatzes solle allerdings Abs. 1 der Norm um den Zusatz „insbesondere im Hinblick auf die Regelungen zum Pflichtteilsrecht“ ergänzt werden.

Anja Holtz, Notarin in Esch-sur-Alzette (Luxemburg), ging im Folgenden auf einzelne relevante Punkte für das luxemburgische Notariat im Zusammenhang mit der EuErbVO ein. Dabei thematisierte sie zunächst die Herausforderung der Bestimmung des anwendbaren Rechts: Probleme ergäben sich beispielsweise dann, wenn Personen im Ausland wohnten, aber weiterhin einen offiziellen Wohnsitz in Luxemburg hätten. Weiterhin legte sie dar, dass ein Gleichlauf von *forum* und *ius* den Erblassern nicht unbedingt zugutekäme, da auch bei der Zuständigkeit luxemburgischer Gerichte die Wahl des Rechts der Staatsangehörigkeit für den Erblasser mehrgestalterische Freiheit bedeuten könne. *Holtz* führte aus, dass in Luxemburg bereits die Möglichkeit bestehe, über die Notarkammer die Europäischen-Nachlasszeugnis-Register der französischen und niederländischen Notare abzufragen und plädierte für die Einrichtung noch umfangreicherer Register. Sie problematisierte weiterhin, dass das Europäische Nachlasszeugnis keine Urkunde darstelle und aus diesem Grund keinen Eingang ins Urkundsregister der Notare statfinde.

Im Anschluss arbeitete *Tomasz Kot*, Notar in Krakau (Polen), heraus, dass seit 2008 auch Notare, neben den Gerichten, in Polen Nachlasszeugnisse ausstellen könnten. Ursprünglich sei das aber nur in Fällen möglich gewesen, die keinen ausländischen Bezug hatten. Das Inkrafttreten der EuErbVO habe dazu geführt, dass die polnischen Notare, obgleich nicht als Gericht im Sinne der Verordnung anerkannt, nun die Bestimmungen der Verordnung zur gerichtlichen Zuständigkeit anwendeten, um festzustellen, ob ein Nachlasszeugnis ausgestellt werden dürfe. *Kot* betonte, dass es in Polen 18 bilaterale Abkommen im Bereich des Erbrechts gebe und es strittig sei, ob ein Notar ein Nachlasszeugnis ausstellen könne, wenn die polnischen Gerichte aufgrund dieser Abkommen nur für einen Teil des Nachlasses zuständig seien. Problematisch sei weiterhin die Feststellung des gewöhnlichen Aufenthalts, wobei sich in Fällen mit Bezug zu angelsächsischen Ländern besondere Herausforderungen ergäben. Zum Europäischen Nachlasszeugnis führte *Kot* aus, dass ausländische Europäische Nachlasszeugnisse in Polen eine breite Akzeptanz erführen. 75 % der Europäischen Nachlasszeugnisse würden in Polen von Notaren ausgestellt. Hinsichtlich der Einführung eines europäischen Registers für Nachlasszeugnisse merkte *Kot* an, dass der Aufwand der Erstellung und Pflege eines solchen Registers beachtet werden müsse. Zuletzt sprach sich der Referent dafür aus, die Rechtswahl nur in Bezug auf Rechtsordnungen zu ermöglichen, in denen die EuErbVO gelte.

