

# MittBayNot

Begründet 1864

## 3|2019

Mai/Juni 2019

Mitteilungen des  
Bayerischen Notarvereins,  
der Notarkasse und der  
Landesnotarkammer  
Bayern

### Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
Vorübergehend:  
Denninger Straße 169  
81925 München

### Herausgeberbeirat:

Dr. Hermann Amann,  
Notar a. D., Berchtesgaden  
Dr. Johann Frank,  
Notar in Amberg  
Dr. Susanne Frank,  
Notarin in München  
Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,  
Notar in Regen  
Prof. Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München  
Dr. Eckhard Wälzholz,  
Notar in Füssen  
Dr. Dietmar Weidlich,  
Notar in Roth

### Schriftleitung:

Benedikt Mack,  
Notarassessor  
Angelika Strähuber,  
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

## AUFSÄTZE

- **Kappler/Kappler:** Die vorweggenommene Erbfolge:  
ein schillerndes Konstrukt. . . . . 217
- **Menzel:** Die Kommanditanteilsübertragung an Minderjährige –  
zugleich Anmerkung zu OLG Dresden und OLG Köln . . . . . 222
- **Sommer:** Das GwG 2017 aus notarieller Sicht – Teil 2:  
Sorgfaltspflichten und sonstige notarrelevante Neuerungen . . . . . 226

## RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

- **Ruhwinkel** zu **BGH:** Änderungen eines Grundstückskaufvertrags  
nach der Auflassung . . . . . 249
- **Müller-Engels** zu **OLG München:** Antrag auf öffentliche  
Bekanntmachung der Kraftloserklärung der Vollmachtsurkunde . . . . . 256
- **Munzig** zu **BGH:** Verhältnis eines Mietverhältnisses und  
eines lebenslangen Wohnrechts – Bestellung einer beschränkten  
persönlichen Dienstbarkeit . . . . . 259
- **Rapp** zu **BGH:** Voraussetzungen für eine Ersetzung der  
Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veräußerung  
des Erbbaurechts. . . . . 264
- **Reimann** zu **KG:** Vertretung eines Testamentsvollstreckers  
durch Generalvollmacht . . . . . 275
- **Schmelter** zu **OLG München:** Keine Ausschlagungsfiktion  
im Falle eines Vorausvermächtnisses . . . . . 279
- **Widmann** zu **OLG Hamm:** Berücksichtigung einer Ausschlagung  
im Grundbucheintragungsverfahren . . . . . 282
- **Danninger** zu **KG:** Verschmelzungsvorgang mit ausländischem  
Notar – Echtheit einer Unterschrift . . . . . 292
- **Geck** zu **BFH:** Wirtschaftliches Eigentum an einem Mitunter-  
nehmeranteil – Bestimmung des Zeitpunkts der Anteilsveräußerung  
bei abweichendem Wirtschaftsjahr der Mitunternehmerschaft. . . . . 301
- **Stenert** zu **FG Köln:** Rückwirkendes Erlöschen der Schenkung-  
steuer wegen Anrechnung von Zuwendungen auf einen  
Zugewinnausgleich . . . . . 305

## Impressum

# MittBayNot

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

### Herausgeber:

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

### Herausgeberbeirat:

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

### Schriftleitung:

Notarassessor Benedikt Mack,  
Notarassessorin Angelika Strähuber

### Druck:

Universal Medien GmbH  
Geretsrieder Straße 10  
81379 München

# Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 3 | 2019

<b>AUFSÄTZE</b>		<b>217</b>
<hr/>		
<b>Kappler/Kappler:</b> Die vorweggenommene Erbfolge: ein schillerndes Konstrukt	217	
<hr/>		
<b>Menzel:</b> Die Kommanditanteilsübertragung an Minderjährige – zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Dresden vom 25.4.2018, 17 W 160/18 sowie Beschluss des OLG Köln vom 26.3.2018, 4 Wx 2/18	222	
<hr/>		
<b>Sommer:</b> Das GwG 2017 aus notarieller Sicht – Teil 2: Sorgfaltspflichten und sonstige notarrelevante Neuerungen	226	
<b>BUCHBESPRECHUNGEN</b>		<b>239</b>
<hr/>		
<b>Beuthien:</b> Genossenschaftsgesetz ( <b>Terbrack</b> )	239	
<hr/>		
<b>Ganter/Hertel/Wöstmann:</b> Handbuch der Notarhaftung ( <b>Schriever</b> )	240	
<hr/>		
<b>McCready:</b> Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums im Rahmen von Bauträgerverträgen ( <b>Basty</b> )	241	
<hr/>		
<b>Ulmer:</b> Güterstandsklauseln in Gesellschaftsverträgen von Freiberufler-Personengesellschaften ( <b>Milzer</b> )	242	
<b>RECHTSPRECHUNG</b>		<b>245</b>
<hr/>		
<b>Bürgerliches Recht</b>		
ALLGEMEINES		
1. Fortbestehen der Vermieterstellung bei Veräußerung unter Miteigentümern (BGH, Beschluss vom 9.1.2019, VIII ZB 26/17)	245	
<hr/>		
2. Änderungen eines Grundstückskaufvertrags nach der Auflassung (BGH, Urteil vom 14.9.2018, V ZR 213/17) mit Anmerkung <b>Ruhwinkel</b>	246 249	
<hr/>		
3. Sozialbindung einer Wohnung als Rechtsmangel (BGH, Urteil vom 14.9.2018, V ZR 165/17 – Ls.)	252	
<hr/>		
4. Ausschluss unbekannter Gläubiger (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.10.2018, I-3 Wx 145/17)	252	
<hr/>		
5. Antrag auf öffentliche Bekanntmachung der Kraftloserklärung der Vollmachtsurkunde (OLG München, Beschluss vom 27.6.2018, 34 Wx 438/17) mit Anmerkung <b>Müller-Engels</b>	254 256	
<hr/>		
SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT		
<hr/>		
6. Versorgung des Nachbargrundstücks mit Wasser (BGH, Urteil vom 13.7.2018, V ZR 308/17 – Ls.)	257	
<hr/>		
7. Verhältnis eines Mietverhältnisses und eines lebenslangen Wohnrechts – Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (BGH, Beschluss vom 8.3.2018, V ZR 200/17) mit Anmerkung <b>Munzig</b>	257 259	
<hr/>		
8. Voraussetzungen für eine Ersetzung der Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veräußerung des Erbbaurechts (BGH, Beschluss vom 13.7.2017, V ZB 186/15) mit Anmerkung <b>Rapp</b>	261 264	
<hr/>		
9. Keine Zwischenverfügung bei nicht in absehbarer Zeit behebbarem Eintragungshindernis (OLG München, Beschluss vom 7.11.2018, 34 Wx 395/17 – Ls.)	267	
<hr/>		
10. Voraussetzungen für die Löschung einer auf Lebenszeit des Berechtigten beschränkten Reallast (OLG Köln, Beschluss vom 16.4.2018, 2 Wx 168/18, 2 Wx 170/18)	267	
<hr/>		
FAMILIENRECHT		
<hr/>		
11. Geschäfts- und natürliche Einsichtsfähigkeit bei Betreuervorschlag (BGH, Beschluss vom 28.3.2018, XII ZB 558/17 – Ls.)	270	
<hr/>		
12. Vollständiger Ausschluss des Versorgungsausgleichs wegen grober Unbilligkeit (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.7.2018, 8 UF 221/17 – Ls.)	270	
<hr/>		
13. Keine familiengerichtliche Genehmigungspflicht für Beitritt von minderjährigen Gesellschaftern in eine reine Vermögensverwaltungs-KG (OLG Dresden, Beschluss vom 25.4.2018, 17 W 160/18)	270	

# Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 3 | 2019

14. Unentgeltlicher Erwerb einer voll eingezahlten Kommanditbeteiligung als lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft  
(OLG Köln, Beschluss vom 26.3.2018, 4 Wx 2/18) 272

## ERBRECHT

15. Vertretung eines Testamentsvollstreckers durch Generalvollmacht  
(KG, Beschluss vom 13.11.2018, 1 W 323/18) 273  
mit Anmerkung **Reimann** 275

16. Keine Ausschlagungsfiktion im Falle eines Vorausvermächtnisses  
(OLG München, Urteil vom 26.7.2017, 7 U 302/17) 277  
mit Anmerkung **Schmelter** 279

17. Nachweis der Rechtsnachfolge im Handelsregister  
(KG, Beschluss vom 16.7.2018, 22 W 17/18 – Ls.) 281

18. Berücksichtigung einer Ausschlagung im Grundbucheintragungsverfahren  
(OLG Hamm, Beschluss vom 22.3.2017, 15 W 354/16) 281  
mit Anmerkung **Widmann** 282

## Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

19. Beitritt der Gesellschafter der beteiligten Rechtsträger bei der Verschmelzung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung  
(BGH, Urteil vom 6.11.2018, II ZR 199/17 – Ls.) 283

20. Haftung des Erwerbers eines nach Teilung übertragenen GmbH-Anteils für fällige Einlagepflichten des Veräußerers  
(BGH, Urteil vom 18.9.2018, II ZR 312/16 – Ls.) 284

21. Sacheinlagefähigkeit von Gesellschaftsanteilen eines in Mehrheitsbesitz der Gesellschaft stehenden Unternehmens  
(OLG Jena, Beschluss vom 30.8.2018, 2 W 260/18) 284

22. Prüfung der Gesellschafterliste durch das Registergericht  
(KG, Beschluss vom 12.6.2018, 22 W 15/18) 285

## Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

23. Zwangsversteigerung eines Miteigentumsanteils  
(BGH, Beschluss vom 7.6.2018, V ZB 221/17) 287

24. Ein Rücktrittsrecht für den Insolvenzfall in einem Grundstückskaufvertrag ist nicht gläubigerbenachteiligend  
(BGH, Urteil vom 12.10.2017, IX ZR 288/14 – Ls.) 289

## Beurkundungs- und Notarrecht

25. Verschmelzungsvorgang mit ausländischem Notar – Echtheit einer Unterschrift  
(KG, Beschluss vom 26.7.2018, 22 W 2/18) 290  
mit Anmerkung **Danninger** 292

## Kostenrecht

26. Anfall einer Betreuungsgebühr bei Hinweis auf Einschränkung der Sicherungsabrede im Begleitschreiben  
(OLG Bamberg, Beschluss vom 30.1.2019, 1 W 4/19) 295

## Steuerrecht

27. Wirtschaftliches Eigentum an einem Mitunternehmeranteil – Bestimmung des Zeitpunkts der Anteilsveräußerung bei abweichendem Wirtschaftsjahr der Mitunternehmerschaft  
(BFH, Urteil vom 1.3.2018, IV R 15/15) 297  
mit Anmerkung **Geck** 301

28. Rückwirkendes Erlöschen der Schenkungsteuer wegen Anrechnung von Zuwendungen auf einen Zugewinnausgleich  
(FG Köln, Urteil vom 18.1.2018, 7 K 513/16) 302  
mit Anmerkung **Stenert** 305

## SONSTIGES 308

**Tagungsbericht** 308

**Winkelmann:** Aktienrechtsreform in Permanenz – Aktionärsrechte-Richtlinie und Third Party Related Transactions

**Veranstaltungshinweise** 311

**Neuerscheinungen** 313

## STANDESNACHRICHTEN 314

## AUFSÄTZE

# Die vorweggenommene Erbfolge: ein schillerndes Konstrukt

Einordnung der vorweggenommenen Erbfolge im geltenden Rechtssystem sowie Ausblick auf neue Herausforderungen

Von Notarin Dr. **Susanne Kappler**, Arnstorf, und Notar Dr. **Tobias Kappler**, Osterhofen

Die vorweggenommene Erbfolge – ein „Chamäleon“<sup>1</sup> der Vertragsauslegung und „Sammelkonzept für Vermögensübertragung unter Lebenden“?<sup>2</sup> Dieser Frage soll in nachstehenden Ausführungen nachgegangen werden. Zudem wird ein kurzer Ausblick auf neue Herausforderungen, welche sich im Zusammenhang mit der vorweggenommenen Erbfolge stellen, gegeben.

### I. Einleitung

Die „vorweggenommene Erbfolge“ ist ein schillerndes Konstrukt.<sup>3</sup> Wenngleich das Gesetz den Begriff der vorweggenommenen Erbfolge nicht definiert, setzt es ihn aber mancherorts, so in § 593a Satz 1 BGB, § 17 HöfeO oder § 8 Nr. 2 GrstVG, voraus. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1991 versteht der BGH unter vorweggenommener Erbfolge „die Übertragung des Vermögens (oder eines wesentlichen Teiles davon) durch den (künftigen) Erblasser auf einen oder mehrere als (künftige) Erben in Aussicht genommene Empfänger“.<sup>4</sup>

Wie wenig damit an Kontur gewonnen ist, belegen gleichwohl (weitere) Gerichtsentscheidungen: In einem früheren Urteil aus dem Jahr 1981 versteht der BGH die Wendung „im Wege der vorweggenommenen Erbfolge“ zugleich als Ausgleichungsanordnung;<sup>5</sup> zur Bestimmung des Rechtsgrunds als Schenkung oder gemischte Schenkung verweist der BGH zurück an die Vorinstanz.<sup>6</sup> In einem Urteil aus dem Jahr 2010 stellt der BGH klar, es müsse durch Auslegung ermittelt werden, ob eine „im Wege ‚vorweggenommener Erbfolge unentgeltlich“ vorgenommene Zuwendung die Anordnung, die Zuwendung gemäß § 2316 Abs. 1, § 2050 Abs. 3 BGB zur Ausgleichung zu bringen, oder die Bestimmung, die Zuwendung gemäß § 2315 Abs. 1 BGB auf den Pflichtteil anzurechnen, oder beides, § 2316 Abs. 4 BGB, beinhalte.<sup>7</sup> Bereits davor hatte der

BGH geäußert, für die vorweggenommene Erbfolge bestünden im Rahmen eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden „vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten“.<sup>8</sup> Die Ermittlung dessen, was im Einzelfall vereinbart sei, obliege weiterhin dem Tatrichter, der sich dabei der Mittel der Auslegung bediene.<sup>9</sup> In einer Entscheidung aus dem Jahr 1995 betont der BGH, die in einem Übergabevertrag enthaltene Wendung „in Vorwegnahme der Erbfolge“ besage für sich nichts über die Unentgeltlichkeit (den Rechtsgrund) des Rechtsgeschäfts.<sup>10</sup>

### II. Die vorweggenommene Erbfolge als eigenständiger Vertragstyp?

Als *ein* eigenständiger Vertragstyp lässt sich die vorweggenommene Erbfolge in der Tat wohl kaum bezeichnen.<sup>11</sup> Zu vielfältig sind ihre Erscheinungsformen: Die Überlassung eines Bauplatzes unterscheidet sich wesentlich von der Übergabe eines landwirtschaftlichen Betriebs und selbst die Überlassung einer vermieteten Immobilie gestaltet sich anders als die Überlassung des eigengenutzten Wohnhauses.<sup>12</sup> Auch variiert der Personenkreis der vorweggenommenen Erbfolge. Nach der hier vertretenen Auffassung liegt der Schwerpunkt der vorweggenommenen Erbfolge auf der Generationennachfolge;<sup>13</sup> Ehegattenüberlassungen erfolgen meist aus anderen Motiven („ehebedingt“) und haben ihren gestalterischen Schwerpunkt eher in der Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft oder der Vorwegnahme von Scheidungsfolgen, vgl. § 1380 BGB. Nach nunmehr einhelliger Meinung kann eine vorweggenommene Erbfolge auch an einen gewillkürten

1 Kühn, ZEV 2010, 320.

2 Kühn, ZEV 2010, 320, 321.

3 Vgl. Everts, MittBayNot 2011, 107.

4 BGH, Urteil vom 30.1.1991, IV ZR 299/89, DNotZ 1992, 32, 33.

5 BGH, Urteil vom 23.9.1981, IV a ZR 185/80, NJW 1982, 43.

6 BGH, Urteil vom 23.9.1981, IV a ZR 185/80, NJW 1982, 43, 44 f.

7 BGH, Urteil vom 27.1.2010, IV ZR 91/09, DNotZ 2011, 59; krit. Everts, MittBayNot 2011, 107; siehe hierzu auch Thubauville, MittRhNotK 1992, 289, 297.

8 BGH, Urteil vom 30.1.1991, IV ZR 299/89, DNotZ 1992, 32, 34.

9 BGH, Urteil vom 30.1.1991, IV ZR 299/89, DNotZ 1992, 32, 34.

10 BGH, Urteil vom 1.2.1995, IV ZR 36/94, NJW 1995, 1349, 1350.

11 A. A. Langenfeld/Günther, Grundstückszuwendungen, 6. Aufl. 2010, Kap. 1 Rdnr. 48, der den Begriff der vorweggenommenen Erbfolge als Unterfall der lebzeitigen Vermögensnachfolge aber enger fasst als hier; Mayer, DNotZ 1996, 604, 610 spricht von einem „offenen Typus“.

12 Vgl. Kappler/Kappler, Die vorweggenommene Erbfolge, 2017, Rdnr. 55 ff.

13 So auch Langenfeld/Günther, Grundstückszuwendungen, Kap. 1 Rdnr. 52.

Erben erfolgen,<sup>14</sup> sie bleibt nicht den gesetzlichen Erben vorbehalten.<sup>15</sup>

Gemeinsamkeiten bestehen gleichwohl. Unstreitig ist zunächst, dass die vorweggenommene Erbfolge Rechtsgeschäft unter Lebenden ist<sup>16</sup> und nicht den erbrechtlichen Formvorschriften unterliegt – wenngleich es den Vertragsteilen auf tatsächlicher Ebene sehr wohl um erbrechtliche Fragen geht, namentlich um eine lebzeitige Vorwegnahme dessen, was ansonsten durch Testament oder Erbvertrag zu regeln oder in den Vorschriften zum Pflichtteilsrecht und zur Ausgleichung gesetzlich vorgegeben wäre.<sup>17</sup>

Warum aber diese lebzeitige Vorwegnahme? Steuerliche und sozialrechtliche Aspekte spielen eine – von den Vertragsteilen manchmal vielleicht überschätzte – Rolle.<sup>18</sup> Zentral ist stets das Anliegen, „klare Verhältnisse“ zu schaffen, dem Streit ums Erbe durch lebzeitige Verteilung des Vermögens den Boden zu entziehen – in vielen Fällen unter Einbeziehung der gesamten Familie, insbesondere also auch der weichenden Geschwister (hin und wieder aber auch unter bewusstem Ausschluss eben dieser).<sup>19</sup> Daher ist es weniger die rechtliche Zuordnung (als Schenkung, Ausstattung usw.) als vielmehr die Motivlage der Vertragsteile, die all das, was im Folgenden als vorweggenommene Erbfolge verstanden wird, charakterisiert und die Vertragsgestaltung prägt:<sup>20</sup>

Für den Übergeber steht neben dem Hauptanliegen der geordneten Vermögensnachfolge – nicht in jedem Fall, aber doch regelmäßig – die Schaffung von Versorgungssicherheit für sich (und seinen Ehegatten) im Mittelpunkt, gibt er doch (vorzeitig) oftmals sein wesentliches Vermögen aus der Hand. Bei der (landwirtschaftlichen) Betriebsübergabe geht damit regelmäßig der Rückzug auf das „Altenteil“ einher. Daneben tritt der Wunsch, dem Übernehmer bei dessen Existenzgründung unter die Arme zu greifen und dabei gleichsam das geschaffene Vermögen im Kreis der Familie zu halten.<sup>21</sup> Diese Motive können unterschiedlich gewichtet sein; sie müssen nicht kumulativ vorliegen. In den seltensten Fällen erstreckt sich die Vorwegnahme der Erbfolge auf das gesamte Vermögen (§ 311b Abs. 2 und 3 BGB wäre dann zu beachten); sie erfasst oft nur einzelne, meist aber wesentliche Vermögenswerte des Übergebers.