Professorin Dr. *Sofia Henriques*, Notarin in Lissabon (Portugal), legte dar, dass in Portugal die Zuständigkeit für die Ausstellung des Europäischen Nachlasszeugnisses bei den Personenstandsregistern bzw. den dort angesiedelten Nachlassstellen liege, die für alle Vorgänge im Zusammenhang mit der Erbfolge verantwortlich seien. Da diese Stellen unter einer hohen Arbeitsbelastung litten, würden nur wenige Europäische Nachlasszeugnisse ausgestellt. Aus diesem Grund schlug *Henriques* vor, dass alle in Art. 64 EuErbVO genannten oder zur Ausstellung von Erbbescheinigungen befugten Stellen in jedem Mitgliedstaat für die Ausstellung des Europäischen Nachlasszeugnisses zuständig sein sollten. Weiterhin sprach sich die Referentin dafür aus, dass es ein zentrales europäisches Register für Testamente und Europäische Nachlasszeugnisse geben solle. *Henriques* schlug darüber hinaus vor, dass Art. 68 lit. g) EuErbVO insofern ergänzt werden solle, dass auch der Familienstand des Begünstigten, der Name des Ehegatten und ggf. der Güterstand im Europäischen Nachlasszeugnis genannt werden müssten, um die Rechtsnatur des durch die Erbschaft erworbenen Vermögens besser beurteilen zu können. Die Referentin plädierte außerdem für die Verlängerung der Gültigkeit der beglaubigten Abschriften des Europäischen Nachlasszeugnisses. In Bezug auf Immigration und Emigration führte sie aus, dass viele Ein- und Auswanderer keine Rechtswahl trafen, weil sie vorhätten, in ihr Heimatland zurückzukehren oder die Regelungen der EuErbVO nicht kennen würden. Zur Ruhestandsmigration betonte *Henriques*, dass die Betroffenen bewusst den Standort Portugal und das portugiesische Recht wählten, da das Steuerrecht vorteilhaft sei. Sie plädierte weiterhin dafür, die Ausnahmvorschrift des Art. 21 Abs. 2 EuErbVO nur eingeschränkt anzuwenden.

Ulf Bergquist, Rechtsanwalt in Stockholm (Schweden), arbeitete heraus, dass es in Schweden positiv bewertet werde, dass es durch die EuErbVO gemeinsame Regeln für die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung gebe und das Europäische Nachlasszeugnis eingeführt wurde. Als verbesserungswürdig bezeichnete er die Formulierung von Art. 6 lit. a) EuErbVO, wobei er vorschlug, dass sich das angerufene Gericht immer für unzuständig erklären können solle, nicht nur dann, wenn die Gerichte des Mitgliedstaates des gewählten Rechts besser entscheiden könnten. Die Ausnahmvorschrift des Art. 21 Abs. 2 EuErbVO solle gestrichen werden, da die Regelung zu Unsicherheit führe. Zu Art. 23 Abs. 1 EuErbVO vertrat der Referent, dass das Verfahren immer von der *lex fori* gesteuert werden solle, da dies seiner Meinung nach unproblematischer sei. Hinsichtlich Art. 62 Abs. 1 gebe es ein Bedürfnis, das Europäische Nachlasszeugnis auch in dem Staat verwenden zu können, in dem es ausgestellt worden sei. *Bergquist* führte zu Art. 70 Abs. 3 EuErbVO aus, dass die sechsmonatige Gültigkeit der beglaubigten Abschriften des Europäischen Nachlasszeugnisses zu kurz sei. Weiterhin schlug er Veränderungen in Art. 29 Abs. 3, Art. 39 und Art. 50 Abs. 5 EuErbVO vor.

Dr. *Isidoro Calvo Vidal*, Notar in A Coruña (Spanien), stellte sodann dar, dass das spanische Rechtssystem von einem Gesetzespluralismus mit speziellen zivilrechtlichen Vor-