### III. Rechtliche Einordnung der vorweggenommenen Erbfolge

Die rechtliche Einordnung der vorweggenommenen Erbfolge (im Einzelfall) kann dennoch nicht (ganz) offenbleiben, entscheidet sie doch – jedenfalls im Konfliktfall – darüber, welche gesetzlichen Bestimmungen anzuwenden sind.

#### 1. Voll entgeltliche Rechtsgeschäfte

Unstreitig ist, dass sich die vorweggenommene Erbfolge zwischen Schenkung, Schenkung unter Auflage, gemischter Schenkung und Ausstattung bewegt.<sup>22</sup> Ob auch voll entgeltliche Rechtsgeschäfte zur vorweggenommenen Erbfolge rechnen, ist hingegen streitig.<sup>23</sup> Der ablehnenden Meinung liegt die hergebrachte (und meist auch zutreffende) Vorstellung einer wohlwollenden Elterngeneration zugrunde, die sich – zum Wohl des übergebenen Betriebs und der Folgegeneration – mit mehr oder weniger bescheidenen Versorgungsansprüchen begnügt.

Generationennachfolge kann aber auch anders aussehen: der Familienvater, der in eine finanzielle Schieflage geraten ist und das Eigenheim, um es der Familie zu erhalten (und zur finanziellen Gesundung), vollentgeltlich an seine Tochter veräußert; die 52-jährige Witwe mit kleinem Einkommen, die nach dem Umzug in eine Zweizimmerwohnung das bislang selbst genutzte Einfamilienhaus an ihren Enkelsohn überträgt, sich dafür aber eine dem Wert der Immobilie äquivalente monatliche Rente ausbedingt; der 43-jährige Landwirt, der aus gesundheitlichen Gründen den modernisierungs- und sanierungsbedürftigen Betrieb in einer strukturschwachen Region unter Vorbehalt umfassender Austragsrechte und gegen Übernahme bestehender Verbindlichkeiten an seinen Sohn übergibt.

Zuzugeben ist, dass sich im erstgenannten Fall die vertragliche Gestaltung in nichts von einem Kaufvertrag unter fremden Dritten unterscheidet und daher – mag tragendes Motiv auch der Erhalt des Vermögens in der Familie und für die nächste Generation sein – keine Berührungspunkte zu den hier sonst erörterten Gestaltungen bestehen. Zuzugeben ist auch, dass sich in den beiden erstgenannten Fällen die für die vorweggenommene Erbfolge sonst typischen Fragen der Ausgleichung und Pflichtteilsanrechnung mangels Freigiebigkeit<sup>24</sup> nicht stellen, mag der zweite Fall auch, namentlich bei der Ausgestaltung der Gegenleistungen, Anleihen aus dem klassischen Übergabevertrag nehmen. Ob man diese ersten beiden Beispiele der vorweggenommenen Erbfolge zuordnen möchte, hängt letztendlich davon ab, inwieweit man allein das Interesse auf Erhalt eines bestimmten Vermögenswerts in der Familie und/oder dessen Weitergabe an eine jüngere Generation<sup>25</sup> als Merkmal vorweggenommener Erbfolge genügen

14 Wie hier *Hermanns*, MittRhNotK 1997, 149, 150; *Kühn*, ZErB 2010, 320, 323 f. m. w. N.

15 So noch *Coing*, NJW 1967, 1777.

16 BGH, Urteil vom 30.1.1991, IV ZR 299/89, DNotZ 1992, 32, 33 f.; BGH, Urteil vom 1.2.1995, IV ZR 36/94, NJW 1995, 1349, 1350.

17 Ähnlich *Kühn*, ZErB 2010, 320, 322 f.

18 Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 1 Rdnr. 2.

19 Vgl. Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, § 2 Rdnr. 20.

20 So auch Mayer, DNotZ 1996, 604, 610; *Hermann*, MittRhNotK 1997, 149, 150.

21 Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, § 2 Rdnr. 20; *Langenfeld/Günther*, Grundstückszuwendungen, Kap. 1 Rdnr. 51; *Coing*, NJW 1967, 1777; *Spiegelberger*, MittBayNot 2000, 1.

22 *Langenfeld/Günther*, Grundstückszuwendungen, Kap. 1 Rdnr. 52, 59, behandeln die Ausstattung als einen von der vorweggenommenen Erbfolge zu unterscheidenden eigenständigen Vertragstyp.

23 Ablehnend Mayer, DNotZ 1996, 604, 611 f. m. w. N.

24 MünchKomm-BGB/Lange, 7. Aufl. 2017, § 2315 Rdnr. 7.

25 Den Aspekt der Generationennachfolge etwa betonen – in anderem Zusammenhang – *Langenfeld/Günther*, Grundstückszuwendungen, Kap. 1 Rdnr. 52; *Spiegelberger*, MittBayNot 2000, 1.



lassen möchte. Es sind aber keine Gründe dafür ersichtlich, auch den letztgenannten Fall der landwirtschaftlichen Übergabe aus dem Anwendungsbereich der vorweggenommenen Erbfolge auszuschneiden, nur weil die Gegenleistungen voraussichtlich den Wert der Zuwendung übersteigen (was im Übrigen wohl erst durch Sachverständigengutachten geklärt werden könnte).

Nach Auffassung des BGH stellen Entgeltlichkeit und Vorwegnahme der Erbfolge tatsächlich keinen Widerspruch dar, und zwar selbst dann nicht, wenn die Gegenleistungen den Verkehrswert des übergebenen Objekts erreichen oder gar übersteigen.<sup>26</sup> Zurecht weist das Gericht darauf hin, in diesem „stark von persönlichen Beziehungen geprägten Bereich“ kalkulierten die Vertragsteile „erfahrungsgemäß kaum je den exakten Wert und – ohnehin nur schätzbaren – Gegenwert, sondern sie bewirken ohne nähere synallagmatische Erwägung die von ihnen gewollte Eigentumsnachfolge und die Sicherstellung des Altenteils des Übergebenden sowie einen für angemessen erachteten Ausgleich für bei der vorweggenommenen Erbfolge übergangene Erbberechtigte“.<sup>27</sup> Praxisrelevant ist dies übrigens nicht nur im Rechtsstreit um Rückforderungs- und Widerrufsrechte (§§ 528, 530 ff. BGB), sondern auch im Rechtsstreit um den Zugewinn des Erwerbers, namentlich bei der Zurechnung privilegierten Erwerbs zum Anfangsvermögen, § 1374 Abs. 2 BGB.<sup>28</sup> Jedenfalls wird auch entgeltliche Rechtsgeschäfte zur vorweggenommenen Erbfolge rechnen können, wer mit dem BGH die Aufnahme eines persönlich haftenden Gesellschafters in eine bestehende offene Handelsgesellschaft oder in das Geschäft eines Einzelkaufmanns allein wegen der damit einhergehenden Übernahme der persönlichen Haftung als voll entgeltlich ansieht.<sup>29</sup>

## 2. Schenkung im Sinne des § 516 BGB

### a) Reine Schenkung

Eine Schenkung im Sinne von § 516 BGB erfordert objektiv eine Zuwendung, durch die der Zuwendende entreichert und der Zuwendungsempfänger bereichert wird, sowie subjektiv die Einigung über die Zuwendung selbst und deren Unentgeltlichkeit.<sup>30</sup> Unentgeltlich ist die Zuwendung, wenn sie nicht von einer Gegenleistung abhängig ist.<sup>31</sup> Der Hinweis in einem Übergabevertrag, die Zuwendung erfolge „in Vorwegnahme der Erbfolge“, besagt für sich genommen nichts über deren Unentgeltlichkeit.<sup>32</sup> „Kostenlos“ muss die Zuwendung indes-

sen nicht sein; unschädlich ist es daher beispielsweise, wenn der Erwerber einer Immobilie die Beurkundungskosten beim Notar trägt.<sup>33</sup> Auch die Übernahme von in Abteilung II und III des Grundbuchs eingetragenen Belastungen durch den Erwerber stellt keine Gegenleistung dar, sondern mindert lediglich den Wert des Geschenks.<sup>34</sup>

Nach dem Prinzip der subjektiven Äquivalenz<sup>35</sup> unterliegt die Frage nach der Unentgeltlichkeit der Zuwendung dem Parteiwillen.<sup>36</sup> Auch unter nahen Verwandten besteht eine Vermutung für den Schenkungscharakter der Leistung nur in den Grenzen der §§ 685, 1620 BGB.<sup>37</sup> Besteht ein auffallend großes Missverhältnis zwischen dem wirklichen Wert der Leistung und der Gegenleistung, spricht aber eine tatsächliche Vermutung (und eine damit verbundene Beweiserleichterung) für eine Einigung über die (jedenfalls teilweise) Unentgeltlichkeit.<sup>38</sup>

### b) Gemischte Schenkung

Ist der Beschenkte durch einen Überschuss des Werts der Zuwendung verglichen mit seinen Gegenleistungen objektiv bereichert und sind sich die Vertragsteile dieses Überschusses bewusst sowie subjektiv darüber einig, dass jedenfalls der überschießende Zuwendungsteil dem Beschenkten unentgeltlich zufließen soll, liegt eine gemischte Schenkung vor.<sup>39</sup> Die rechtliche Behandlung der gemischten Schenkung ist umstritten.<sup>40</sup> Nach der in der Literatur herrschenden Zweckwürdigungstheorie sind – unter Verzicht auf die Zuordnung zu einem bestimmten Regelungstyp – im jeweiligen Einzelfall diejenigen Normen anzuwenden, die dem Zweck oder dem Parteiwillen am ehesten entsprechen.<sup>41</sup> Die Rechtsprechung entscheidet eher pragmatisch,<sup>42</sup> wenngleich – ohne sich einer der Theorien ausdrücklich anzuschließen – angelehnt an die Zweckwürdigungstheorie.<sup>43</sup>

### c) Schenkung unter Auflage

Die Schenkung unter Auflage (§ 525 BGB) ist Schenkung im Sinne des § 516 BGB, wobei sich auch der Beschenkte zu einer Leistung verpflichtet, wenn er den Schenkungsge-

26 BGH, Urteil vom 1.2.1995, IV ZR 36/94, NJW 1995, 1349, 1350; siehe auch BGH, Urteil vom 27.6.1990, XII ZR 95/89, NJW-RR 1990, 1283, 1284.

27 BGH, Urteil vom 27.6.1990, XII ZR 95/89, NJW-RR 1990, 1283, 1284.

28 BGH, Urteil vom 27.6.1990, XII ZR 95/89, NJW-RR 1990, 1283, 1284; Soergel/Kappler/Kappler, BGB, 13. Aufl. 2013, § 1374 BGB Rdnr. 30 f. m. w. N.

29 BGH, Urteil vom 2.7.1990, II ZR 243/89, NJW 1990, 2616, 2617.

30 Erman/Herrmann, BGB, 15. Aufl. 2017, § 516 Rdnr. 3.

31 Erman/Herrmann, BGB, § 516 Rdnr. 7.

32 BGH, Urteil vom 1.2.1995, IV ZR 36/94, NJW 1995, 1349, 1350; BGH, Urteil vom 18.10.2011, X ZR 45/10, FamRZ 2012, 207, 208.

33 Erman/Herrmann, BGB, § 516 Rdnr. 7.

34 BGH, Urteil vom 7.4.1989, V ZR 252/87, DNotZ 1989, 775, 776.

35 Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, Kap. 1 Rdnr. 41; vgl. hierzu auch Kappler/Kappler, Handbuch Patchworkfamilien, 2. Aufl. 2018, Kap. 3 Rdnr. 300.

36 Mayer, DNotZ 1996, 604, 616.

37 BGH, Urteil vom 1.2.1995, IV ZR 36/94, NJW 1995, 1349, 1350.

38 BGH, Urteil vom 23.9.1981, IV a ZR 185/80, NJW 1982, 43, 45; BGH, Urteil vom 1.2.1995, IV ZR 36/94, NJW 1995, 1349, 1350.

39 BGH, Urteil vom 18.10.2011, X ZR 45/10, FamRZ 2012, 207.

40 Dazu MünchKomm-BGB/Koch, 7. Aufl. 2016, § 516 Rdnr. 36 ff.; Bamberger/Roth/Gehrlein, BGB, 3. Aufl. 2012, § 516 Rdnr. 13.

41 MünchKomm-BGB/Koch, § 516 Rdnr. 38; Bamberger/Roth/Gehrlein, BGB, § 516 Rdnr. 13; Erman/Herrmann, BGB, § 516 Rdnr. 16; Palandt/Weidenkaff, 78. Aufl. 2019, § 516 Rdnr. 14.

42 Palandt/Weidenkaff, § 516 Rdnr. 14.

43 MünchKomm-BGB/Koch, § 516 Rdnr. 38 m. w. N.

genstand denn erhalten hat.<sup>44</sup> Im Gegensatz zur gemischten Schenkung erbringt der Empfänger aber keine Gegenleistung, sondern vielmehr eine Leistung aus dem Wert des ihm Zugewandten.<sup>45</sup> Eine Schenkung unter Auflage wurde angenommen bei einer Grundstücksübertragung gegen Nießbrauchsvorbehalt,<sup>46</sup> ferner bei Übergaben gegen Versorgungsleistung, namentlich Leibgeding und Wohnrecht, bei gleichzeitigem Einrücken des Übernehmers in die Existenzgrundlage des Übergebers.<sup>47</sup>

### 3. Ausstattung

Ausstattung ist, was einem Kind mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder auf die Erlangung einer selbstständigen Lebensstellung zur Begründung oder zur Erhaltung der Wirtschaft oder der Lebensstellung von dem Vater oder der Mutter zugewendet wird, § 1624 Abs. 1 BGB. Eine Ausstattung ist nur im rechtlichen Eltern-Kind-Verhältnis möglich.<sup>48</sup> Zuwendungen beispielsweise an das Stiefkind oder von den Großeltern oder an „fremde Dritte“ fallen folglich nicht hierunter.

Die Ausstattung unterliegt – mit Ausnahme der Gewährleistung, § 1624 Abs. 2 BGB – dem Schenkungsrecht nur insoweit, als sie das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter, entsprechende Maß übersteigt, § 1624 Abs. 1 BGB. Für die Frage der Angemessenheit der Zuwendung stellt das Gesetz die Vermögensverhältnisse der Eltern in den Vordergrund. Es soll darauf ankommen, „inwieweit die Zuwendung die bisherige selbstständige Lebensstellung der Eltern erheblich beeinträchtigt oder ihre Altersversorgung gefährdet“.<sup>49</sup> Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Zuwendung.<sup>50</sup> Die Zuwendung kann – muss aber nicht – unentgeltlich sein. Folglich kann selbst eine landwirtschaftliche Übergabe mit umfassenden Austragsrechten Ausstattung sein.<sup>51</sup>

Die von § 1624 BGB verlangte Zwecksetzung („mit Rücksicht auf“) erfordert keine bestimmte zeitliche Abfolge, es genügt ein sachlicher Zusammenhang.<sup>52</sup> Die Verfolgung weiterer, aber

untergeordneter Zwecke, ist unschädlich;<sup>53</sup> Ausstattung und Vorwegnahme der Erbfolge schließen sich also nicht aus.<sup>54</sup> Eine Ausstattung liegt aber dann nicht vor, wenn der Zuwendende ausschließlich eigene Interessen – etwa den Erhalt einer Immobilie für sich selbst – verfolgt.<sup>55</sup> Dies ist etwa dann der Fall, wenn sich der Zuwendende nicht lediglich ein partielles Wohnungsrecht, sondern einen umfassenden Nießbrauch vorbehält.<sup>56</sup>

Das Ausstattungsversprechen kann – wenn nicht anderweitige Formvorschriften, insbesondere § 311b BGB greifen – formfrei erfolgen; für Übermaßausstattungen gilt jedoch § 518 BGB. Da maßgeblich auf den Zweck der Zuwendung abzustellen ist, ist es den Vertragsparteien letztlich aber unbenommen, einen anderen „Zweck“ als eine Ausstattung zu verfolgen.<sup>57</sup> Wollen die Vertragsparteien (ggf. wegen der erbrechtlichen Konsequenzen, siehe sogleich) gerade keine Ausstattung, können sie als Rechtsgrund – wenngleich die Voraussetzungen für eine Ausstattung vorliegen – eine Schenkung bzw. gemischte Schenkung vereinbaren.

Die Ausstattung ist ausgleichspflichtig gemäß § 2050 Abs. 1 BGB, soweit bei der Zuwendung nicht anders angeordnet. Gemäß § 2316 Abs. 3 BGB besteht aber zwingende Ausgleichspflicht;<sup>58</sup> dies wird allgemein als gravierendster Nachteil der Ausstattung angesehen.<sup>59</sup>

### 4. Zusammenfassung

Welcher Rechtsgrund der „vorweggenommenen Erbfolge“ zugrunde liegt, bestimmt sich nach dem jeweiligen Einzelfall. Maßgeblich für die Abgrenzung sind das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, wenngleich den Vertragsparteien selbst ein entsprechender Beurteilungsmaßstab zusteht.

## III. Neue Herausforderungen, Ausblick

### 1. Von der Naturalleistung hin zur rein finanziellen Unterstützung

Im landwirtschaftlichen Bereich hat die lebzeitige Hofübergabe eine lange Tradition. Gleichwohl haben strukturelle Veränderungen, weg vom Selbstversorgerbetrieb hin zum Agrarunternehmen, zu tiefgreifenden Veränderungen auch in der Vertragsgestaltung geführt. Regelungen, wonach der Übernehmer dem Übergeber „vier Eier und einen halben Liter Milch täglich sowie zehn Zentner Kartoffeln und acht Ster Holz jährlich“ schuldet, sucht man in Hofübergabeverträgen heute vergeblich. Letztlich ist die Vereinbarung tradiertener Naturalleis-

44 MünchKomm-BGB/Koch, § 525 Rdnr. 1, Erman/Herrmann, BGB, § 525 Rdnr. 1.

45 MünchKomm-BGB/Koch, § 525 Rdnr. 7.

46 OLG Köln, Urteil vom 16.12.1997, 3 U 111–97, NJW-RR 1999, 239.

47 BGH, Urteil vom 7.4.1989, V ZR 252/87, NJW 1989, 2122, 2123; so auch BGH, Urteil vom 30.1.1970, V ZR 41/67, FamRZ 1970, 185, 186; abl. Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, § 2 Rdnr. 9; siehe aber auch BGH, Urteil vom 9.2.1967, III ZR 188/64, FamRZ 1967, 214; BGH, Urteil vom 6.2.2009, V ZR 130/08, NJW 2009, 1346, 1347 und BGH, Urteil vom 18.10.2011, X ZR 45/10, FamRZ 2012, 207 (gemischte Schenkung).