schriften in verschiedenen Regionen geprägt sei. Die EuErbVO unterscheide bei Staaten mit mehreren Rechtssystemen zwischen interlokalen (wie in Spanien) und interpersonellen Kollisionsvorschriften. Art. 36 Abs. 1 EuErbVO lege fest, dass die Kollisionsnormen des Staates die Gebietseinheit bestimmten, deren Rechtsnormen anzuwenden seien. Die Kollisionsnorm des spanischen Rechts stütze sich auf das Kriterium der zivilrechtlichen Gebietszugehörigkeit (*vecindad civil*), die nur spanische Staatsangehörige hätten. Art. 36 EuErbVO habe mithin je nach Staatsangehörigkeit des Betroffenen eine unterschiedliche Bedeutung: Bei spanischen Staatsangehörigen werde zur Bestimmung des anzuwendenden Rechts an die Gebietszugehörigkeit angeknüpft, bei anderen Staatsangehörigen in Ermangelung dieser Zugehörigkeit an die Kriterien von Art. 36 Abs. 2 EuErbVO, wobei vor allem auf den gewöhnlichen Aufenthalt und die engste Verbindung abgestellt werde. Die Regeln des Art. 36 EuErbVO würden auch dann gelten, wenn die Vorschriften zu Verfügungen von Todes wegen (Art. 24, 25 EuErbVO) zur Anwendung eines nicht vereinheitlichten Rechtssystems führten. *Calvo Vidal* kritisierte, dass die für Notar- und Registersachen zuständige Generaldirektion Spaniens mehrfach den Vorrang und die direkte Wirkung des Unionsrechts missachtet habe: Es sei entschieden worden, dass das Fehlen der Gebietszugehörigkeit bei ausländischen Staatsangehörigen dazu führe, dass ihnen trotz eines gewöhnlichen Aufenthalts in einem Gebiet, dessen Recht Erbverträge vorsehe, das Schließen eines solchen nicht möglich sei. Dies führe zur Nichtanwendung spanischer Erbrechtsvorschriften auf Nichtbürger, wenn diese an die Gebietszugehörigkeit anknüpften, die Ausländer eben nicht erwerben könnten.

Im Rahmen der folgenden Diskussion wurde die Möglichkeit der Wahl des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts im Moment der Errichtung der Verfügung von Todes wegen thematisiert. Die meisten Referenten sprachen sich dafür aus, neben dem Recht der Staatsangehörigkeit auch das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts wählen zu können. Die Möglichkeit der Wahl des nationalen Rechts ermögliche es vielen Erblassern, mit den Traditionen ihres Heimatlandes verbunden zu bleiben, so *Holtz. Kot* führte aus, dass er die Probleme eher im Bereich des Nachweises des gewöhnlichen Aufenthalts sehe. *Klötgen* betonte, dass es eine (rechts-)kulturelle Frage sei, ob man eine Rechtswahl im Allgemeinen akzeptiere – teilweise führe die Möglichkeit der Rechtswahl schon jetzt zu problematischen Ergebnissen. *Bergquist* merkte an, dass die jetzige Lösung der EuErbVO bereits auf einem Kompromiss beruhe und in vielen Ländern kein Interesse an der Rechtswahl bestünde. *Calvo Vidal* wies weiterhin auf die Gefahr des *ius shopping* hin.

Dr. *Andrea Stutz*, Notarin in Konstanz, fasste in ihrem Schlusswort die Inhalte der einzelnen Vorträge zusammen, arbeitete die Ergebnisse der Tagung heraus und bedankte sich bei den Referenten. Sie betonte abschließend, die EuErbVO sei aus dem beruflichen Alltag der Notare nicht mehr wegzudenken, wenngleich Reformbedarf bestünde.

Veranstaltungshinweise

Rheinisches Institut für Notarrecht an der Universität Bonn

International Register Law Conference

05.-06.10.2023

Bonner Universitätsforum, Heussallee 18-24, 53113 Bonn

Die Beiträge im Überblick:

Donnerstag, 05.10.

13:00 Uhr Ankunft und Mittagessen

14:00 Uhr Begrüßung

Prof. Dr. *Mathias Schmoeckel*, University of Bonn (Germany)

14:15 Uhr Registers in Roman Law
Prof. Dr. *Thomas Rüfner*, University of Trier (Germany)

15:00 Uhr The storage of knowledge by registers in canon law
Prof. Dr. *Andreas Thier*, M. A., University of Zurich (Switzerland)

15:45 Uhr Keeping Land Registry and Population Registries from the Ottoman Empire to the Republic
Prof. Dr. *Arzu Oğuz*, Ankara University (Turkey)

16:30 Uhr Pause

17:00 Uhr A history of registers in French law. Creation, publicity and secrecy
Prof. Dr. *Laurent Pfister*, Paris-Panthéon-Assas University (France)

17:45 Uhr Antecedents and current situation of Public Registries in Spain
Prof. Dr. *Aránzazu Calzadilla*, University of La Laguna (Spain)

Freitag, 06.10.