48 NK-BGB/Schilling-Ignacio Czeguhn, 3. Aufl. 2014, § 1624 Rdnr. 2.

49 MünchKomm-BGB/v. Sachsen-Gesaphe, § 1624 Rdnr. 6.

50 BeckOK-BGB/Pöcker, Stand: 1.2.2019, § 1624 Rdnr. 5.

51 MünchKomm-BGB/v. Sachsen-Gesaphe, § 1624 Rdnr. 1; siehe auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 30.6.2004, 8 W 495/03, MittBayNot 2005, 229, 231 m. zust. Anm. Böhmer; siehe aber OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.4.2011, 6 U 137/09, ZEV 2011, 531, 533.

52 NK-BGB/Schilling-Ignacio Czeguhn, § 1624 Rdnr. 4.

53 MünchKomm-BGB/v. Sachsen-Gesaphe, § 1624 Rdnr. 5.

54 OLG Stuttgart, Beschluss vom 30.6.2004, 8 W 495/03, MittBayNot 2005, 229, 230.

55 BeckOK-BGB/Pöcker, § 1624 Rdnr. 3.

56 OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.4.2011, 6 U 137/09, ZEV 2011, 531, 533.

57 Vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.4.2011, 6 U 137/09, ZEV 2011, 531, 532 f.; AG Stuttgart, Urteil vom 25.2.1998, 23 F 1157–97, NJW-RR 1999, 1449; Palandt/Götz, § 1624 Rdnr. 1.

58 Vgl. eingehend zu den erbrechtlichen Auswirkungen von Übertragungen im Wege vorweggenommener Erbfolge, Kappler/Kappler, Die vorweggenommene Erbfolge, Rdnr. 688 ff.

59 Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, § 2 Rdnr. 14.



tungen des Übernehmers in allen Bereichen lebzeitiger Vermögensübertragung rückläufig<sup>60</sup> (im gewerblichen Bereich spielt sie seit jeher keine Rolle). So wird die Verpflichtung zur Wart und Pflege im ländlichen Bereich – wo die Generationen nahe beisammen, vielleicht sogar im selben Haus, wohnen – noch nachgefragt, im städtischen Bereich und dort, wo die Übernehmergegeneration (meist berufsbedingt) weit entfernt wohnt, spielt sie kaum mehr eine Rolle.

Zusehens ersetzt die rein finanzielle Unterstützung (oft als „Rente“, „Taschengeld“ oder „Kostgeld“ bezeichnet), die Verpflichtung zur Erbringung von Naturalleistungen, namentlich der Wart und Pflege in ihrem herkömmlichen Sinne.<sup>61</sup> Zugleich scheint sich aber eine ganz neue Form der „Hilfeleistungspflicht“ zu etablieren.<sup>62</sup> Man kann dies verstehen als eine „Vereinbarung zur allgemeinen Unterstützung“ des Übergebers.<sup>63</sup> Diese kennzeichnet sich dadurch, als der Übergeber den (rechtlich unverbindlichen) Wunsch äußert, der Erwerber möge ihm im Allgemeinen bei Alter und Krankheit behilflich sein. Eine rechtlich durchsetzbare Pflicht wird hierdurch freilich (bewusst) nicht begründet. Vielmehr soll das Anstandsgefühl des Erwerbers angesprochen sein, sich um den Übergeber (im Allgemeinen) zu kümmern, wenn dieser hierzu nicht mehr in der Lage ist. Hierbei ist beispielsweise zu denken an das Organisieren eines Pflegedienstes, die Unterstützung bei der Auswahl und Anstellung einer (familienfremden) häuslichen Pflegekraft, die Organisation (externer) Beratung in vertraglichen und (renten-)versicherungsrechtlichen Angelegenheiten etc. Wie die Praxis zeigt, werden solche „weichen Pflichten“ gerade von der jüngeren Erwerbergeneration oftmals besser akzeptiert (und eingehalten) als rechtlich verbindliche (wenngleich nicht durchsetzbare) Wart- und Pflegeverpflichtungen.

## 2. Altersdemenz und Betreuung als Hemmschuh?

Vor ganz andere Herausforderungen wird die vorweggenommene Erbfolge durch eine steigende Zahl der Demenzerkrankungen<sup>64</sup> und einen damit einhergehenden Anstieg an Betreuungsverfahren<sup>65</sup> gestellt. Gemäß § 1908i Abs. 2 BGB i. V. m. § 1804 BGB kann der Betreuer Schenkungen in Vertretung des Betreuten nicht – auch nicht mit Genehmigung des Betreuungsgerichts<sup>66</sup> – vornehmen. Dem Schenkungsverbot unterliegen auch gemischte Schenkungen.<sup>67</sup> Ausgenommen vom Schenkungsverbot sind lediglich Pflicht- und Anstandsschenkungen, § 1804 Satz 2 BGB, Gelegenheitsgeschenke im Sinne des § 1980i Abs. 2 BGB und Ausstattungen, §§ 1908, 1624 BGB. Ein Verstoß gegen das Schenkungsverbot führt zur unheilbaren Nichtigkeit sowohl des schuld-

rechtlichen Kausal- als auch des dinglichen Zuwendungsgeschäfts.<sup>68</sup>

In der Praxis stößt die Vorwegnahme der Erbfolge durch den Betreuer angesichts ihrer unklaren rechtlichen Zuordnung (siehe oben) und der drohenden Nichtigkeit auf Unbehagen.<sup>69</sup> Gleichwohl lässt sich ein praktisches Bedürfnis, auch dem (geschäftsunfähigen) Betreuten die lebzeitige Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen zu ermöglichen, nicht leugnen.<sup>70</sup>

Das LG Traunstein behilft sich mit einer sehr großzügigen Auslegung des Begriffs der Pflicht- und Anstandsschenkung im Sinne des § 1804 Satz 2 BGB. Eine sittliche Pflicht wird bejaht, „wenn eine rechtsgeschäftliche Zuwendung aus Mitteln eines Betroffenen unter Berücksichtigung seiner materiellen und immateriellen Belange letztlich in seinem Interesse liegt“;<sup>71</sup> auch entspreche es „der Üblichkeit und der Sitte, dass der designierte Hoferbe die Landwirtschaft zu Lebzeiten seiner Eltern übernimmt, den landwirtschaftlichen Betrieb übertragen erhält und im Gegenzug dafür seinen Eltern ein Leibgeding mit Wohn-, Versorgungs- und Pflegeleistungen auf der Hofstelle einräumt“.<sup>72</sup> Das Gericht möchte (lediglich) geprüft wissen, „ob die vereinbarten Gegenleistungen [...] an den Betroffenen ausreichen, um ihn für die Zukunft unter Berücksichtigung der vorgesehenen Naturalleistungen hinreichend zu sichern“.<sup>73</sup> Herrschende Meinung ist diese Lesart der Pflicht- und Anstandsschenkung sicherlich nicht;<sup>74</sup> ihr wird entgegengehalten, es bestehe eben „keine sittliche Pflicht, wirtschaftlich vernünftige Geschäfte vorzunehmen“.<sup>75</sup>

Das OLG Stuttgart schlägt unter Verweis auf §§ 1624, 1908 BGB auch einen anderen Weg ein, um der vorweggenommenen Erbfolge, welche auf Seiten des Übergebers durch einen Betreuer vorgenommen wird, zur Wirksamkeit zu verhelfen.<sup>76</sup> Nur wenn die zugesagte Gegenleistung des Übernehmers deutlich hinter den absehbaren Bedürfnissen des Übergebers zurückbleibe, also das Maß der Angemessenheit im Sinne von § 1624 Abs. 1 BGB überschritten werde, könne Schenkungsrecht und damit das Verbot des § 1804 BGB zur Anwendung kommen.<sup>77</sup>

68 MünchKomm-BGB/Schwab, § 1908i Rdnr. 37.

69 Vgl. Böhrer, MittBayNot 2005, 232.

70 So auch LG Traunstein, Beschluss vom 7.4.2004, 4 T 1365/04, MittBayNot 2005, 231 m. Anm. Böhrer.

71 LG Traunstein, Beschluss vom 7.4.2004, 4 T 1365/04, MittBayNot 2005, 231, 232 m. abl. Anm. Böhrer.

72 LG Traunstein, Beschluss vom 7.4.2004, 4 T 1365/04, MittBayNot 2005, 231, 232.

73 LG Traunstein, Beschluss vom 7.4.2004, 4 T 1365/04, MittBayNot 2005, 231, 232.

74 Das LG Traunstein beruft sich auf OLG Hamm, Urteil vom 7.1.1987, 15 W 242/85, FamRZ 1987, 751; zur (zurückhaltenden) h. M. MünchKomm-BGB/Schwab, § 1908i Rdnr. 38.

75 Böhrer, MittBayNot 2005, 232, 233; vgl. auch BayObLG, Beschluss vom 24.5.1996, 3 Z BR 104/96, MittBayNot 1996, 432.

76 OLG Stuttgart, Beschluss vom 30.6.2004, 8 W 495/03, MittBayNot 2005, 229, 231 m. zust. Anm. Böhrer.

77 OLG Stuttgart, Beschluss vom 30.6.2004, 8 W 495/03, MittBayNot 2005, 229, 231.

60 Vgl. auch Bengel, MittBayNot 2003, 270, 277.

61 Siehe zu den möglichen Austragsleistungen in Form von wiederkehrenden Leistungen eingehend Kappler/Kappler, Die vorweggenommene Erbfolge, Rdnr. 373 ff.

62 Vgl. hierzu Kappler/Kappler, Die vorweggenommene Erbfolge, Rdnr. 422 ff.

63 vgl. Mayer/Geck/Mayer, Der Übergabevertrag, § 6 Rdnr. 51.

64 Vgl. Böckmann, FPR 2004, 648.

65 Vgl. Coeppicus, NJW 2014, 3703.

66 BayObLG, Urteil vom 8.10.1997, 3 Z BR 192/97, FamRZ 1999, 47, 48.

67 MünchKomm-BGB/Schwab, 7. Aufl. 2017, § 1908i Rdnr. 37.

Für diese Sachverhaltskonstellationen wird die Praxis nach Ausweglösungen suchen. Gefunden werden kann eine solche, da das Schenkungsverbot des § 1908i Abs. 2 i. V. m. § 1804 BGB (sofern nicht anderweitig vereinbart) nicht für einen (General-/Vorsorge-)Bevollmächtigten gilt, insbesondere im Recht der Vollmacht.<sup>78</sup> Deshalb werden sich gerade

derartige Vollmachten – sofern sie rechtlich weit genug ausgestaltet und im Umgang „praktikabel“ sind – in der Zukunft oftmals als „Ausweg“ aus der Altersdemenz und den (damit oftmals verbundenen) Fesseln des Betreuungsverfahrens erweisen.

<sup>78</sup> *Bühler*, FamRZ 2001, 1585, 1588; eingehend hierzu *Kappler/Kappler*, Handbuch Patchworkfamilie, Kap. 4 Rdnr. 22 ff.

## Die Kommanditanteilsübertragung an Minderjährige

Zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Dresden vom 25.4.2018, 17 W 160/18<sup>1</sup> und Beschluss des OLG Köln vom 26.3.2018, 4 Wx 2/18<sup>2</sup>

Von Notar Dr. **Ralf Menzel**, Rottenburg a. d. Laaber

Die Kommanditanteilsübertragung an Minderjährige erfreut sich vor allem im Hinblick auf eine vorausschauende steueroptimierte Vermögensnachfolgeplanung großer Beliebtheit. Nunmehr haben sich erneut zwei OLG mit dieser Thematik auseinandergesetzt. Bei der Lektüre der aktuellen Entscheidungen des OLG Köln und des OLG Dresden sollte man sich u. a. auch die bereits ergangenen Entscheidungen des OLG Frankfurt a. M.,<sup>3</sup> des OLG Bremen,<sup>4</sup> des OLG München<sup>5</sup> sowie des OLG Jena<sup>6</sup> in Erinnerung rufen. Die zahlreichen Entscheidungen zeigen, wie schwer sich die registergerichtliche Praxis mit dem Problemkreis der Kommanditanteilsübertragung an Minderjährige nach wie vor tut. Die nachstehenden Ausführungen beleuchten die Rechtslage aus Sicht der notariellen Praxis.

### I. Die Vertragsgestaltung durch den Notar

Der Notar wird zuweilen auch mit der Gestaltung von Kommanditanteilsübertragungsverträgen an Minderjährige betraut. Unabhängig von Formfragen (insbesondere § 518 Abs. 1 BGB,<sup>7</sup> je nach Einzelfall u. a. auch § 311b Abs. 1 BGB,<sup>8</sup> § 15 Abs. 3 GmbHG,<sup>9</sup> § 2348 BGB) wird der Notar, der mit der Entwurfserstellung betraut ist, den Vorgang auch beurkunden, da dies keine zusätzlichen Kosten verursacht und damit etwaige Formerfordernisse auf alle Fälle gewahrt sind.

#### 1. Die Vertretung des Minderjährigen

Der Notar sollte sich bei der Gestaltung derartiger Verträge unter Beteiligung eines Minderjährigen in einem ersten Prüfungsschritt mit der ordnungsgemäßen Vertretung des Minderjährigen befassen.<sup>10</sup>

1 MittBayNot 2019, 270 (in diesem Heft).  
 2 MittBayNot 2019, 272 (in diesem Heft).  
 3 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.5.2008, 20 W 123/08, ZEV 2008, 607.  
 4 OLG Bremen, Beschluss vom 16.6.2008, 2 W 38/08, ZEV 2008, 608.  
 5 OLG München, Beschluss vom 6.11.2008, 31 Wx 76/08, ZEV 2008, 609 und OLG München, Beschluss vom 28.12.2017, 2 WF 1509/17, MittBayNot 2019, 132 ff. m. Anm. *Egger*.  
 6 OLG Jena, Beschluss vom 22.3.2013, 2 WF 26/13, ZEV 2013, 521 ff.

7 Vgl. hierzu *Wichmann/DiBbars*, ZEV 2018, 441, 443. Zur Heilung von formnichtigen Schenkungsversprechen siehe II. 2.  
 8 § 311b Abs. 1 BGB kommt insbesondere dann in Betracht, wenn neben der Kommanditbeteiligung auch im Sonderbetriebsvermögen des Gesellschafters befindlicher Grundbesitz oder Miteigentumsanteile daran mitübergeben werden.  
 9 Bei der GmbH & Co. KG.  
 10 A. A. aus der Perspektive des Familiengerichts: *van de Loo/Strnad*, ZEV 2018, 617, 622. So wie hier auch der Entscheidungsaufbau des OLG Bremen, Beschluss vom 16.6.2008, 2 W 38/08, ZEV 2008, 608 und des zu besprechenden Beschlusses des OLG Köln, Beschluss vom 26.3.2018, 4 Wx 2/18.

Nach einer mittlerweile wohl als herrschend zu bezeichnenden Auffassung,<sup>11</sup> der sich nun das OLG Köln angeschlossen hat, ist der derivative Erwerb eines voll eingezahlten Kommanditeils grundsätzlich ein lediglich rechtlich vorteilhaftes Rechtsgeschäft für den Minderjährigen.<sup>12</sup> Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Übertragung, wie im Regelfall, aufschiebend bedingt durch die Eintragung im Handelsregister erfolgt.<sup>13</sup> Je nach Ausgestaltung der Abtretung und auch des entsprechenden Gesellschaftsvertrags der KG kann die Abtretung für den Minderjährigen aber auch nicht lediglich rechtlich vorteilhaft oder deren Einordnung als solche zumindest strittig sein, zum Beispiel bei einer Anrechnungsbestimmung auf den Pflichtteil,<sup>14</sup> einem vertraglichen Rückforderungsrecht<sup>15</sup> oder einer Ehevertragsklausel im Gesellschaftsvertrag.<sup>16</sup> Ein mögliches Wiederaufleben der Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB oder allgemeine gesellschaftsrechtliche Treuepflichten stellen für sich nach nunmehr herrschender und meines Erachtens zutreffender Auffassung aber noch keinen relevanten rechtlichen Nachteil dar.<sup>17</sup>

Soweit sich die OLG-Entscheidungen mit der Frage nach dem lediglich rechtlichen Vorteil beschäftigen, wird hierbei nicht

- 11 Vgl. u. a. OLG München, Beschluss vom 28.12.2017, 2 WF 1509/17, MittBayNot 2019, 132 ff. m. Anm. Egger; OLG Bremen, Beschluss vom 16.6.2008, 2 W 38/08, ZEV 2008, 608; OLG Jena, Beschluss vom 22.3.2013, 2 WF 26/13, ZEV 2013, 421; Palandt/Ellenberger, 78. Aufl. 2019, § 107 Rdnr. 4; MünchKomm-HGB/Grunewald, 3. Aufl. 2012, § 161 Rdnr. 24; Staudinger/Klumpp, Neub. 2017, § 107 Rdnr. 59; Maier-Reimer/Marx, NJW 2005, 3025, 3026; Führ/Nikoleyczik, BB 2009, 2105; Menzel/Wolf, MittBayNot 2010, 186, 188. A. A. u. a. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.5.2008, 20 W 123/08, ZEV 2008, 607; MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, 7. Aufl. 2017, § 1822 Rdnr. 16; Staub/Schäfer, HGB, 5. Aufl. 2014, § 105 Rdnr. 86 f.; Ivo, ZEV 2005, 193, 194 m. w. N. Allgemein hierzu MünchKomm-BGB/Spickhoff, 7. Aufl. 2017, § 1795 Rdnr. 20 m. w. N.
- 12 Anders ist dies bei der Gründung einer Kommanditgesellschaft unter Beteiligung Minderjähriger. Nach h. M. sind Eltern, die zusammen mit ihrem minderjährigen Kind (oder Kindern) eine Kommanditgesellschaft gründen, von der Vertretung ausgeschlossen, da dies kein lediglich rechtlich vorteilhaftes Rechtsgeschäft darstellt und daher eine teleologische Reduktion des § 181 BGB nicht in Betracht kommt. Die Vertretungsmacht ist nach den § 1629 Abs. 2, § 1795 Abs. 2, § 181 BGB ausgeschlossen und ein Ergänzungspfleger zu bestellen (§ 1909 BGB). Dieses Ergebnis ist unabhängig davon, ob die KG ein Erwerbsgeschäft betreibt oder es sich um eine rein vermögensverwaltende Gesellschaft handelt und gilt auch dann, wenn die Eltern die Verpflichtung zur Einlageleistung übernehmen. Zum Ganzen: Menzel/Wolf, MittBayNot 2010, 186 ff.; ferner DNotl-Report 2018, S. 26 ff. m. w. N.
- 13 Siehe DNotl-Report 2018, 26 ff. m. w. N.
- 14 Vgl. Menzel/Wolf, MittBayNot 2010, 186, 188 m. w. N.
- 15 Menzel/Wolf a. a. O.
- 16 Nach Auffassung des OLG Köln, Beschluss vom 26.3.2018, 4 Wx 2/18, ist eine gesellschaftsvertragliche Verpflichtung zur Eingehung einer modifizierten Zugewinnsgemeinschaft und eines gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzichts kein rechtlicher Nachteil, da bei einem Verstoß nur der Verlust der Gesellschafterstellung droht. Van de Loo/Strnad, ZEV 2018, 617, 623 empfehlen dagegen, den Minderjährigen von solchen Verpflichtungen im Gesellschaftsvertrag auszunehmen. Siehe hierzu auch OLG Bremen, Beschluss vom 16.6.2008, 2 W 38/08, ZEV 2008, 608.
- 17 So auch Egger, MittBayNot 2019, 135 f. m. w. N.

explizit zwischen einer vermögensverwaltenden KG und einer auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gerichteten KG unterschieden. Schließt man sich der nunmehr herrschenden Meinung an und geht von einem lediglich rechtlichen Vorteil aus, so können die Eltern ihr Kind aufgrund teleologischer Reduktion der §§ 1795, 181 BGB vertreten.<sup>18</sup> Ist das Kind beschränkt geschäftsfähig (§ 106 BGB), kann es den Vertrag auch selbst abschließen.<sup>19</sup>

## 2. Die familiengerichtliche Genehmigung

Kommt man im ersten Prüfungsschritt bei einer Anteilsabtretung von Kommanditeilen an einen Minderjährigen zu dem Ergebnis, dass das Rechtsgeschäft lediglich rechtlich vorteilhaft ist, stellt sich die Frage, ob für ein den Minderjährigen-schutz dienendes Genehmigungserfordernis nach § 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB (analog) überhaupt noch Raum ist. Als Ausgangspunkt ist hierbei zunächst festzuhalten, dass die herrschende Meinung eine entsprechende Anwendung des § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB auf den unentgeltlichen derivativen Beteiligungserwerb an Personengesellschaften durch einen Minderjährigen grundsätzlich bejaht.<sup>20</sup>

Das OLG Köln hat das Genehmigungserfordernis konsequenterweise verneint, da die beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen die Handelsregisteranmeldung<sup>21</sup> selbst unterzeichnet haben und daher mangels Vertretung der Minderjährigen in der Tat kein Erfordernis mehr für eine Genehmigung des Vertreterhandelns nach § 1822 Nr. 3 BGB bestand.