9:00 Uhr The origin and role of notarial registers in Italy
Prof. *Rosalba Sorice*, University of Catania (Italy)

9:40 Uhr Population, land and trade registers in Swedish legal history
Prof. Dr. *Martin Sunnqvist*, Lund University (Sweden)

10:30 Uhr

The land register and the cadastre in the context of land management e-services
Triinu Rennu, PhD student, University of Tartu (Estonia)

11:15 Uhr

Pause

11:45 Uhr

The uses of public registers in early modern Scotland
Prof. Dr. *John Finlay*, University of Glasgow (UK)

12:30 Uhr

Some aspects of the modern history of public registers in German private law
Prof. Dr. *Arndt Kiehnle*, University of Bochum (Germany)

13:15 Uhr

Administrative registers: particular problems in relation to the agricultural and agrienvironmental
Prof. Dr. *Esther Muñiz*, PhD, University of Valladolid (Spain)

Tagungsbeitrag:

Der Tagungsbeitrag beträgt 80 € für Nichtmitglieder bzw. 40 € für Mitglieder der NotRV und des Förderkreises des Rheinischen Instituts für Notarrecht, Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung. Für Notarassessoren, die Mitglied der NotRV sind, Hochschul-lehrer, Uni-Angehörige und Studierende ist die Tagung beitragsfrei.

Kontakt/Anmeldung:

Per E-Mail an notarrecht@uni-bonn.de oder per Post an Rheinisches Institut für Notarrecht, Adenauerallee 46a, 53113 Bonn



Regionale Fortbildung des Amtsgerichts München und des Bayerischen Notarvereins e. V.

2. Münchner Grundbuchtag

Montag, 16.10.2023, ab 08:30 Uhr

Justizpalast, Saal 270

Inhalt und Ablauf:

| | | | |
|-------------|---|---------------|--|
| Ab 8:30 Uhr | Eintreffen bei Kaffee und Butterbrezn | 12:15 Uhr | Sachstand zum Datenbankgrundbuch RpflAR <i>Winkler</i> , Jus-IT |
| 09:00 Uhr | Begrüßung, Grußworte | 13:00 Uhr | Mittagsimbiss |
| 09:15 Uhr | Aktuelle Entwicklungen in der obergerichtlichen Rechtsprechung in Grundbuchsachen OLG München, 34. Senat | 14:00 Uhr | Elektronischer Rechtsverkehr in Grundbuchsachen – Grundzüge und Ausbau RpflA <i>Koppauer</i> , Jus-IT |
| 10:15 Uhr | Die GbR im Grundbuch im Lichte des MoPeG RpflR <i>Wilsch</i> , AG München | 14:45 Uhr | Elektronischer Rechtsverkehr in Grundbuchsachen – ein Erfahrungsbericht Notar Dr. <i>Benz</i> , Kelheim, RpflA <i>Meier</i> , AG Kelheim |
| 11:00 Uhr | Kaffeepause | | |
| 11:30 Uhr | Verwendung von postmortalen Vorsorgevollmachten im Grundbuchverkehr Notar Dr. <i>Weidlich</i> , Roth | Ca. 15:45 Uhr | Ende/Ausklang |

Tschechisch-Sächsisch-Bayerisches Notartreffen 2023 in Bamberg

Thema der Fachtagung:

„Elektronisierung der notariellen Tätigkeit in der Bundesrepublik Deutschland und in der Tschechischen Republik“

Freitag, 20.10.2023, ab 16:00 Uhr bis

Samstag, 21.10.2023, ca. 17:00 Uhr

Inhalt und Ablauf:

Freitag, 20.10.2023

Ab 16:00 Uhr Anreise, Begrüßung

17:30 Uhr Stadtrundgang „Faszination Weltkulturerbe“

20:00 Uhr: Begrüßungsabend, fachlicher Austausch
"Kollegen im Gespräch"