Wird das Kind aber von den Eltern oder einem Ergänzungspfleger vertreten, ist ein Genehmigungserfordernis nach § 1822 Nr. 3 Var. 3 (analog) BGB über § 1643 BGB (bzw. §§ 1909, 1915 BGB bei Bestellung eines Ergänzungspflegers) zu prüfen, und zwar auch dann, wenn man das Rechtsgeschäft als lediglich rechtlich vorteilhaft ansieht. Die wirksame Vertretung des Kindes und das Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung sind grundsätzlich getrennt voneinander zu untersuchen.<sup>22</sup>

Ausgehend von der Entscheidung des OLG Dresden<sup>23</sup> und der herrschenden Meinung<sup>24</sup> wird man bei einer das bloße

18 Allgemein hierzu MünchKomm-BGB/Spickhoff, § 1795 Rdnr. 20 m. w. N.

19 So im Falle des OLG Köln, Beschluss vom 26.3.2018, 4 Wx 2/18, das ausgehend hiervon völlig zutr. ein Genehmigungserfordernis durch das Familiengericht verneint hat.

20 Vgl. Egger, MittBayNot 2019, 136.

21 Richtigerweise kommt es auf den Vertrag und nicht auf die Anmeldung an, siehe nachfolgende Ausführungen unter II.

22 So bereits Menzel/Wolf, MittBayNot 2010, 186, 188; a. A. Wichmann/DiBars, ZEV 2018, 441, 443; van de Loo/Strnad, ZEV 2018, 617, 622.

23 Ähnlich OLG München, Beschluss vom 28.12.2017, 2 WF 1509/17, MittBayNot 2019, 132 ff. und OLG München, Beschluss vom 6.11.2008, 31 Wx 76/08, ZEV 2008, 609; anders OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.5.2008, 20 W 123/08, ZEV 2008, 607, das dem Umstand, dass die Gesellschaft ein Erwerbsgeschäft betreibt, keine besondere Bedeutung beigemessen hat; hierzu auch DNotl-Report 2018, 26, 28.

24 Zum Meinungsstand siehe u. a. DNotl-Report 2018, 26, 28; van de Loo/Strnad, ZEV 2018, 617, 618 ff. jeweils m. w. N.

Vermögen verwaltenden Kommanditgesellschaft das Genehmigungserfordernis verneinen,<sup>25</sup> während man es bei einer auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gerichteten Kommanditgesellschaft bejahen wird. Schwierigkeiten<sup>26</sup> bereitet dabei die genaue Abgrenzung zwischen genehmigungsfreier privater Vermögensverwaltung und einer auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gerichteten Gesellschaft, insbesondere im Bereich der Immobilienverwaltung.<sup>27</sup> Maßgebliche Kriterien sind ausgehend von der Entscheidung des OLG Dresden der Unternehmensgegenstand, die personelle Zusammensetzung, die Firmierung und die Höhe der Kommanditeinlage. Spätere Beschlüsse zur Änderung des Unternehmensgegenstands hin zum Erwerbsgeschäft sollen zum Schutz des Minderjährigen der Genehmigung durch das Familiengericht bedürfen, bevor sie für den Minderjährigen Wirkung entfalten.

### 3. Folgerungen für die Praxis

Der Vertragsgestalter, welcher der nunmehr herrschenden Meinung folgt, kann bei einer rein vermögensverwaltenden KG grundsätzlich von einem lediglich rechtlich vorteilhaften Rechtsgeschäft beim Erwerb des Kommanditeils durch den Minderjährigen ausgehen. Es bedarf dann – je nach Ausgestaltung des Abtretungs- und des Gesellschaftsvertrags – weder der Bestellung eines Ergänzungspflegers noch einer Genehmigung durch das Familiengericht.<sup>28</sup>

Der vorsichtige Vertragsgestalter wird, unabhängig davon, ob es sich um eine vermögensverwaltende oder auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gerichtete KG handelt, die Bestellung eines Ergänzungspflegers anregen und die Genehmigung des Familiengerichts einholen bzw. ein Negativattest beantragen. Bei Zuwendungen an mehrere Minderjährige genügt, anders als beim Eintritt minderjähriger in eine Kommanditgesellschaft, die Mitwirkung eines einzigen Ergänzungspflegers für alle Betroffenen.<sup>29</sup> Eine nach § 181 BGB nicht zulässige Mehrfachvertretung liegt nicht vor, da der Ergänzungspfleger lediglich gleichlaufende Erklärungen abgibt.<sup>30</sup>

Als Alternativlösung bietet sich bei einer rein vermögensverwaltenden Kommanditgesellschaft auch an, von der Bestellung eines Ergänzungspflegers zunächst abzusehen, aber vorsorglich eine Genehmigung bzw. ein Negativattest beim

Familiengericht einzuholen.<sup>31</sup> Damit das Familiengericht überhaupt tätig werden kann, sollten hier aber auch bei beschränkt geschäftsfähigen Kindern die Eltern aktiv werden, da nur dann ein mögliches genehmigungspflichtiges Handeln des gesetzlichen Vertreters vorliegt. Handelt der beschränkt Geschäftsfähige selbst, ist für eine Genehmigung oder ein Negativattest des Familiengerichts meines Erachtens kein Raum.

Bei einer auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gerichteten KG sollte aufgrund der Rechtsprechung der OLG bei einer Anteilsabtretung von Eltern an ihr Kind immer ein Ergänzungspfleger bestellt und die Genehmigung des Familiengerichts eingeholt werden.

## II. Die Registeranmeldung

Die Registeranmeldung ist getrennt von der Vertragsgestaltung zu untersuchen. Hierbei sind in der notariellen Praxis folgende Konstellationen denkbar:

- Der Notar war mit der Erstellung des Schenkungsvertrags beauftragt<sup>32</sup> und entwirft nun die entsprechende Handelsregisteranmeldung (hierzu nachfolgende Nr. 1);
- Der Notar ist nur beauftragt, die Handelsregisteranmeldung bzgl. des Kommanditistenwechsels zu entwerfen. Der der Anmeldung zugrunde liegende Vertrag wurde privatschriftlich gefasst (hierzu nachfolgende Nr. 2);
- Der Notar beglaubigt lediglich die Unterschrift unter eine vorgefertigte Handelsregisteranmeldung (hierzu nachfolgende Nr. 3).

### 1. Entwurf der Anmeldung durch den Notar bei voriger Vertragsgestaltung durch diesen

#### a) Anmeldung als Verfahrenserklärung

Zunächst ist vorab festzuhalten, dass es sich bei der Handelsregisteranmeldung um eine Verfahrenserklärung gegenüber dem Registergericht handelt und dass aufgrund dieses verfahrensrechtlichen Charakters allgemein anerkannt ist, dass auf die Handelsregisteranmeldung die Vorschrift des § 181 BGB nicht anwendbar ist.<sup>33</sup> Daher können gesetzliche Vertreter eines minderjährigen Gesellschafters Anmeldungen zum Handelsregister im eigenen Namen und zugleich für die Minderjährigen tätigen, selbst dann, wenn das der Anmeldung zugrunde liegende Rechtsgeschäft nicht lediglich rechtlich vorteilhaft für den Minderjährigen wäre. Sollte ein Ergänzungspfleger für die Abtretung bestellt sein, wird dessen Aufgabenkreis im Regelfall auch die zugehörige Anmeldung erfassen, sodass auch dieser befugt ist (anstelle der Eltern) die Anmeldung für das minderjährige Kind zu unterzeichnen.<sup>34</sup>

25 A. A. u. a. *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 10. Aufl. 2017, Rdnr. 751 m. w. N.

26 Nach *Krafka/Kühn*, Registerrecht, Rdnr. 751, sind diese Abgrenzungsschwierigkeiten unlösbar; krit. auch zur Differenzierung und zum Genehmigungserfordernis *Menzel/Wolf*, MittBayNot 2010, 186, 189; vgl. nunmehr auch *Egger*, MittBayNot 2019, 135, 137, der zu Recht betont, dass die postulierte Analogiefähigkeit der Genehmigungstatbestände nach §§ 1821 f. BGB eine enge und formale Auslegung gebietet.

27 Näher hierzu *van de Loo/Strnad*, ZEV 2018, 617, 620 f. m. w. N.

28 Vgl. auch DNotI-Report 2018, 26 ff. im Zusammenhang mit der Erhöhung der Beteiligung minderjähriger Kommanditisten durch Schenkung zusätzlicher Anteile.

29 So OLG München, Beschluss vom 17.6.2010, 31 Wx 70/10, NZG 2010, 862; *Krafka/Kühn*, Registerrecht, Rdnr. 751.

30 Vgl. Palandt/*Ellenberger*, § 181 Rdnr. 7.

31 Die Genehmigung kann dem Registergericht auch nachgereicht werden, falls die Anmeldung sofort vorgelegt wird, hierzu auch II. 2.

32 Siehe vorstehend unter I.

33 Siehe *Baumbach/Hopt/Roth*, HGB, 38. Aufl. 2018, § 162 Rdnr. 3; DNotI-Gutachten Nr. 153042 m. w. N.

34 DNotI-Gutachten Nr. 153042.



## b) Umfang der Prüfungspflicht

Was prüft das Registergericht nun bei der Anmeldung? Grundsätzlich ist dem Registergericht im Rahmen eines Kommanditistenwechsels nur die Anmeldung, nicht aber der entsprechende Abtretungsvertrag vorzulegen. Hat dann das Gericht, ausgehend von den Ausführungen nach lit. a), überhaupt die Vertretungsbefugnis der Eltern bzw. die Frage nach dem lediglich rechtlichen Vorteil zu prüfen?

Dies ist zu bejahen. Das Registergericht ist berechtigt und im Einzelfall auch verpflichtet, die materiellrechtlichen Voraussetzungen für die Eintragung zu prüfen.<sup>35</sup> Ob also die Mitwirkung eines Ergänzungspflegers und die Genehmigung des Familiengerichts erforderlich sind, ist eine Vorfrage der Eintragung.<sup>36</sup> Das Gericht prüft dabei nicht nur die Anmeldung, sondern auch den der Anmeldung zugrunde liegenden Vertrag auf seine Wirksamkeit. Dies ist eine allgemeine rechtsstaatliche Pflicht und folgt aus § 26 FamFG.<sup>37</sup> Im Regelfall, also beispielsweise bei einem Kommanditistenwechsel ohne Beteiligung Minderjähriger, wird das Gericht diese materiellen Voraussetzungen nicht prüfen, da es keine Anhaltspunkte für deren Unwirksamkeit hat. Die Eintragung ist also stets vorzunehmen, wenn kein sachlich berechtigter Anlass zu Zweifeln an der Anmeldung und dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäft besteht.<sup>38</sup> Sind aber Minderjährige beteiligt, ist eine solche Prüfung seitens der Gerichte zulässig, da hier angesichts eines etwaigen Vertretungsausschlusses der Eltern und dem möglichen familiengerichtlichen Genehmigungserfordernis gewisse Zweifel an der materiellen Wirksamkeit bestehen können. Auch der Minderjährigenschutz spricht für eine solche Prüfungspflicht.

## c) Umfang der zu übermittelnden Dokumente

Hat der Notar bei der Vertragsgestaltung mitgewirkt, kann und sollte er dem Gericht bei dessen Prüfungspflicht behilflich sein. Wurde nach rechtlicher Prüfung durch den Notar bei einer Anteilsabtretung eines Kommanditeils an einer vermögensverwaltenden Kommanditgesellschaft weder ein Ergänzungspfleger bestellt noch eine Genehmigung oder ein Negativattest des Familiengerichts eingeholt, kann der Notar dies in der Anmeldung als rechtlichen Hinweis vermerken.<sup>39</sup> Sollte für den Abtretungsvertrag ein Ergänzungspfleger bestellt worden sein und/oder eine Genehmigung des Familiengerichts bzw. ein Negativattest vorliegen, sollte der Notar dem Registergericht die Bestallungsurkunde und die Genehmigung bzw. das Negativattest übermitteln.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, § 8 Rdnr. 8.

<sup>36</sup> So zutr. das OLG Köln, Beschluss vom 26.3.2018, 4 Wx 2/18 in der zu besprechenden Entscheidung.

<sup>37</sup> So Baumbach/Hopt/Hopt, HGB, § 8 Rdnr. 8.

<sup>38</sup> Allgemein für die Anmeldung bei einer OHG: *Krafka/Kühn*, Registerrecht, Rdnr. 619.

<sup>39</sup> Alternativ könnte dem Gericht – nach entsprechender Ermächtigung durch die Vertragsteile – der Abtretungsvertrag separat zur Anmeldung übermittelt werden. Der Vertrag sollte nicht in einem Dokument mit der Anmeldung zusammengefasst sein, da das Gericht sonst die Anmeldung mit Vertrag veröffentlicht.

<sup>40</sup> Ggf. bietet es sich aus Gründen der Transparenz auch an, den Vertrag samt Bestallungsurkunde und Genehmigung zu übermitteln; Ermächtigung der Vertragsteile vorausgesetzt.

## d) Inhalt der Anmeldung

Die inhaltliche Ausgestaltung der Anmeldung erfolgt nach den übrigen Modalitäten und weist gegenüber der Anmeldung des Kommanditistenwechsels ohne Beteiligung Minderjähriger keine Besonderheiten auf. Wie bereits unter I. aufgeführt, muss aus Haftungsgründen die Abtretung unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung im Handelsregister erfolgen, was auch in der Handelsregisteranmeldung aufzuführen ist. Ferner ist die für die Eintragung des Sonderrechtsnachfolgevermerks erforderliche Versicherungserklärung abzugeben.<sup>41</sup>

## 2. Entwurf der Anmeldung durch den Notar ohne Fertigung der entsprechenden Verträge

In der Praxis werden Handelsregisteranmeldungen insbesondere im Bereich des Personengesellschaftsrechts auch häufig von Notaren gefertigt, ohne dass sie die entsprechenden Verträge hierzu entworfen haben. Dies ist jedenfalls dann möglich, wenn der zugrunde liegende Vertrag keinem Formerfordernis unterliegt. Fraglich ist, ob bei unentgeltlicher Kommanditeilsübertragung nicht ohnehin wegen § 518 Abs. 1 BGB eine Beurkundung erforderlich ist.<sup>42</sup> Hierbei ist aber zu beachten, dass Schenkungsverträge von Kommanditeilen regelmäßig auch die Abtretung des Kommanditeils enthalten und damit der Mangel der Form durch die vollzogene Schenkung geheilt wird (§ 518 Abs. 2 BGB). Die Tatsache, dass die Abtretung in der Regel aufschiebend bedingt durch die Eintragung der Rechtsnachfolge im Handelsregister ist, steht dem nicht entgegen.<sup>43</sup> Die aufgrund der Anmeldung erfolgende Handelsregistereintragung dokumentiert nur den Vollzug der Schenkung<sup>44</sup> und bewirkt nicht erst dessen Heilung. Sofern keine weitergehenden Formerfordernisse bestehen, ist der Notar somit nicht berechtigt, die Erstellung des Entwurfs der Anmeldung allein unter Hinweis auf § 518 Abs. 1 BGB abzulehnen.

Für das weitere Vorgehen ist, ausgehend von den Ausführungen in II. 1., hervorzuheben, dass die Frage nach der wirksamen Vertretung und dem Genehmigungserfordernis nicht die Handelsregisteranmeldung, sondern den der Anmeldung zugrunde liegenden Vertrag betrifft. Wenn der entsprechende Vertrag aber nicht vom Notar entworfen wurde, treffen ihn diesbezüglich auch keine Pflichten. Wie dargelegt können die Eltern die Anmeldung mangels Anwendbarkeit des § 181 BGB auch stets im Namen ihres Kindes unterzeichnen, sodass der Notar auch keinen Vertretungsausschluss der Eltern prüfen muss. Gleichwohl empfiehlt es sich, die rechtliche Thematik und das weitere Vorgehen mit den Beteiligten bzw. deren Berater zu besprechen. Im Zweifel sollte der Notar die Anmeldung vorlegen, da die entsprechenden Dokumente auch nachgereicht werden können.<sup>45</sup> Der Notar ist in diesem Fall auch berechtigt, den Prüfvermerk nach § 378 Abs. 3 Satz 1

<sup>41</sup> *Krafka/Kühn*, Registerrecht, Rdnr. 750.

<sup>42</sup> Vgl. hierzu *Wichmann/DiBbars*, ZEV 2018, 441, 443.

<sup>43</sup> Vgl. *Palandt/Weidenkaff*, § 518 Rdnr. 9; *Wichmann/DiBbars*, ZEV 2018, 441, 443.