Samstag, 21.10.2023

09:00 Uhr Fachtagung
„Elektronisierung der notariellen Tätigkeit in der Bundesrepublik Deutschland und in der Tschechischen Republik“

13:00 Uhr Gemeinsames Mittagessen

14:30 Uhr Dombergführung und Dommuseum

16:00 Uhr Ausklang, Kaffee und Kuchen

Das UNESCO-Weltkulturerbe Bamberg begeistert seine Besucher als Ort erlebbarer Geschichte und als lebendige Kulturstadt. In der Bergstadt präsentiert sich Bamberg als das „fränkische Rom“, in der Inselstadt als „Klein Venedig“, die „Gärtnerstadt“ stellt ein historisches Unikat dar.

Daneben ist Bamberg auch für eine besondere Bierkultur in ihrer handwerklich ursprünglichsten Form bekannt, das hergestellte Produkt wird in urigen Brauereigaststätten genossen.

Ansprechpartner:

Notar Dr. *Thomas Schiffner*
info@nspw.de



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Notarrechtliches Zentrum Familienunternehmen der Bucerius Law School Hamburg

11. Jahrestagung: „Einwirkung Dritter in Familienunternehmen“

Freitag, 27.10.2023, 08:45 Uhr

Helmut Schmidt Auditorium der Bucerius Law School, Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg

Inhalt und Ablauf:

| | | | |
|-----------|--|---|---|
| 08:45 Uhr | Anmeldung – Kaffee (Rotunde) | 14:30 Uhr | Die General- und Vorsorgevollmacht des Familienunternehmers Prof. Dr. <i>Christoph Reymann</i> , Notar, Landsberg am Lech |
| 09:15 Uhr | Grußwort der Hochschulleitung Prof. Dr. Dr. h.c. mult. <i>Katharina Boele-Woelki</i> , Präsidentin der Bucerius Law School | 15:15 Uhr | Kaffeepause (Rotunde) |
| 09:30 Uhr | Unternehmergespräch <i>Julia Dettmer</i> , Dettmer Group, im Gespräch mit Dr. <i>Axel Pfeifer</i> , Notar und Vizepräsident der Hamburgischen Notarkammer | 15:45 Uhr | Testamentsvollstreckung vs. Familienstiftung Prof. Dr. <i>Mark K. Binz</i> und Dr. <i>Armin Weinand</i> , Rechtsanwälte, Stuttgart |
| 10:15 Uhr | Reformbedarf im Pflichtteilsrecht? Prof. Dr. Dr. h.c. mult. <i>Reinhard Zimmermann</i> und Dr. <i>Ben Köhler</i> , Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privat- recht Hamburg | 16:30 Uhr | Zusammenfassung und Abschlussworte Prof. Dr. <i>Anne Röthel</i> und Prof. Dr. Dr. h.c. mult. <i>Karsten Schmidt</i> , Bucerius Law School |
| 11:15 Uhr | Kaffeepause (Rotunde) | 16:45 Uhr | Empfang |
| 11:45 Uhr | Pflichtteilsvermeidungsstrategien <i>Sebastian Herrler</i> , Notar, München | Kontakt/Anmeldung: Notarrechtliches Zentrum Familienunternehmen Bucerius Law School Jungiusstraße 6 20355 Hamburg Tel: +49 40 30706 – 217 E-Mail: events@law-school.de Weitere Informationen finden Sie unter https://notrv.de . | |
| 12:30 Uhr | Kinder in Familienunternehmen Prof. Dr. <i>Isabell Götz</i> , Vorsitzende Richterin am OLG München | | |
| 13:15 Uhr | Lunch Buffet (Rotunde) | | |

Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Modernisierung des Personengesellschaftsrechts durch das MoPeG

Donnerstag, 09.11.2023, 17:00 Uhr s. t.

Hybridveranstaltung:

Für Teilnehmerinnen und Teilnehmer in Präsenz:

Senatssaal der Ludwig-Maximilians-Universität (E 106/110 im 1. OG), Geschwister-Scholl-Platz 1 (Hauptgebäude)

Zusätzlich wird eine Online-Teilnahmemöglichkeit über Zoom angeboten

(die Zugangsdaten erhalten die Online-Teilnehmerinnen und -teilnehmer in der Anmeldebestätigung).

Referenten:

Professor Dr. *Mathias Habersack*, LMU München

Professor Dr. *Thomas Liebscher*, SZA Mannheim

Privatdozent Dr. *Patrick Meier*, Notar in Bischofsheim

Kontakt/Anmeldung:

Forschungsstelle für Notarrecht

Prof.-Huber-Platz 2

80539 München

Tel.: 089 2180-2794

E-Mail: FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de.

Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung gebeten. Die hierfür erforderlichen Informationen werden auf der Homepage https://www.jura.uni-muenchen.de/forschung/forschungsstellen/forschung_notar/aktuelles/index.html zeitnah zur Verfügung gestellt.

Die Teilnahme an der Tagung ist nach wie vor kostenfrei und steht allen Interessierten offen. Teilnahmebescheinigungen gemäß § 15 FAO werden sowohl in Präsenz- als auch im Online-Format auf Wunsch im Anschluss an die Tagung gegen eine Zahlung einer Gebühr postalisch versendet. Die Zahlung hat per Überweisung zu erfolgen. Im Livestream-Format muss die Teilnahme an der Veranstaltung durch Angabe des Klarnamens im Zoom-Format ersichtlich sein.



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Veranstaltungen des DAI

1. **Optimierung der Notarstelle**
(Tondorf)
01.09.2023, Kiel (6 Zeitstd.)
Nr. 034931
06.11.2023, Stuttgart (6 Zeitstd.)
Nr. 035121
2. **Öffentliches Recht in der notariellen Praxis**
(Meier/Schmitt)
04.09.2023, Berlin und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr.: 035031 (Präsenz) / 035032 (Live-Stream)
28.10.2023, Köln (6 Zeitstd.)
Nr. 034947
3. **Das MoPeG in der notariellen Praxis**
(Berkefeld)
05.09.2023, Koblenz (3 Zeitstd.)
Nr. 035233
4. **Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare**
(Berkefeld)
08.09.2023, Kassel (6 Zeitstd.)
Nr. 034933
13.10.2023, Heusenstamm und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035066 (Präsenz) / 035067 (Live-Stream)
5. **21. Jahresarbeitstagung des Notariats**
(Leitung: Frenz)
14.09.–16.09.2023, Berlin und Live-Stream (18 Zeitstd.)
Nr. 033342 (Präsenz) / 034896 (Live-Stream)
6. **Überlassungsvertrag und Grundpfandrechte**
(Tondorf)
14.09.2023, Stuttgart (6 Zeitstd.)
Nr.: 035111
7. **Die Gestaltung von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen – Grundlagen und aktuelle Entwicklungen**
(Reetz)
19.09.2023, Heusenstamm und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035085 (Präsenz) / 035086 (Live-Stream)
06.10.2023, Osnabrück (6 Zeitstd.)
Nr. 034941
8. **Notarielle Nachlassgeschäfte in der Praxis**
(Wegerhoff)
22.09.2023, Kassel (6 Zeitstd.)
Nr. 034935
9. **Aktuelle Brennpunkte der notariellen Praxis**
(Herrler, Keim, Krauß, Weiler; Leitung: Diehn)
22.09.2023, Hamburg (6 Zeitstd.)
Nr. 035045
10. **Aktuelle Probleme der notariellen Gestaltung im Erb- und Familienrecht**
(Keim, Müller-Engels, Reetz)
30.09.2023, Berlin und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035075 (Präsenz) / 035076 (Live-Stream)
13.10.2023, Kassel (6 Zeitstd.)
Nr. 034936
11. **Notarielle Fachprüfung – Systematisches Klausurentraining**
(Berkefeld)
09.10.2023, Bochum und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035077 (Präsenz) / 035078 (Live-Stream)
12. **Aktuelles Notarkostenrecht**
(Stephan)
20.10.2023, Münster (6 Zeitstd.)
Nr. 034951
10.11.2023, Heusenstamm und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035089 (Präsenz) / 035090 (Live-Stream)
13. **Neue Entwicklungen zu Rechten in Abt. II des Grundbuchs**
(Berkefeld, Meier)
24.10.2023, Heusenstamm als Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035087 (Präsenz) / 035088 (Live-Stream)
14. **Intensivkurs Überlassungsvertrag**
(Berkefeld, Oertel)
27.10.–28.10.2023, Berlin und Live-Stream (10,5 Zeitstd.)
Nr. 035037 (Präsenz) / 035038 (Live-Stream)
15. **Burnout-Prävention für Notarinnen und Notare und deren Mitarbeitende**
(Dehe)
31.10.2023, Bochum und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035079 (Präsenz) / 035080 (Live-Stream)
16. **Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag**
(Krauß)
03.11.2023, Heusenstamm und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035035 (Präsenz) / 035036 (Live-Stream)
07.11.2023, Bochum und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035081 (Präsenz) / 035082 (Live-Stream)
17. **Das MoPeG in der notariellen Praxis**
(Heckschen, Nolting, Salomon)
13.11.2023, Berlin und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035068 (Präsenz) / 035069 (Live-Stream)