<sup>44</sup> Siehe *Wichmann/DiBbars*, ZEV 2018, 441, 443.

<sup>45</sup> So *Wichmann/DiBbars*, ZEV 2018, 441, 444. Liegt die Genehmigung des Familiengerichts ohnehin vor, sollte diese auch an das Gericht übermittelt werden; selbiges gilt für die Bestallungsurkunde des Ergänzungspflegers.



FamFG zu erteilen, da außerhalb der Anmeldung liegende Umstände nicht von seiner Prüfungspflicht umfasst sind.<sup>46</sup> Er sollte aber im eigenen Interesse einen entsprechenden Hinweis<sup>47</sup> erteilen, sodass die Beteiligten bei einer etwaigen Zwischenverfügung des Registergerichts vorgewarnt sind.

46 BT-Drucks. 18/10607, S. 109; BeckOK-FamFG/Otto, Stand: 1.10.2018, § 378 Rdnr. 50.

47 Da der Notar den Vertrag nicht prüfen muss, empfiehlt es sich, den Hinweis allgemein zu halten.

### 3. Unterschriftsbeglaubigung ohne Entwurfstätigkeit

Ausgehend von den bisherigen Ausführungen ergibt sich auch, wie zu verfahren ist, wenn der Notar nur die Unterschrift unter eine von den Beteiligten bzw. den rechtlichen Beratern entworfene Handelsregisteranmeldung beglaubigt. Der Notar kann die Beglaubigung vornehmen, selbst wenn der der Anmeldung zugrunde liegende Abtretungsvertrag möglicherweise vom Ergänzungspfleger abgeschlossen und/oder dem Familiengericht genehmigt werden muss. Auch der Prüfvermerk nach § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG kann erteilt werden, wenn die Anmeldung als solche nicht zu beanstanden ist.

# Das GwG 2017 aus notarieller Sicht – Teil 2: Sorgfaltspflichten und sonstige notarrelevante Neuerungen

Von Notarassessor **David Sommer**, München

Anknüpfend an den Beitrag im letzten Heft<sup>1</sup> sollen nunmehr die Sorgfaltspflichten nach dem neuen GwG sowie sonstige Neuerungen erörtert werden. Schließlich lohnt ein Ausblick auf die 5. Geldwäscherichtlinie der EU.<sup>2</sup>

## 1. Sorgfaltspflichten, §§ 10 bis 17 GwG

### 1. Konkrete Risikobewertung eines Vorgangs

Jeder Vorgang im Anwendungsbereich des GwG ist auf das konkrete Geldwäscherisiko zu prüfen. Auf der Basis der Feststellungen der allgemeinen Risikoanalyse sowie möglicher GwG-Risikofaktoren bei notariellen Amtsgeschäften erfolgt eine vorgangsspezifische Risikobewertung. Vertretbar ist auch, nur außergewöhnliche Geschäfte individuell zu bewerten und

für gewöhnliche Geschäfte nur allgemein die Risiken in der Risikoanalyse zu dokumentieren.<sup>3</sup>

#### a) Keine Bedeutung des § 10 Abs. 2 Satz 3 GwG

Die Anforderungen des § 10 Abs. 2 Satz 3 GwG zur Feststellung des von den Beteiligten mit dem notariellen Amtsgeschäft verfolgten Zwecks, der wirtschaftlichen Bedeutung des Vorgangs und der Anzahl der Vorgänge mit dem Beteiligten sind regelmäßig von keiner Bedeutung, weil der verfolgte Zweck des notariellen Amtsgeschäfts ohnehin aus der Urkunde ersichtlich ist, die wirtschaftliche Bedeutung des Amtsgeschäfts sich in der Kostenrechnung anhand des Geschäftswerts widerspiegelt und notarielle Amtsgeschäfte in der Regel punktuell in Anspruch genommen werden.<sup>4</sup> Nur wenn das notarielle Amtsgeschäft nicht selbsterklärend ist, kann es im Einzelfall erforderlich werden, weitere Informationen einzuholen. Bei wiederholten Amtsgeschäften für einen Beteiligten ist dies aus der Urkundenrolle und dem Namensverzeichnis ersichtlich. Ob auch der mittelbare Geschäfts-

1 Siehe MittBayNot 2019, 107.

2 Richtlinie (EU) 2018/843 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.5.2018 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU.

3 Siehe *Schubert*, NJOZ 2018, 41, 45.

4 So auch *Schubert*, NJOZ 2018, 41, 45.

zweck bei Gesellschaftsgründungen im geldwäscherelevanten bargeldintensiven Bereich (KFZ-Handel, Gastronomie) aufzuklären ist,<sup>5</sup> kann bezweifelt werden: Falls eine solche Gesellschaft tatsächlich der Geldwäsche dienen soll, wird der Gründer dies dem Notar nicht eröffnen.

#### b) Zeitpunkt der konkreten Risikobewertung und Wiederholung

Die Risikobewertung hat bei Begründung der Geschäftsbeziehung zu beginnen, § 10 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GwG. Fraglich ist, ob der Beginn der Entwurfs-, Beratungs- oder engeren Amtstätigkeit relevant ist. Jedenfalls sollte wohl vor der Vollzugstätigkeit die konkrete Risikobewertung erfolgt sein. Die Geschäftsbeziehung ist in § 1 Abs. 4 GwG legaldefiniert als jede Beziehung, die unmittelbar in Verbindung mit den gewerblichen oder beruflichen Aktivitäten der Verpflichteten steht und bei der beim Zustandekommen des Kontakts davon ausgegangen wird, dass sie von gewisser Dauer sein wird. Notarielle Amtsgeschäfte sind regelmäßig durch punktuellen Tätigwerden für die Mandanten geprägt. Geldwäscherelevanter Vermögenstransfer oder geldwäscherelevante Verschleierung können dabei nur stattfinden, wenn das begehrte Amtsgeschäft durchgeführt wird, weil erst die Errichtung einer Urkunde und ggf. deren anschließender Vollzug im Grundbuch oder Handelsregister oder aber die Einzahlung auf ein Anderkonto zu Vermögenstransfers oder Verschleierungen im notarrelevanten Bereich führen kann. Die bloße Entwurfs- oder Beratungstätigkeit kann daher noch nicht für eine Geldwäsche genutzt werden, jedenfalls wenn der Entwurf nicht auch ohne notarielle Mitwirkung den gewünschten Erfolg bewirken kann (zum Beispiel GbR-Anteilsabtretung). Entwurfs- oder Terminanfragen begründen daher regelmäßig noch keine Geschäftsbeziehung im Sinne des GwG. Lediglich in Ausnahmefällen sind die allgemeinen Sorgfaltspflichten bereits im Rahmen der Entwurfstätigkeit zu beachten; in der Regel genügt dagegen die Risikobewertung unmittelbar vor Durchführung des Amtsgeschäfts.

Bei früheren Mandanten ist eine erneute Risikobewertung zwar nicht zwingend bei jedem neuen notariellen Amtsgeschäft erforderlich, sondern „zu geeigneter Zeit“, insbesondere bei Änderung maßgeblicher Umstände, vorzunehmen, § 10 Abs. 3 Satz 3 GwG. Soweit der (erneuten) „Geschäftsbeziehung“ ein anderer Sachverhalt zugrunde liegt, sie sich beispielsweise auf eine andere Amtstätigkeit bezieht oder andere Personen daran beteiligt sind, scheint gleichwohl eine neue Risikobewertung erforderlich (zum Beispiel muss jeder Bauträgervertrag eines Objekts mit mehreren Einheiten separat bewertet werden, nicht aber müssen Gesellschafterbeschlüsse und zugehörige Handelsregisteranmeldung unabhängig voneinander überprüft werden).

Die anfängliche Risikobewertung des Notars ist nicht abschließend. § 10 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 und 4 GwG verlangen vielmehr die Erfüllung der allgemeinen Sorgfaltspflichten auch bei nachträglichen Anhaltspunkten für Geldwäsche oder aufkommenden Zweifeln hinsichtlich der Richtigkeit der erhobenen Angaben zu den Beteiligten und wirtschaftlich Berechtigten.

Insbesondere bei zuvor risikoangemessener Reduzierung der allgemeinen Sorgfaltspflichten gemäß § 10 Abs. 2 GwG können solche nachträglichen Anhaltspunkte nunmehr eine vollumfängliche Beachtung der allgemeinen oder gar verstärkte Sorgfaltspflichten erfordern. Es gehört zur sachlichen Unabhängigkeit des Notars, auch bei geringerem Risiko von vornherein die allgemeinen Sorgfaltspflichten anzuwenden und beispielsweise nicht auf eine Identifizierung mit geeigneten Ausweisdokumenten zu verzichten.

#### c) Gesamtschau sämtlicher Umstände des Einzelfalls

Die Risikobewertung erfolgt im Rahmen einer Gesamtschau sämtlicher Umstände des Einzelfalls, sodass aus dem Vorliegen eines oder einzelner der nachfolgenden Gesichtspunkte nicht zwingend auf ein geringeres oder höheres Risiko geschlossen werden kann:

Ein geringeres Risiko wird insbesondere bei folgenden notariellen Amtsgeschäften im Anwendungsbereich des GwG regelmäßig bestehen:

- Immobiliengeschäfte für eigene Wohn-/Geschäftszwecke, auch bei Zweit- oder Ferienwohnungen, sowie für Vermietungszwecke
- gesellschaftsrechtliche Vorgänge bei tatsächlich von der Gesellschaft betriebenen Unternehmen

Ein höheres Risiko besteht gemäß § 15 Abs. 3 GwG insbesondere in folgenden Fällen:

- Beteiligung einer politisch exponierten Person (auch bis zu zwölf Monate nach deren Ausscheiden), deren Familienmitglied oder einer der politisch exponierten Person bekanntermaßen nahestehenden Person
- Beteiligte oder Mittel kommen aus unsicherem Drittstaat gemäß Delegierter Verordnung (EU) 2016/1675, d. h. derzeit: Afghanistan, Bosnien und Herzegowina, Guyana, Irak, DVR Laos, Syrien, Uganda, Vanuatu, Jemen, Iran, Demokratische Volksrepublik Korea (DVK)
- Transaktion im Verhältnis zu sonstigen Transaktionen des Notars
  - besonders komplex oder groß
  - ungewöhnlicher Ablauf
  - ohne offensichtlichen wirtschaftlichen oder rechtmäßigen Zweck

Weitere Anhaltspunkte für ein erhöhtes Risiko können sein:

- Immobiliengeschäft ohne Finanzierung
- ausländische Immobilienkäufer
- junger oder sehr alter Immobilienkäufer
- der Kaufpreis erscheint angesichts der sozialen Stellung nicht darstellbar
- Kaufpreis außerhalb des Rahmens marktüblicher Bandbreiten
- besondere Eile der Beteiligten
- Wunsch nach Barzahlung (ein bestimmter Schwellenwert existiert nicht, insbesondere ist § 10 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 lit. b GwG nicht auf Notare anwendbar)
- Wunsch nach Bareinzahlung auf ein Anderkonto
- Vereinbarung eines Kick-backs für den Käufer
- Käufer hat ersichtlich kein Interesse an Kaufsache

<sup>5</sup> So *Schubert*, NJOZ 2018, 41, 45,

- Käufer hat keine Sach- oder Branchenkenntnisse
- Verkäufer wünscht Kaufpreiszahlung auf problematisches Dritt(staat)konto
- Über-/Unter-Wert-Kauf
- Sanierung von sog. Schrottimmobilien
- Kaufpreiszahlung durch ausländische Stellen, insbesondere der öffentlichen Verwaltung oder ausländische Gesellschaften

Bei den genannten Kriterien handelt es sich um solche Umstände, die zwar ein höheres Risiko bedeuten, aber auch einen plausiblen Grund haben können und daher möglicherweise das höhere Risiko wieder relativieren. Liegen keine Verdachtsmomente vor, ist der Notar (über die Sorgfaltspflichten hinaus) nicht zu eigenen Initiativvermittlungen verpflichtet.

Wohl entscheidendster Gesichtspunkt ist bei der Risikoanalyse die Vorgangsrelevanz von Risikoländern, sei es über die Staatsangehörigkeit oder den Wohnsitz der Beteiligten oder über die Mittelherkunft.

Weiterer wesentlicher Faktor ist, wenn eine Transaktion ungewöhnlich ist und nicht zu den sonstigen Amtsgeschäften passt.

#### d) Dokumentation

Die Vornahme und das Ergebnis der konkreten Risikobewertung sind zu dokumentieren. Das Ergebnis der konkreten Risikobewertung kann mit dreistufiger Skala (geringeres Risiko – mittleres Risiko – höheres Risiko) auf dem Verfügungsbogen oder einem gesonderten Dokument in der Nebenakte festgehalten werden.

#### e) Zweck der Risikobewertung

Aus der Feststellung eines höheren Risikos folgen weitere Pflichten, insbesondere sind die daraufhin ergriffenen Maßnahmen zu dokumentieren und die Mittelherkunft zu prüfen. Bei der Feststellung eines geringeren Risikos können die Sorgfaltspflichten angemessen verringert werden, insbesondere muss die Identifizierung nicht zwingend anhand eines gültigen amtlichen Lichtbildausweises erfolgen, mit dem im Inland die Pass- und Ausweispflicht erfüllt wird.

#### f) Angemessenheit der Sorgfaltspflichten

Der Umfang der aufgrund der allgemeinen Sorgfaltspflichten zu treffenden Maßnahmen nach § 10 Abs. 1 Nr. 2-5 GwG muss gemäß § 10 Abs. 2 GwG im Hinblick auf das im Einzelfall festgestellte Geldwäscherisiko angemessen sein. Dies erfordert, die richtige Balance zwischen Risiko und Aufwand zu finden. Das bedeutet, dass das Maß des zumutbaren Aufwands für Maßnahmen der Identifizierung, Verifizierung etc. im selben Verhältnis steigt, in dem sich das Risiko erhöht. Die Schwelle der Unzumutbarkeit sinkt mit der Verringerung des Risikos.

#### g) Anwendbarkeit vereinfachter oder verstärkter Sorgfaltspflichten

Die §§ 4, 15 GwG enthalten Bestimmungen zu vereinfachten und verstärkten Sorgfaltspflichten, die zur Anwendung kom-

men, wenn im Einzelfall insgesamt ein geringes bzw. höheres Geldwäscherisiko festgestellt wird. Die Ausgestaltung des notariellen Verfahrens (zum Beispiel Präsenz- und Identifizierungspflicht, Pflicht zur Prüfung der Verfügungsberechtigung und Vertretungsmacht, Verbot der Aufbewahrung und Ablieferung von Bargeld) trägt an sich schon wesentlich zur Reduzierung der Gefahr der missbräuchlichen Inanspruchnahme notarieller Tätigkeiten zum Zwecke der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung bei.

Bereits dadurch, dass sich der Notar streng an die Vorgaben der BNotO, des BeurkG und der übrigen berufsrechtlichen Vorschriften zu halten hat, wird das Geldwäscherisiko in der Praxis also eklatant verringert.

## 2. Identifizierung der formell Beteiligten, § 10 Abs. 1 Nr. 1, §§ 11, 12 Abs. 1 GwG

Die Pflicht zur Identifizierung des „Vertragspartners“ und der ggf. „für ihn auftretenden Person“ bezieht sich immer nur auf die formell Beteiligten, also die Erschienenen. Dies gilt auch in Vertretungsfällen einschließlich einer Vertretung ohne Vertretungsmacht.

#### a) Begriff des Vertragspartners

Vertragspartner des Notars im Sinne des GwG sind immer nur die Erschienenen, sodass der Begriff „Vertragspartner“ und „für ihn auftretende Person“ für den Bereich der notariellen Praxis zusammenfallen. Der Begriff der für den Vertragspartner auftretenden Person ist mit der vorgezogenen teilweisen Umsetzung der 4. EU-Geldwäscherichtlinie (EU) 2015/849 im Rahmen des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über die Vergleichbarkeit von Zahlungskontoentgelten, den Wechsel von Zahlungskonten sowie den Zugang zu Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen eingeführt worden, also noch vor dem eigentlichen Gesetz zur Umsetzung der 4. EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen, das dann zur grundlegenden Neugestaltung des GwG geführt hat. Die 4. EU-Geldwäscherichtlinie basiert auf den FATF-Empfehlungen von 2012. In der EU-Geldwäscherichtlinie ist nicht die „für [den Vertragspartner] auftretende Person“ genannt, sondern vielmehr die Person, „die vorgibt, im Namen des Kunden zu handeln“. Im Englischen heißt es jeweils „any person purporting to act on behalf of the customer“, wobei sich die FATF-Empfehlungen lediglich auf „financial institutions“ als Verpflichtete beziehen, wohingegen Art. 13 Abs. 1 letzter Satz der EU-Richtlinie alle Verpflichteten zur Identifizierung der für den Vertragspartner auftretenden Person anhält. Die Folgen der über die Richtlinie und die FATF-Empfehlungen hinausgehenden Umsetzung ins nationale Recht für notarielle Amtsgeschäfte hat der Gesetzgeber erkannt. Er stellt daher im Einklang mit der EU-Richtlinie und den FATF-Empfehlungen ausdrücklich fest, dass „der Begriff ‚des Vertragspartners‘ und der ‚auftretenden Person‘ für den Bereich der notariellen Praxis zusammenfallen und diese Pflichten sich nur auf den Erschienenen beziehen“, weswegen „diese Rechtsänderung für die Identifizierungspraxis der No-

tare keine Auswirkungen“ habe.<sup>6</sup> Mit der Neufassung des GwG durch das Gesetz zur Umsetzung der 4. EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen ergeben sich keine Änderungen. Vielmehr verweist die Begründung zu § 10 GwG im Regierungsentwurf auf den früheren § 3 GwG a. F. und damit die bisherigen Begründungen,<sup>7</sup> der zu diesem Zeitpunkt die 4. EU-Geldwäscherichtlinie insoweit also bereits umgesetzt hatte. Es ist daher festzuhalten, dass die Pflicht zur Identifizierung des Vertragspartners und ggf. der für ihn auftretenden Person sich nur auf den Erschienenen bezieht.

Die Pflicht zur Identifizierung nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 GwG bezieht sich folglich immer nur auf den formell Beteiligten im Sinne des § 6 Abs. 2 BeurkG. Dem gleichzustellen sind bei Unterschriftsbeglaubigungen nach § 40 BeurkG diejenigen Personen, welche die Unterschrift vollziehen oder anerkennen.

#### b) Vertretungsfälle

Auch in Vertretungsfällen ist daher nur der Vertreter nach § 11 Abs. 4 Nr. 1, § 12 Abs. 1, § 13 Abs. 1 GwG zu identifizieren. Dies gilt auch im gesellschaftsrechtlichen Bereich, sodass nie die Gesellschaft zu identifizieren ist, sondern stets nur die diese Gesellschaft im konkreten Fall organschaftlich oder rechtsgeschäftlich vertretende natürliche Person.