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

Neuerscheinungen

1. Deutsches wissenschaftliches Institut der Steuerberater e. V.: Handbuch Erbschaftsteuer und Bewertung 2023: BewG, ErbStG, GrEStG, GrStG 2023. 1. Aufl., Beck, 2023. 1740 S., 85,00 €
2. Ellenberger/Nobbe: Kommentar zum Kreditrecht. 4. Aufl., Finanz Colloquium Heidelberg, 2023. 2184 S., 269,00 €
3. Elsing: Familienrecht in der notariellen Praxis. 1. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2023. 150 S., 49,00 €
4. Elzer/Fritsch Meier: Wohnungseigentumsrecht. 4. Aufl., Nomos, 2023. 1080 S., 139,00 €
5. Feldhusen/Niebling: AGB – Kommentar. 4. Aufl., Luchterhand, 2023. 1004 S., 99,00 €
6. Fey: Bedürftige Erben. Testierfreiheit versus Sittenwidrigkeit bei Bedürftigen- und Überschuldetentestamenten. 1. Aufl., Mohr Siebeck, 2023. 419 S., 119,00 €
7. Herzog: Geldwäschegesetz. Kommentar. 5. Aufl., Beck, 2023. 1387 S., 189,00 €
8. Kappler/Kappler: Die vorweggenommene Erbfolge. 2. Aufl., Gieseking, 2023. 398 S., 69,00 €
9. Koller/Kindler/Drüen: HGB. Kommentar. 10. Aufl., Beck, 2023. 1210 S., 75,00 €
10. Münch: Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis. 4. Aufl., Beck, 2023. 1577 S., 229,00 €
11. Niepmann/Kerscher: Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts. 15. Aufl., Beck, 2023. 530 S., 65,00 €
12. Notarkasse München A. d. ö. R./Bernauer/Ziegert/Vollrath: Familienrecht. 2. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2023. 180 S., 19,90 €
13. Prinz/Desens: Umwandlungen im Internationalen Steuerrecht. 2. Aufl., Otto Schmidt Verlag, 2023. 1650 S., 249,00 €
14. Scheerbarth/Coenen/Krengel: Gemeinnützige Stiftungen. 1. Aufl., Beck, 2023. 195 S., 69,00 €
15. Schippel/Eschwey: BNotO. Bundesnotarordnung mit DONot, NotAktVV und RLEmBNotK. Kommentar. 11. Aufl., Beck, 2023. 1464 S., 169,00 €
16. Schönenberg-Wessel/Plottek/Sikora: BNotO. Kommentar. 1. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2023. 1056 S., 149,00 €
17. Schwab: Städtebauliche Verträge. 2. Aufl., Beck, 2023. 230 S., 49,00 €
18. Thelen: Die Rolle der Notare bei der Geldwäschebekämpfung. 1. Aufl., Nomos, 2023. 457 S., 139,00 €
19. Uricher: Erbrecht. 5. Aufl., Nomos, 2023. 1200 S., 129,00 €
20. Wick: Der Versorgungsausgleich. 5. Aufl., Erich Schmidt, 2023. 777 S., 109,00 €
21. Wicke/Bachmann: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts – Band 3. Gesellschaft mit beschränkter Haftung. 6. Aufl., Beck, 2023. 2342 S., 239,00 €