Die Identifizierungspflichten betreffend Gesellschaften aus § 11 Abs. 4 Nr. 2, § 12 Abs. 2 GwG finden für notarielle Amtsgeschäfte folglich keine Anwendung, sondern sind nur mittelbar im Hinblick auf die Ermittlung des wirtschaftlich Berechtigten von Bedeutung. Der wirtschaftlich Berechtigte ist stets zu identifizieren, § 11 Abs. 5 GwG. Im Beurkundungsverfahren werden in der Regel die in § 11 Abs. 4 Nr. 2 GwG genannten Angaben (insbesondere Firma, Rechtsform, Sitz, Handelsregisternummer, Anschrift und Namen der organschaftlichen Vertreter) durch die in § 12 Abs. 2 GwG vorgesehenen Verfahren (insbesondere Ausdruck eines Handelsregisterauszugs) gleichwohl erhoben und in der Nebenakte dokumentiert.

#### c) Prüfung der Vertretungsmacht

Keine weitergehende Bedeutung für einen Notar hat die Pflicht aus § 10 Abs. 1 Nr. 1 a. E. GwG, die Berechtigung der für den Vertragspartner auftretenden Person zu prüfen, da beide Personen in der Person des formell Beteiligten zusammenfallen. Die Vertretungsmacht hat ein Notar jedoch ohnehin schon im Rahmen seiner notariellen Amtspflichten zu prüfen und die Prüfung zu dokumentieren, §§ 17, 12 BeurkG.

### 3. Durchführung der Identifizierung

Die geldwäscherechtliche Identifizierung der formell Beteiligten setzt sich zusammen aus der Feststellung der Identität und deren Überprüfung (§ 1 Abs. 3 GwG).

Die Identifizierung der formell Beteiligten erfolgt spätestens im Notartermin und in der Regel durch Prüfung des vorgelegten gültigen Personalausweises oder Passes. Das zur Überprü-

fung der Identität vorgelegte Dokument ist entweder als Kopie zur Nebenakte zu nehmen oder digital abzulegen. Bei Personalausweisen sind Vorder- und Rückseite (zur Feststellung der ausstellenden Behörde) zu kopieren bzw. einzuscannen.

Als Merksatz gilt, dass nur EU-Bürger oder Bürger des Europäischen Wirtschaftsraums durch Personalausweise nach den Vorschriften des GwG ausreichend identifiziert werden können; von allen anderen Staatsangehörigen muss der Pass vorgelegt werden.

#### a) Feststellung der Identität

Im Rahmen der Feststellung der Identität sind gemäß § 11 Abs. 4 Nr. 1 GwG folgende Angaben zu erheben:

- Vorname und Nachname
- Geburtsort und -datum
- Staatsangehörigkeit
- Wohnanschrift

#### b) Überprüfung der Identität: Mittel der Identifizierung

Die Überprüfung der Identität erfolgt grundsätzlich gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 1 GwG anhand eines gültigen amtlichen Lichtbildausweises, mit dem im Inland die Pass- und Ausweispflicht erfüllt wird. Das sind für einen deutschen Staatsangehörigen u. a. der Personalausweis und der Reisepass (§ 1 Abs. 1 Satz 1 PAuswG, § 1 Abs. 1 Satz 1 PassG). Für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats der Europäischen Union und eines Vertragsstaats des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum (Island, Liechtenstein und Norwegen) sowie Staatsangehörige der Schweiz wird die inländische Ausweispflicht ebenfalls mit einem von diesen Staaten ausgestellten Personalausweis oder Reisepass erfüllt (§ 8 Abs. 1 FreizügG/EU i. V. m. § 3 Abs. 1 Satz 1 AufenthaltVO; Art. 3 i. V. m. Anlage I Art. 1 Abs. 1 Satz 1 Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EU). Ein nicht freizügigkeitsberechtigter Drittstaatsangehöriger kann die inländische Ausweispflicht hingegen grundsätzlich nur durch einen in Deutschland durch zwischenstaatliche Vereinbarung oder Allgemeinverfügung des Bundesinnenministeriums anerkannten ausländischen Pass oder einen von deutschen Behörden ausgestellten Passersatz (§§ 3, 4 AufenthG) bzw. eine Bescheinigung über die Aufenthaltsgestattung (§ 64 Abs. 1 AsylVfG) erfüllen. Mit den zuletzt genannten beiden Dokumenten ist allerdings nur dann eine Identifizierung zur Gewissheit des Notars (§ 11 Abs. 1 BeurkG) möglich, wenn nach dem Inhalt des Dokuments die Personalangaben nicht lediglich auf den eigenen Angaben des Inhabers beruhen.<sup>8</sup>

Notare sind bereits nach §§ 10, 40 Abs. 4 BeurkG verpflichtet, die formell Beteiligten sicher zu identifizieren. Für notarielle Amtsgeschäfte im Anwendungsbereich des GwG ergeben sich daher lediglich zusätzliche Anforderungen an das zur Identifizierung zu nutzende Mittel. Nicht alle nach § 11 Abs. 4 GwG zu erhebenden Angaben müssen anhand des vorgeleg-

<sup>6</sup> BT-Drucks. 18/7204, S. 99.

<sup>7</sup> BT-Drucks. 18/11555, S. 129.

<sup>8</sup> Weitere Hinweise zu Ersatzpapieren enthalten die DNotI-Gutachten Nr. 145516/15 und Nr. 154337/17 sowie die Allgemeinverfügung über die Anerkennung eines ausländischen Passes oder Passersatzes des Bundesministeriums des Inneren vom 6.4.2016, abrufbar über [www.bundesanzeiger.de](http://www.bundesanzeiger.de).



ten Lichtbildausweises überprüft werden können. Eine nach dem GwG vorzunehmende Identitätsprüfung kann daher auch anhand eines vorgelegten Passes erfolgen, wenn dieser keine Angabe zur Wohnanschrift enthält. Durch die Aufnahme der Wohnanschrift in die Urkunde ist diese hinreichend dokumentiert (§ 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 lit. a GwG). Um die ausstellende Behörde dokumentieren zu können, ist die Rückseite eines Personalausweises ebenfalls zu kopieren bzw. einzuscannen.

Bei geringerem Geldwäscherisiko kann im Einzelfall gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 2 GwG die Identifizierung auch auf Grundlage von sonstigen Dokumenten, Daten oder Informationen einer glaubwürdigen und unabhängigen Quelle durchgeführt werden, d. h. insbesondere aufgrund von abgelaufenen Ausweisdokumenten, die jedoch eine Identifizierung noch ermöglichen.

Ein der Vorlage eines Ausweisdokuments gleichwertiges Verfahren nach § 13 Abs. 1 Nr. 2 GwG existiert nicht.

#### c) Identifizierungszeitpunkt

Das GwG sieht die Identifizierung vor Begründung der Geschäftsbeziehung oder vor Durchführung der Transaktion vor, § 11 Abs. 1 Satz 1 GwG. Bei geringem Risiko und bei Notwendigkeit zur Nichtunterbrechung des normalen Geschäftsablaufs genügt der Abschluss der Identifizierung noch während der Begründung der Geschäftsbeziehung, § 11 Abs. 1 Satz 2 GwG. Geschäftsbeziehung ist legaldefiniert in § 1 Abs. 4 GwG als jede Beziehung, die unmittelbar in Verbindung mit den gewerblichen oder beruflichen Aktivitäten der Verpflichteten steht und bei der beim Zustandekommen des Kontakts davon ausgegangen wird, dass sie von gewisser Dauer sein wird. Der Begriff der Transaktion ist legaldefiniert in § 1 Abs. 5 GwG als eine oder, soweit zwischen ihnen eine Verbindung zu bestehen scheint, mehrere Handlungen, die eine Geldbewegung oder eine sonstige Vermögensverschiebung bezweckt oder bezwecken oder bewirkt oder bewirken.

Notarielle Amtsgeschäfte sind typischerweise keine dauerhafte Geschäftsbeziehung, sondern einzelfallbezogenes Tätigwerden des Notars aufgrund eines öffentlichrechtlichen Verhältnisses zu den Beteiligten des jeweiligen Amtsgeschäfts. Im Rahmen dieses öffentlichrechtlichen Verhältnisses kann man die Entwurfstätigkeit, die Beurkundungs- oder Beglaubigungstätigkeit und die Vollzugstätigkeit unterscheiden. Eine Transaktion im Sinne von § 1 Abs. 5 GwG durch ein notarielles Amtsgeschäft findet frühestens mit der Beurkundung statt, im Regelfall erst mit Grundbuch- oder Handelsregistervollzug. Daher genügt grundsätzlich die Identifizierung – ebenso wie die Erfüllung der weiteren Sorgfaltspflichten – spätestens im Notartermin.<sup>9</sup> Kommen die Beteiligten vor dem eigentlichen Termin in die Geschäftsräume (zum Beispiel im Rahmen einer Besprechung), kann es sich anbieten, die Identifizierung bereits zu diesem Zeitpunkt vorzunehmen.

Aufgrund von § 10 Abs. 9 Satz 3 GwG ist selbst bei Nichtdurchführbarkeit der allgemeinen Sorgfaltspflichten und insbe-

sondere der Identifizierung der Urkundsgewährungsanspruch vorrangig (siehe unten).

#### d) Frühere Identifizierung und Identifizierung durch den Vorgänger

Wenn ein Beteiligter bereits bei früherer Gelegenheit nach dem GwG identifiziert wurde und Ausweiskopien noch vorliegen, ist eine neue Identifizierung nur erforderlich, wenn der Notar die Richtigkeit der zuvor erhobenen Angaben anzweifelt, § 11 Abs. 3 GwG. Ein „Ablaufdatum“ der früheren Identifizierung ist nicht vorgeschrieben. Die frühere Identifizierung bleibt ausreichend, wenn das genutzte Ausweisdokument mittlerweile abgelaufen ist.<sup>10</sup> Entscheidend ist, dass zumindest einmal eine Identifizierung nach den Vorschriften des GwG stattgefunden hat. Auch seit Jahren bekannte Personen müssen einmalig den Anforderungen des GwG genügend identifiziert werden, sofern nicht aufgrund der Anwendbarkeit vereinfachter Sorgfaltspflichten gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 2 GwG eine Überprüfung der Identität auf der Grundlage von sonstigen Dokumenten, Daten oder Informationen durchgeführt werden kann, die von einer glaubwürdigen und unabhängigen Quelle stammen und die für die Überprüfung geeignet sind.

Parallel zur früheren Identifizierung ist keine erneute Identifizierung nach dem GwG durch einen Sozium, Vertreter, Notariatsverwalter oder Amtsnachfolger (§ 51 Abs. 1 Satz 2 BNotO) erforderlich, wenn eine frühere Identifizierung erfolgt sowie dokumentiert ist und die Ausweiskopie noch vorliegt. Unberührt bleibt die Verpflichtung des Soziums, Vertreters, Notariatsverwalters oder Amtsnachfolgers zur beurkundungsrechtlichen Identifizierung nach § 10 BeurkG.

### 4. Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten

Der Notar hat auch etwaige wirtschaftlich Berechtigte zu identifizieren.

#### a) Gesetzliche Definition des wirtschaftlich Berechtigten

Der wirtschaftlich Berechtigte ist in § 3 GwG näher definiert, als (Abs. 1 Satz 1):

- Nr. 1: die natürliche Person, in deren Eigentum oder unter deren Kontrolle der Vertragspartner letztlich steht, oder
- Nr. 2: die natürliche Person, auf deren Veranlassung eine Transaktion letztlich durchgeführt oder eine Geschäftsbeziehung letztlich begründet wird.

Nr. 1 ist bei notariellen Amtsgeschäften ausgeschlossen, weil der Vertragspartner bei solchen immer der formell Beteiligte ist, also stets eine natürliche Person ist (siehe oben). Eine natürliche Person kann nicht im Eigentum oder unter Kontrolle eines Dritten stehen. Wirtschaftlich Berechtigte in notariellen Verfahren sind also stets diejenigen natürlichen Personen, auf deren Veranlassung eine Transaktion letztlich durchgeführt oder eine Geschäftsbeziehung letztlich begründet wird.

<sup>9</sup> Nicht ausreichend differenzierend, sondern allgemeine Sorgfaltspflichten gemäß § 10 GwG und Identifizierung gemäß § 11 GwG vermengend: *Schubert*, NJOZ 2018, 41, 46.

<sup>10</sup> *Herzog/Figura*, GwG, 3. Aufl. 2018, § 11 Rdnr. 13.



Bei Gesellschaften ist zu differenzieren, § 3 Abs. 2 GwG: Im Regelfall sind wirtschaftlich Berechtigte diejenigen natürlichen Personen, die unmittelbar oder mittelbar mehr als 25 % der Kapitalanteile halten oder mehr als 25 % der Stimmrechte kontrollieren oder auf vergleichbare Weise Kontrolle ausüben, § 3 Abs. 2 Satz 1 GwG. Wenn Gesellschaften an einem organisierten Markt nach § 2 Abs. 11 WpHG notiert sind oder einem dem Gemeinschaftsrecht entsprechenden Transparenzanforderungen im Hinblick auf Stimmrechtsanteile oder gleichwertigen internationalen Standards unterliegen, gibt es nach dem GwG keine wirtschaftlich Berechtigten, sodass die diesbezüglichen Pflichten entfallen.<sup>11</sup> Wenn nach umfassender Prüfung ohne Verdachtsschöpfung kein wirtschaftlich Berechtigter ermittelt werden konnte oder wenn Zweifel an der wirtschaftlichen Berechtigung des Ermittelten bestehen, sind die Mitglieder des Vertretungsorgans die wirtschaftlich Berechtigten, § 3 Abs. 2 Satz 5 GwG.

Daneben enthalten § 3 Abs. 2 Sätze 2-4, Abs. 3, 4 GwG weitere Bestimmungen zur Ermittlung des wirtschaftlich Berechtigten insbesondere bei mittelbarer Kontrolle, bei rechtsfähigen Stiftungen, Trusts, Verträgen zugunsten Dritter und sonstigen Rechtsgestaltungen.

#### b) Reichweite der Identifizierungspflicht

Die Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten setzt sich gemäß § 11 Abs. 5 GwG zusammen aus der Feststellung der Identität durch Erhebung der Identifizierungsmerkmale und der Vergewisserung, dass die erhobenen Daten zutreffend sind. Beide Komponenten haben risikoangemessen zu erfolgen. Im Regelfall kann sich der Notar auf die Angaben der Beteiligten zum Namen des wirtschaftlich Berechtigten verlassen, sodass keine weiteren Maßnahmen zur Überprüfung erforderlich sind.

Zur Feststellung der Identität eines wirtschaftlich Berechtigten sind zumindest dessen Name und, soweit dies in Ansehung des im Einzelfall bestehenden Geldwäscherisikos angemessen ist, weitere Identifizierungsmerkmale zu erheben. Geburtsdatum, Geburtsort und Anschrift des wirtschaftlich Berechtigten dürfen unabhängig vom festgestellten Risiko erfragt werden (§ 11 Abs. 5 Satz 2 GwG).

Hat der Notar Zweifel an der Richtigkeit der Angaben der Beteiligten oder stellt der Notar im Rahmen der konkreten Risikobewertung ein höheres Geldwäscherisiko fest, kann es sich für die Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten anbieten, folgende Dokumente einzusehen und in der Nebenakte oder elektronisch abzulegen:

- bei der Vertretung von im Handelsregister eingetragenen Gesellschaften: Handelsregisterauszüge (insbesondere bei Personenhandelsgesellschaften) oder Gesellschafterlisten (GmbH) bzw. vergleichbare Registerdokumente
- bei der Vertretung nicht im Handelsregister eingetragener Gesellschaften: Gesellschaftsverträge/Satzungen oder Gesellschafterbeschlüsse
- bei Treuhandverhältnissen: Treuhandverträge

Zur sachlichen Unabhängigkeit des Notars gehört es, wenn er zur Vereinfachung der Dokumentation seiner Pflichten Handelsregisterauszüge oder Gesellschafterlisten stets zur Nebenakte nimmt oder elektronisch ablegt.

Zur Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten kann auf das Transparenzregister zurückgegriffen werden, wenn auch der Verpflichtete sich gemäß § 11 Abs. 5 Satz 3 GwG nicht ausschließlich auf die dortigen Angaben verlassen darf. Zwingend ist die Einsicht in das Transparenzregister nicht.

Bei Zweifeln an der Richtigkeit der Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten wird in aller Regel ein erhöhtes Risiko vorliegen. § 43 Abs. 1 Nr. 3 GwG sieht sogar eine Meldepflicht bei Nichtoffenlegung des wirtschaftlich Berechtigten durch den Vertragspartner entgegen seiner Mitwirkungspflicht aus § 11 Abs. 6 Satz 3 GwG vor, wobei auch diese für Notare nur gilt, wenn sie Kenntnis der Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung oder einer anderen Straftat haben, § 43 Abs. 2 GwG.

Gemäß § 11 Abs. 6 GwG ist jeder Vertragspartner eines Verpflichteten, also der formell Beteiligte des notariellen Verfahrens, verpflichtet, offenzulegen, dass er für einen wirtschaftlich Berechtigten handelt, und Unterlagen zur Verfügung zu stellen, die für die Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten erforderlich sind.

#### c) Mögliche Konstellationen

Im Zusammenhang mit notariellen Urkunden sind folgende Konstellationen denkbar, in denen ein formell Beteiligter für eine andere natürliche Person handelt, die wirtschaftlich Berechtigter ist:

Bei Vertretung einer natürlichen Person ist der wirtschaftlich Berechtigte die vertretene natürliche Person. Die Vertretung wird in der Urkunde ohnehin offengelegt und der Vertretene näher bezeichnet, sodass keine weiteren Maßnahmen erforderlich sind.

Bei Vertretung einer Gesellschaft (Personen- oder Kapitalgesellschaft) ist der oder sind die wirtschaftlich Berechtigte(n) diejenige(n) natürliche(n) Person(en), die unmittelbar oder mittelbar 25 % der Kapital- oder Stimmanteile innehaben oder auf vergleichbare Weise Kontrolle ausüben. Kann keine natürliche Person ermittelt werden oder bestehen Zweifel, gilt als wirtschaftlich Berechtigter der gesetzliche Vertreter, geschäftsführende Gesellschafter oder Partner des Vertragspartners (§ 3 Abs. 2 Satz 5 GwG). Liegt kein höheres Geldwäscherisiko vor und hat der Notar keine Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der Angaben der Beteiligten, kann er auf die Richtigkeit der Angaben der Beteiligten vertrauen, sodass in der Regel keine weiteren Maßnahmen erforderlich sind. Da der Notar aber gleichwohl zumindest den Namen der wirtschaftlich Berechtigten im Sinne des GwG zu erheben und zu dokumentieren hat, bietet es sich in der Praxis an, einen Handelsregisterauszug (Personenhandelsgesellschaften) oder die Gesellschafterliste (GmbH) bzw. vergleichbare Registerdokumente der betroffenen Gesellschaft abzurufen und in der Nebenakte oder elektronisch abzulegen.