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Georg Becker
verstorben am 25.06.2023

2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 08.07.2023:

Notarin Dr. Susanne Kappler, Schwandorf

Mit Wirkung zum 31.08.2023:

Notar Dr. Manfred Reisnecker, Weilheim i. OB

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 01.08.2023:

Burgkunstadt dem Notarassessor
Dr. Fabian Flaßhoff
(bisher in Bamberg,
Notarstellen
Dr. Gräfin Wolffskeel/
Dr. Graf Wolffskeel)

Burglengenfeld der Notarassessorin
Maria Meier
(bisher in München,
Notarstelle Dr. Basty/
Dr. Franck)

Lauf a.d. Pegnitz dem Notarassessor
(in Sozietät mit Robert Riedl
Notar Dr. Thomas Lindner) (bisher in München,
Notarstellen Dr. Kopp/
Benesch)

Nürnberg dem Notar a. D.
(in Sozietät mit Sebastian Schmitt
Notarin Dr. Susanne Herrler)

Mit Wirkung zum 01.09.2023:

Bad Staffelstein der Notarassessorin
Johanna Hasselbach
(bisher in Nürnberg,
Notarstellen Thoma/
Weinmann)

Bayreuth dem Notarassessor
(in Sozietät mit Manuel Mairgünther
Notar Markus Eberl) (bisher in München,
Notarstellen Dr. Vossius/
Dr. Engel)

Landshut dem Notar
Dr. Olaf Sommerfeld
(bisher in Bogen)

Mit Wirkung zum 01.10.2023:

Starnberg der Notarin
(in Sozietät mit Dr. Christina Wolf
Notar Nikolaus Klöcker) (bisher in Volkach)

4. Neuernannte Assessoren

Mit Wirkung zum 03.07.2023:

Torben Hapke, Speyer
(Notarstelle Dr. Christian Pohl in Kandel)

5. Sonstige Veränderungen

Die Sozietät Dr. Vera Richter/Benedikt Goslich,
Günzburg, wurde mit Wirkung vom 01.09.2023
aufgehoben.



Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Notar Jens Haßelbeck
M. info@notar-hasselbeck.de

Notarinnen Dr. Kathrin Maniak und
Dr. Andrea Issad
M. info@notare-heilsbronn.de
<https://notare-heilsbronn.de>

Notar Josef Massinger
M. info@notar-freyung.de

Notarin Susanne Pöllmann-Budnick
<https://notarin-poellmann-budnick.de>

Notarin Dr. Vera Richter
Ulmer Straße 77, 89312 Günzburg
M. info@notarinrichter.de
<https://www.notarinrichter.de>
T. 08221-35533-0
F. 08221-35533-33

Notare Dr. Gregor Rieger und Betrand Koller
Bahnhofstraße 7, 83209 Prien am Chiemsee

Notare Dr. Valentin Spornath und Alexander Karl
Münchener Str. 6, 83022 Rosenheim
M. post@notare-im-breiterhaus.de

Notare Dr. Hans-Joachim Vollrath und
Dr. Robert Walz
Prannerstraße 4, 80333 München

Abonnement

MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, T. 089 55166-0, F. 089 55089-572, M. mittbaynot@notare-bayern-pfalz.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 56,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 01.07. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15.11. eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Universal Medien GmbH, Fichtenstraße 8, 82061 Neuried, T. 089 5482170, F. 089 555551, notarkammer.universalmedien.de