Bei Treuhandkonstellationen ist der Treugeber der wirtschaftlich Berechtigte. Liegt kein höheres Geldwäscherisiko vor und

<sup>11</sup> Herzog/*Figura*, GwG, § 3 Rdnr. 13.

hat der Notar keine Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der Angaben der formell Beteiligten, kann er auf die Richtigkeit der Angaben vertrauen, sodass in der Regel keine weiteren Maßnahmen erforderlich sind. Um Treuhandkonstellationen aufzudecken, bietet es sich an, in möglichen Treuhandfällen standardmäßig eine Erklärung der formell Beteiligten in die Urkunde aufzunehmen, wonach diese auf eigene Rechnung bzw. – in Vertretungsfällen – auf Rechnung des auf eigene Rechnung handelnden Vertretenen handeln.

## 5. Weitere allgemeine Sorgfaltspflichten, § 10 Abs. 1 Nr. 3-5 GwG

### a) Politisch exponierte Personen, Angehörige oder nahestehende Personen

Ist dem Notar bekannt, dass es sich bei einem formell Beteiligten oder wirtschaftlich Berechtigten um eine politisch exponierte Person (PeP), einen nahen Angehörigen oder um eine bekanntermaßen nahestehende Person handelt, hat er grundsätzlich von einem höheren Geldwäscherisiko auszugehen. Falls der Notar einen diesbezüglichen Verdacht hat, können sich eine Internetrecherche sowie Fragen nach dem Beruf und der Mittelherkunft anbieten. Ohne diesbezüglichen Verdacht ist der Notar nicht gehalten, zu ermitteln.

Politisch exponierte Person im Sinne des GwG ist gemäß § 1 Abs. 12 GwG jede Person, die ein hochrangiges wichtiges öffentliches Amt auf internationaler, europäischer oder nationaler Ebene ausübt oder ausgeübt hat oder ein öffentliches Amt unterhalb der nationalen Ebene, dessen politische Bedeutung vergleichbar ist, ausübt oder ausgeübt hat. Zu den politisch exponierten Personen gehören insbesondere

1. Staatschefs, Regierungschefs, Minister, Mitglieder der Europäischen Kommission, stellvertretende Minister und Staatssekretäre
2. Parlamentsabgeordnete und Mitglieder vergleichbarer Gesetzgebungsorgane
3. Mitglieder der Führungsgremien politischer Parteien
4. Mitglieder von obersten Gerichtshöfen, Verfassungsgerichtshöfen oder sonstigen hohen Gerichten, gegen deren Entscheidungen im Regelfall kein Rechtsmittel mehr eingelegt werden kann
5. Mitglieder der Leitungsorgane von Rechnungshöfen
6. Mitglieder der Leitungsorgane von Zentralbanken
7. Botschafter, Geschäftsträger und Verteidigungsattachés
8. Mitglieder der Verwaltungs-, Leitungs- und Aufsichtsorgane staatseigener Unternehmen
9. Direktoren, stellvertretende Direktoren, Mitglieder des Leitungsorgans oder sonstige Leiter mit vergleichbarer Funktion in einer zwischenstaatlichen internationalen oder europäischen Organisation

Gemäß der Gesetzesbegründung sind nur solche öffentliche Ämter unterhalb der nationalen Ebene gemeint, deren politische Bedeutung der Bedeutung der öffentlichen Ämter auf internationaler, europäischer oder nationaler Ebene vergleich-

bar ist. Kommunale Funktionen sind grundsätzlich nicht erfasst. Regionale Funktionen können allenfalls bei föderalen Strukturen relevant werden. Als wichtige öffentliche Ämter, die einen Status als politisch exponierte Person in Deutschland begründen, kommen nur Funktionen auf Bundesebene (inklusive der Landesministerpräsidenten oder Landesminister, ggf. Staatssekretäre als Mitglieder des Bundesrates) in Betracht.<sup>12</sup>

Familienmitglied ist gemäß § 1 Abs. 13 GwG ein naher Angehöriger einer politisch exponierten Person, insbesondere

1. der Ehepartner oder eingetragene Lebenspartner,
2. ein Kind und dessen Ehepartner oder eingetragener Lebenspartner sowie
3. jeder Elternteil.

Bekanntermaßen nahestehende Person ist gemäß § 1 Abs. 14 GwG eine natürliche Person, bei der der Verpflichtete Grund zu der Annahme haben muss, dass diese Person

1. gemeinsam mit einer politisch exponierten Person
  - a) wirtschaftlich Berechtigter einer Vereinigung nach § 20 Abs. 1 ist oder
  - b) wirtschaftlich Berechtigter einer Rechtsgestaltung nach § 21 ist,
2. zu einer politisch exponierten Person sonstige enge Geschäftsbeziehungen unterhält oder
3. alleiniger wirtschaftlich Berechtigter
  - a) einer Vereinigung nach § 20 Abs. 1 ist oder
  - b) einer Rechtsgestaltung nach § 21 ist, bei der der Verpflichtete Grund zu der Annahme haben muss, dass die Errichtung faktisch zugunsten einer politisch exponierten Person erfolgte.

Bei der Frage, welche Verfahren der Verpflichtete anzuwenden hat, um politisch exponierte Personen, deren Familienmitglieder oder bekanntermaßen nahestehende Personen nach § 10 Abs. 1 Nr. 4 GwG zu erkennen, spielt sowohl das Risiko als auch die Größe des Amtes eine Rolle. Die Ergänzung „mit angemessenen Mitteln“ nimmt die erforderliche Differenzierung zwischen den Anforderungen an den Finanz- und den Nichtfinanzsektor vor und trägt so dem Umstand Rechnung, dass es sich bei dem überwiegenden Teil der Unternehmen aus dem Nichtfinanzsektor um Kleinst- und Kleinunternehmen mit begrenzten finanziellen und personellen Ressourcen handelt. Bei diesen würde im Hinblick auf die Vielfalt des in § 1 Abs. 12-14 GwG aufgeführten Personenkreises die Durchführung einer vollständigen PeP-Bestimmung zu einem unangemessenen Aufwand führen.<sup>13</sup> Im Internet bieten manche Datenbanken auch kostenlose Suchen nach Politisch exponierten Personen an.<sup>14</sup> Diese sind jedoch regelmäßig unvollständig.

<sup>12</sup> BT-Drucks. 18/11555, S. 104.

<sup>13</sup> Vgl. BT-Drucks. 18/12405, S. 167; BR-Drucks. 182/17, S. 12.

<sup>14</sup> Z. B. <https://namescan.io/FreePEPCheck.aspx>.

## b) Laufende Überwachung

Die notarielle Amtstätigkeit für einen Mandanten ist von der Erstanmeldung eines Vorgangs bis zum Vollzug auf nach der konkreten Risikobewertung neu eintretende geldwäscherelevante Tatsachen zu überwachen. Das Eintreten solcher Tatsachen muss dokumentiert werden und erfordert ggf. eine Neu-einschätzung des Risikos und die Durchführung weiterer dem nunmehr festgestellten Risiko angemessenen Maßnahmen. Notarielle Amtsgeschäfte sind mit dem Vollzug des Geschäfts abgeschlossen und nicht auf eine Geschäftsbeziehung auf unbestimmte Dauer ausgelegt. Eine Überwachung im Sinne von § 10 Abs. 1 Nr. 5 GwG ist daher nur in dem Zeitrahmen von der Anmeldung eines Amtsgeschäfts bis zu dessen Vollzug möglich, aber auch erforderlich.

## c) Weitere allgemeine Sorgfaltspflichten

Die weiteren allgemeinen Sorgfaltspflichten sind für Notare angesichts ihrer Organisationsstruktur von untergeordneter Bedeutung oder haben angesichts weiterer berufsrechtlicher Verpflichtungen keine eigenständige Relevanz.

Informationen zum Zweck des Amtsgeschäfts sind bereits im Rahmen der konkreten Risikobewertung einzuholen und ergeben sich regelmäßig bereits aus der Urkunde. Nur wenn das Amtsgeschäft nicht selbsterklärend ist, können im Einzelfall weitere Maßnahmen erforderlich werden. Die Art des Amtsgeschäfts ergibt sich stets aus der errichteten Urkunde bzw. dem Entwurf. Bei reiner Beratungstätigkeit wird der Notar in der Regel eine Notiz zum Inhalt der Beratung fertigen und aufbewahren. Damit hat § 10 Abs. 1 Nr. 3 GwG keine eigenständige Bedeutung.

## 6. Vereinfachte Sorgfaltspflichten, § 14 GwG

Wesentliche Änderung bei der Annahme eines geringeren Risikos und damit der Angemessenheit vereinfachter Sorgfaltspflichten ist das Mittel der Identitätsüberprüfung, weil die Bindung an Personalausweise, Pässe bzw. Ausweis- oder Passersätze aufgehoben ist, § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GwG.

## 7. Verstärkte Sorgfaltspflichten, § 15 GwG

Hat der Notar im Rahmen der allgemeinen Risikoanalyse oder konkreten Risikobewertung festgestellt, dass ein höheres Risiko vorliegen kann, sind zusätzlich zu den allgemeinen Sorgfaltspflichten die verstärkten Sorgfaltspflichten zu erfüllen. Der Umfang der zusätzlichen Maßnahmen hängt von dem jeweils festgestellten Risiko ab.

In jedem Fall sind aber folgende verstärkte Sorgfaltspflichten zu erfüllen: Es müssen zunächst angemessene Maßnahmen ergriffen werden, mit denen die Herkunft der im Rahmen des Vorgangs eingesetzten Vermögenswerte bestimmt werden kann (zum Beispiel Mittel zur Zahlung des Kaufpreises oder zur Leistung der Einlagen bei einer Gesellschaftsgründung oder Kapitalerhöhung). Hierzu wird dem Notar im Hinblick auf das übliche Direktzahlungsmodell (siehe oben) regelmäßig nur die Möglichkeit offenstehen, bei den Beteiligten Angaben zur Herkunft der Vermögenswerte abzufragen, diese auf Plausibilität zu überprüfen und die diesbezügliche Dokumentation zur Nebenakte zu nehmen. Die Möglichkeit, Erkundigungen bei

(vertrauenswürdigen) Dritten einzuholen, scheidet für den Notar schon aufgrund seiner Verschwiegenheitsverpflichtung nach § 18 Abs. 1 BNotO aus (§ 15 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 GwG). Der Vorgang ist des Weiteren einer verstärkten kontinuierlichen Überwachung zu unterziehen. Vorgänge, die besonders komplex oder groß sind, ungewöhnlich ablaufen oder keinen wirtschaftlichen oder rechtmäßigen Zweck erkennen lassen, sind näher zu untersuchen. Die aufgrund des festgestellten Risikos veranlassten weiteren Maßnahmen sowie deren Ergebnisse sind schließlich aufzuzeichnen und aufzubewahren.

## 8. Kollision der Sorgfaltspflichten mit dem Urkundsgewährungsanspruch

### a) Gesetzliche Ausgangslage: Vorrang der Urkundsgewährung

§ 10 Abs. 9 Satz 3 GwG erlaubt die Vornahme und die Fortsetzung des notariellen Amtsgeschäfts ausdrücklich ohne Erfüllung der allgemeinen Sorgfaltspflichten, solange keine Kenntnis der bezweckten Geldwäsche bzw. Terrorismusfinanzierung vorliegt. Wenn der Notar Kenntnis der bezweckten Geldwäsche hat, wird er die Tätigkeit bereits aufgrund § 4 BeurkG und § 14 Abs. 2 BNotO verweigern müssen. Eine Pflicht zur Ablehnung der Beurkundung besteht wie bei den allgemeinen Verweigerungspflichten aus § 4 BeurkG und § 14 Abs. 2 BNotO bei erkennbar unerlaubter oder unredlicher Zweckverfolgung, also bei Kenntnis der bezweckten Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung.

Der im Rahmen dieser Ausnahme verwendete Begriff der „Rechtsberatung“ ist entsprechend der Ausnahmeregelung des § 43 Abs. 2 GwG in einem umfassenden Sinne zu verstehen und erfasst die gesamte notarielle Amtstätigkeit (§§ 20–24 BNotO).<sup>15</sup> Zwar ist der Begriff der „Rechtsberatung“ bei § 6 Abs. 6, § 43 Abs. 2 GwG im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens bewusst durch „Mandatsverhältnis“ ersetzt worden,<sup>16</sup> um insbesondere den im Rahmen des alten GwG bestehenden Streitpunkt zu klären, ob die Steuerberatung zur Rechtsberatung zählt.<sup>17</sup> Hieraus wird man jedoch keine Differenzierung für die weiteren Ausnahmenvorschriften, die nach wie vor an die Rechtsberatung anknüpfen, herauslesen können (§ 10 Abs. 9 Satz 3, § 30 Abs. 3 Satz 3, § 52 Abs. 5 Satz 1 GwG). Es liegt näher, dass der Gesetzgeber bei der Änderung des § 43 Abs. 2 GwG kurz vor Beendigung des Gesetzgebungsvorhabens die weiteren Vorschriften vergessen hat. Für eine nachlässige Gesetzgebung spricht auch, dass die Gesetzesbegründung zu § 43 Abs. 2 GwG festhält, dass keine Änderungen im Wortlaut eingetreten seien.<sup>18</sup> Die Identifizierungspflichten nach dem BeurkG bleiben hiervon unberührt.

### b) Recht zur Verweigerung der Beurkundung?

Ein Recht zur Verweigerung der notariellen Amtstätigkeit besteht aufgrund des Urkundsgewährungsanspruchs gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO grundsätzlich nur bei ausreichen-

<sup>15</sup> Vgl. Herzog/*Figura*, GwG, § 10 Rdnr. 124.

<sup>16</sup> BT-Drucks. 18/12405, S. 82.

<sup>17</sup> BT-Drucks. 18/12405, S. 166.

<sup>18</sup> *Schubert*, NJOZ 2018, 41, 49 mit weiteren Beispielen nachlässiger Gesetzgebung im GwG.

dem Grund. Es stellt sich die Frage, ob in Zweifelsfällen ohne sichere Kenntnis der bezweckten Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung nicht ein Recht zur Verweigerung der Beurkundung anzunehmen ist, mithin ein ausreichender Grund im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO. Jedenfalls darf der Notar sich durch seine Amtstätigkeit nicht strafbar machen: § 261 Abs. 5 StGB pönalisiert bereits das leichtfertige Nichterkennen der Herkunft eines Gegenstands aus einer geldwäscherelevanten Vortat. Der Verdacht, dass Geldwäsche vorliegen könnte, stellt daher regelmäßig einen ausreichenden Grund für die Berechtigung zur Verweigerung der Amtstätigkeit dar (Verweigerungsrecht).

Auch bei höherem Geldwäscherisiko kann eine nachhaltige und ohne Grund oder nicht nachvollziehbar begründete Verweigerung der Erfüllung der vorgenannten Pflichten durch den formell Beteiligten einen ausreichenden Grund zur Versagung der Urkundstätigkeit im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO darstellen. Die nachhaltige Weigerung der Beteiligten zur Mitwirkung stellt sich dann als ein Verlangen an den Notar dar, von für ihn zwingenden Vorschriften abzuweichen.<sup>19</sup> Die formell Beteiligten sind nach § 11 Abs. 6 GwG gegenüber dem Notar verpflichtet, ihm die Informationen und Unterlagen, die zu ihrer Identifizierung erforderlich sind, zur Verfügung zu stellen sowie etwaige Änderungen im Laufe der Geschäftsbeziehung anzuzeigen. Zudem haben sie gegenüber dem Notar offenzulegen, ob die Geschäftsbeziehung für einen wirtschaftlich Berechtigten begründet, fortgesetzt oder durchgeführt wird und ggf. die Identität des wirtschaftlich Berechtigten nachzuweisen.

### c) Urkundsvollzug

Liegen keine zur Versagung der Amtstätigkeit im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO ausreichenden Gründe vor, besteht grundsätzlich auch keine Pflicht, sonstige Vollzugshandlungen zu unterlassen oder Abschriften und Ausfertigung zurückzubehalten, bis dem Notar die zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten erforderlichen Angaben und Unterlagen vorliegen.<sup>20</sup> „Verschlechtert“ sich die einzelfallbezogene Risikobewertung des Notars während des Vollzugs, kann der Notar jedoch nach eigenem Ermessen Abschriften und Ausfertigungen zurückbehalten oder den Vollzug von Amts wegen aussetzen, bis die dem festgestellten Risiko angemessenen Sorgfaltspflichten erfüllt sind. Erlangt der Notar gar Kenntnis der bezweckten Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung, hat er den Vollzug einzustellen.

## 9. Besonderheiten der Verwahrungstätigkeit

Da Anderkonten dazu dienen können, die wahre Mittelherkunft zu verschleiern, muss der Notar besondere Sensibilität für Anhaltspunkte auf Geldwäsche im Zusammenhang mit der Verwahrung entwickeln. Er ist bei der Errichtung eines Anderkontos nicht der Verpflichtete, sondern die Bank. Der Notar muss gemäß § 11 Abs. 6 Satz 4 GwG allerdings der Bank die

für sie erforderlichen Informationen, insbesondere zum wirtschaftlich Berechtigten, zur Verfügung stellen.

### a) Risikoprävention durch Berufsrecht

Wesentlicher geldwäscherelevanter Risikofaktor bei der Verwahrungstätigkeit ist die Annahme von Bargeld. Gemäß § 57 Abs. 1 BeurkG darf der Notar jedoch Bargeld zur Aufbewahrung oder zur Ablieferung an Dritte nicht entgegennehmen.

Darüber hinaus führt die Verpflichtung zur Prüfung eines berechtigten Sicherungsinteresses der am Verwahrungsgeschäft beteiligten Personen gemäß § 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG dazu, dass unnötig erscheinende Verwahrungsgeschäfte und solche, deren Zweck ebenso gut anderweitig erfüllt werden kann, nicht vorgenommen werden. Der Notar darf nicht als bloße Kapitalsammel- oder Zahlstelle fungieren.

### b) Anwendung des GwG bei der Verwahrung

Bei der Verwahrung von Geld ist der Notar „Vertragspartner“ der Bank im Sinne des GwG. Die wirtschaftlich Berechtigten aus Sicht der Bank sind die formell Beteiligten des notariellen Verfahrens, sofern diese nicht für einen dritten wirtschaftlich Berechtigten handeln. Sofern die formell Beteiligten im notariellen Verfahren für einen wirtschaftlich Berechtigten handeln, sind die wirtschaftlich Berechtigten des notariellen Verfahrens auch die wirtschaftlich Berechtigten aus Sicht der Bank.

Bei der Eröffnung eines Notaranderkontos reicht es daher grundsätzlich zur Erfüllung der geldwäscherechtlichen Pflichten aus, wenn der Notar der Bank – über die Angaben zur eigenen Person hinaus – den Namen dieser aus Sicht der Bank wirtschaftlich Berechtigten mitteilt.

Durch die Eröffnung eines Kontos als Anderkonto kommt der Notar seiner Pflicht nach, gegenüber der Bank offenzulegen, dass er die Transaktion für einen wirtschaftlich Berechtigten durchführen will, § 11 Abs. 6 Satz 3 GwG. Die dabei durch ihn übermittelten Angaben zu den wirtschaftlich Berechtigten genügen als Nachweis gemäß § 11 Abs. 6 Satz 4 GwG.

Bei einseitiger Verwahrung ist nur der Anweisende wirtschaftlich Berechtigter. Bei beidseitiger Verwahrung (etwa Kaufvertragsabwicklung) gelten beide Anweisenden (Verkäufer und Käufer) als wirtschaftlich Berechtigte.

Daneben sind auch die Bedingungen für Anderkonten und Anderdepots von Notaren zu beachten.<sup>21</sup>

### c) Besondere Risiken

Bei fehlgeschlagenen Rechtsgeschäften hat der Notar zu beachten, dass er Rücküberweisungen vom Anderkonto nicht auf andere dritte Konten veranlasst, sondern lediglich auf das Konto, von dem aus eingezahlt wurde. Dies gilt insbesondere bei internationalen Überweisungen. Die Verwahrungsanweisungen sollten entsprechend gestaltet werden.

Anders als bei der sonstigen Abwicklung von Zahlungsvorgängen im Zusammenhang mit notariellen Amtsgeschäften kann der Notar bei der Abwicklung über sein Anderkonto die Her-

<sup>19</sup> Vgl. zu diesen Fällen: Eylmann/Vaasen/Frenz, BNotO/BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 15 BNotO Rdnr. 24 f.

<sup>20</sup> Anders Schubert, NJOZ 2018, 41, 46, der die Vollzugstätigkeit nicht als Teil des „Rechtsberatungsprivilegs“ ansieht.

<sup>21</sup> DNotZ 2011, 481.



kunft und das Ziel von Zahlungen feststellen. Sollte der Notar oder ein Mitarbeiter Auffälligkeiten erkennen, muss er weitere risikoangemessene Schritte zur Aufklärung ergreifen und diese dokumentieren.

## II. Sonstiges

### 1. Transparenzregister, §§ 18 bis 26 GwG

#### a) Bedeutung des Transparenzregisters

Das Transparenzregister ist die wesentliche Neuerung des aktuellen GwG für alle Rechtsadressaten. Nunmehr begründet das GwG Pflichten auch für solche Personen, die nicht zu den Verpflichteten des § 2 GwG zählen. Eintragungen können seit dem 26.6.2017 vorgenommen werden und mussten bis zum 1.10.2017 erfolgen. Die (gebührenpflichtige) Einsichtnahme ist seit dem 27.12.2017 möglich. Darzulegen ist die Eigenschaft als Verpflichteter im Sinne des GwG sowie die Erforderlichkeit der Einsicht zur Erfüllung allgemeiner Sorgfaltspflichten. Anschließend soll innerhalb von fünf Tagen über die Einsicht entschieden werden.

Durch diese Erschwernisse wird die Einsichtnahme unattraktiv. Dies gilt umso mehr, wenn § 11 Abs. 5 Satz 3 GwG feststellt, dass sich der Verpflichtete zur Verifizierung der zum wirtschaftlich Berechtigten erhobenen Daten nicht alleine auf das Transparenzregister verlassen darf.

Nachdem zunächst alle Personengesellschaften in das Transparenzregister aufgenommen werden sollten, beschränkt sich das Gesetz nunmehr auf eingetragene Personengesellschaften. Gesellschaften bürgerlichen Rechts sind also nicht aufzunehmen.

Aus Sicht der Verpflichteten nach dem GwG bietet das Transparenzregister daher regelmäßig keine Arbeitserleichterung.

#### b) Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Transparenzregister

Als Berater wird man potenziell Einzutragende auf ihre Pflichten nach dem GwG hinweisen müssen. Dies gilt zum Beispiel bei der Beurkundung von Treuhandabreden über GmbH-Geschäftsanteile.

Auch können relevante Fragen an Notare herangetragen werden. Das Bundesverwaltungsamt hat eine Frage- und Antwortenliste auf der Webseite des Transparenzregisters veröffentlicht.<sup>22</sup>

Bei Beteiligungsketten genüge demnach, wenn der wirtschaftlich Berechtigte in der Zusammenschau aus mehreren Dokumenten ermittelt werden könne, also bei der Tochter-GmbH nur die Mutter-GmbH in der Gesellschafterliste geführt werde und bei dieser dann die natürlichen Personen ersichtlich seien. Eine Altliste einer GmbH, die noch keine Prozentangaben enthalte, sei zur Erfüllung der Pflichten nach dem GwG ausreichend. Hieran hätte man aufgrund des Gesetzeswortlauts zweifeln können, weil die Angabepflichten gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 GwG nur entfallen, wenn die in § 19 Abs. 1 GwG ent-

haltenen Angaben, also insbesondere zu Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses, sich aus der Gesellschafterliste ergeben. Optionsverträge sollen für sich genommen noch keine wirtschaftliche Berechtigung vermitteln, solange sie nicht mit Stimmrechtsabreden kombiniert sind.

Wenn sich der wirtschaftlich Berechtigte aus den Angaben im Handelsregister entnehmen lasse, seien keine weiteren Details zu melden. So sei zum Beispiel bei der Kommanditgesellschaft die Höhe der Kapitalbeteiligung der Gesellschafter nicht offenzulegen, wenn die im Handelsregister eingetragenen Gesellschafter die wirtschaftlich Berechtigten seien.

### 2. Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen, §§ 27 bis 42 GwG

Die Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen (oder „Financial Intelligence Unit“, kurz „FIU“) ist als zentrale Behörde anstelle der bisherigen Zuständigkeit der einzelnen Landeskriminalämter eingeführt worden. Diese übernimmt koordinierende Funktionen mit nationalen Aufsichts-, Strafverfolgungs-, Finanz- und Sozialbehörden sowie mit anderen EU-Zentralstellen für Finanztransaktionsuntersuchungen und empfängt alle Verdachtsmeldungen der Verpflichteten nach dem GwG. Dadurch sollen die Informationen zur leichteren Auswertbarkeit, zum internationalen Austausch und zur Ermöglichung der Entdeckung von Querverbindungen gebündelt werden. Weitere Aufgabe ist die Analyse der Verdachtsmeldungen zur Erstellung von Berichten und einer Phänomenologie.

Die Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen hat besondere Eingriffsbefugnisse gegenüber den Verpflichteten, insbesondere zur Erlangung bestimmter Informationen (Auskunftersuchen gemäß § 30 GwG) oder zur Anordnung von Sofortmaßnahmen wie die Untersagung von Transaktionen (§ 40 GwG). Für das Auskunftersuchen gelten aufgrund des strafrechtlich geschützten Berufsgeheimnisses für bestimmte Verpflichtete wie Notare Ausnahmen hinsichtlich solcher Informationen, die im Rahmen der Rechtsberatung erlangt wurden (§ 30 Abs. 3 Satz 3 GwG, siehe dazu zuvor). Als Rückausnahme gilt wiederum die Kenntnis der bezweckten Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung.

### 3. Meldepflichten, §§ 43 bis 49 GwG

#### a) Voraussetzungen der Meldepflicht

Deuten im Rahmen eines geldwäscherelevanten Vorgangs Tatsachen darauf hin, dass

- Vermögensgegenstände aus einer strafbaren Handlung stammen, die eine Vortat der Geldwäsche darstellen könnte,
- der Vorgang in Zusammenhang mit Terrorismusfinanzierung steht oder
- der Vertragspartner die Pflicht, den wirtschaftlich Berechtigten offenzulegen, nicht erfüllt hat,

besteht nach der Grundnorm des § 43 Abs. 1 GwG eine Meldepflicht (sog. Verdachtsmeldung).

Für Verpflichtete, die der strafrechtlich bewehrten Berufsschwiegenheit unterliegen, wie Notare, gilt jedoch die erhebliche Einschränkung des § 43 Abs. 2 GwG: Zu Meldungen über

<sup>22</sup> Siehe unter <https://www.transparenzregister.de/treg/de/Rechtshinweise-BVA.pdf>.



Sachverhalte, von denen der Notar im Rahmen des Mandatsverhältnisses Kenntnis erlangt, ist er nur verpflichtet, wenn er weiß, dass das Mandatsverhältnis für Zwecke der Geldwäsche, der Terrorismusfinanzierung oder einer anderen Straftat genutzt wird oder wurde. Fehlt es an einer solchen Kenntnis, besteht mithin lediglich ein Verdacht, so besteht keine Meldepflicht. Man müsste konsequenterweise für Notare nicht von einer Verdachts-, sondern einer Wissensmeldung sprechen.<sup>23</sup>

Missverständlich ist die Formulierung von *Barreto da Rosa*,<sup>24</sup> dass die Befreiung von der Meldepflicht für die Verpflichteten nach § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG nur gelten solle, wenn der Anwendungsbereich des GwG eröffnet sei. Fraglich ist, ob außerhalb des eröffneten Anwendungsbereichs des GwG für die in § 2 Abs. 1 Nr. 10 genannten Verpflichteten überhaupt eine Meldepflicht bestehen kann. Jedenfalls muss die Befreiung von der Meldepflicht erst recht gelten, wenn bei den Verpflichteten außerhalb des Anwendungsbereichs des GwG ein Geldwäscheverdacht entsteht, der sich nicht zu einer Kenntnis im Sinne des § 43 Abs. 2 Satz 2 GwG erhärten lässt.

Eine weitere Rückausnahme im Zusammenhang mit Unternehmensgründungen wie von der Europäischen Kommission gewünscht, ist gesetzlich nicht geregelt worden und kann daher nicht als Durchbrechung von § 203 StGB aus sonstigen Stellungnahmen hergeleitet werden.<sup>25</sup>

Neu aufgenommen wurde die Meldepflicht auch bei Kenntnis einer anderen Straftat. Unklar ist, ob es sich hierbei um ein Redaktionsversehen handelt. Denn Grundvoraussetzung der Meldepflicht bleibt gemäß § 43 Abs. 1 GwG der Verdacht der Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung oder die Nichterfüllung der Offenlegung des wirtschaftlich Berechtigten, sodass die Kenntnis einer anderen Straftat ohne Vorliegen eines für § 43 Abs. 1 GwG ausreichenden Verdachts keine Meldepflicht begründet. Es ist nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber für zur Berufsverschwiegenheit verpflichtete Berufsgruppen eine weitergehende Meldepflicht schaffen wollte als für sonstige Verpflichtete nach dem GwG, sodass von einem Redaktionsversehen auszugehen ist.<sup>26</sup>

Eine Meldepflicht besteht auch, wenn die Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung erst künftig mittels des notariellen Amtsgeschäfts durchgeführt werden soll. Es war bereits zum bisherigen Wortlaut umstritten, ob sich die Meldepflicht auch auf künftige Vorgänge nach dem GwG bezieht. Der Wortlaut „genutzt hat oder nutzt“ dürfte aber dafür sprechen, vergangenen und laufenden Missbrauch des Mandatsverhältnisses für ausreichend zu erachten, eine Meldung zu tätigen. Andernfalls käme es selbst in Kenntnisfällen nie zu einer Meldung, weil der Notar aufgrund der Kenntnis der Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung schon aus § 14 Abs. 2 BNotO, § 4 BeurkG verpflichtet wäre, jegliche Amtstätigkeit einzustellen, dann aber mangels konkreten Geldwäscherfolgs nicht melden dürfte.

## b) Keine Verdachtsmeldung

Vor dem Hintergrund der notariellen Verschwiegenheitspflicht gemäß § 18 Abs. 1 BNotO ist es dem Notar also bei bloßem Verdacht grundsätzlich nicht gestattet, eine Verdachtsmeldung abzugeben. Einer dennoch erfolgenden Meldung wird allerdings regelmäßig ein Erlaubnisirrtum zugrunde liegen.

Im Einzelfall kann in einer Interessenabwägung zudem festzustellen sein, dass die notarielle Verschwiegenheitspflicht hinter vorrangige Rechtsgüter zurücktritt oder deren Durchbrechung anderweitig gerechtfertigt ist. Zu verweisen ist insoweit auf § 48 Abs. 1 GwG, wonach eine Verdachtsmeldung nach § 43 Abs. 1 GwG stets gerechtfertigt ist und eine Strafbarkeit ausscheidet, wenn eine solche nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig unvollständig erfolgt. Es liegt näher, die Freistellung des § 48 Abs. 1 GwG auf alle Meldungen auszuweiten, die im Rahmen des § 43 GwG erfolgen, und nicht zwischen Verdachtsmeldungen des § 43 Abs. 1 GwG und Wissensmeldungen des § 43 Abs. 2 GwG zu differenzieren. Zwar verweist § 48 Abs. 1 GwG lediglich auf § 43 Abs. 1 GwG. Allerdings ist § 43 Abs. 1 GwG die Grundnorm, auf deren Basis alle Meldungen erfolgen; § 43 Abs. 2 GwG begründet keine eigene Meldekategorie, die von § 48 Abs. 1 GwG ausgenommen wäre, sondern enthält lediglich eine Einschränkung des § 43 Abs. 1 GwG. In solchen Fällen sollte das weitere Vorgehen jedoch unbedingt mit der regionalen Notarkammer abgesprochen werden, um insbesondere um eine Entscheidung der Aufsichtsbehörde nach § 18 Abs. 3 BNotO nachzusehen.

## c) Meldevorgang

Die Meldung hat unverzüglich gegenüber der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen zu erfolgen. Die Meldung ist nicht mehr an die BNotK zu richten.

Die Meldung muss grundsätzlich mit der Software goAML erstattet werden, die jedoch voraussetzt, dass sich der Notar zuvor für die Nutzung registriert hat. Eine Pflicht, sich unabhängig von konkreten Meldungen zu registrieren, besteht nicht.<sup>27</sup>

## d) Pflichten des Notars nach einer Meldung

Der Notar darf die Beteiligten nicht über eine beabsichtigte oder erstattete Meldung an die Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen, ein aufgrund einer Meldung eingeleitetes Ermittlungsverfahren oder ein Auskunftsverlangen der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen informieren, § 47 Abs. 1 GwG.

Durch das Verbot, die Beteiligten zu informieren, wird nicht ausgeschlossen, dass ein Notar sich bemüht, einen Beteiligten davon abzuhalten, eine rechtswidrige Handlung zu begehen.

<sup>23</sup> Oder von einer Gewissheitsmeldung, Herzog/*Barreto da Rosa*, GwG, § 43 Rdnr. 74.

<sup>24</sup> Herzog/*Barreto da Rosa*, GwG, § 43 Rdnr. 68.

<sup>25</sup> Herzog/*Barreto da Rosa*, GwG, § 43 Rdnr. 70.

<sup>26</sup> Vgl. hierzu auch Herzog/*Barreto da Rosa*, GwG, § 43 Rdnr. 72.

<sup>27</sup> Notare, die sich noch nicht registriert haben, müssen sich daher erst im Verdachtsfall elektronisch registrieren und die Meldung zugleich per Fax (+49 221 672-3990) an die Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen abgeben. Weitere Informationen zur Registrierung, Verdachtsmeldung und der Software goAML sind auf der Internetseite des Zolls unter <http://www.fiu.bund.de/> und im internen Bereich auf der Internetseite der BNotK verfügbar.

Wurde eine Meldung abgegeben, darf der Notar in dem Vorgang erst dann wieder tätig werden, wenn die Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen oder die Staatsanwaltschaft der Fortsetzung zugestimmt hat oder der dritte Werktag nach dem Abgangstag der Meldung verstrichen ist, ohne dass eine der genannten Institutionen die Fortsetzung untersagt hat, § 46 Abs. 1 GwG. Dies gilt nicht, wenn ein Aufschub der Transaktion nicht möglich ist oder die Strafverfolgung erschweren würde, § 46 Abs. 2 GwG.

Es wird häufig schwierig sein, ohne die Nennung eines Grundes (eine Verdachtsmeldung darf gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 1 GwG nicht erwähnt werden) die notarielle Amtstätigkeit zu verweigern, ohne dass Beteiligte, insbesondere aus dem kriminellen Milieu, Verdacht schöpfen. Dies kann regelmäßig die Strafverfolgung erschweren. Sinnvoller kann es daher sein, das notarielle Amtsgeschäft, also die Beurkundung oder die Beglaubigung, vordergründig durchzuführen, jedoch den Vollzug im Register oder im Grundbuch zu verzögern, wenn ein solcher Vollzug zur Wirksamkeit des Geschäfts erforderlich ist. Mangels Vollzugs der Transaktion kommt es dann ohnehin nicht zum gewollten Erfolg des Vermögenstransfers. Es sollte im Gespräch mit der örtlichen Notarkammer sowie ggf. auch der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen und dem LG-Präsidenten erörtert werden, wie verfahren werden soll oder welche Informationen möglicherweise preisgegeben werden dürfen.

#### 4. Aufsicht, Ordnungswidrigkeiten, §§ 50 bis 52, 56 GwG

##### a) Aufsicht

Die Aufsicht führen wie bisher die LG-Präsidenten, § 50 Nr. 5 GwG. Verstärkt wurden die Befugnisse der Aufsichtsbehörden, §§ 51, 52 GwG, und die Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden untereinander, § 55 GwG. Die Aufsichtsbehörden sind verpflichtet, Daten zur Aufsichtstätigkeit statistisch vorzuhalten und dem Bundesministerium der Finanzen jährlich zur Verfügung zu stellen, § 50 Abs. 9 GwG.

##### b) Ordnungswidrigkeiten

Der Katalog der Ordnungswidrigkeiten in § 56 GwG ist deutlich angewachsen. Viele Pflichten nach dem GwG sind nunmehr bußgeldbewährt. Geldbußen können bis zu 100.000 € betragen, bei schwerwiegenden, wiederholten oder systematischen Verstößen bis zu einer Mio EUR. Ein Verstoß gegen das GwG wird zudem regelmäßig eine Amtspflichtverletzung darstellen, die mit den Sanktionsmöglichkeiten der BNotO sanktioniert werden kann. Unangenehm ist auch die Pflicht der Aufsichtsbehörden aus § 57 GwG, bestandskräftig gewordene Bußgeldentscheidungen öffentlich unter Namensnennung bekannt zu machen.

### III. 5. EU-Geldwäscherichtlinie

Die Richtlinie (EU) 2018/843 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.5.2018 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und

2013/36/EU muss bis zum 10.1.2020 umgesetzt werden. Hintergrund der Neuerungen waren zum einen die Pariser Terroranschläge und zum anderen die zunehmende Relevanz von virtuellen Währungen wie Bitcoin und Ethereum. Durch mehr Transparenz möchte die EU Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung daher noch wirksamer bekämpfen.

#### 1. Wesentliche Änderungen

##### a) Neue Verpflichtete

Verpflichtet sind künftig unter anderem alle Personen, die irgendwie in Steuerangelegenheiten beraten, Dienstleister für virtuelle Währungen, Anbieter elektronischer Geldbörsen, Kunsthändler und Auktionshäuser sowie Vermittler im Kunsthandel.

##### b) Umgang mit Hochrisikoländern

Die 5. EU-Geldwäscherichtlinie enthält nunmehr selbst die Ermächtigungsgrundlage zur Benennung von Hochrisikoländern durch Delegierte Verordnung der Kommission. Die Mitgliedstaaten schreiben den Verpflichteten im Umgang mit Hochrisikoländern verstärkte Sorgfaltsmaßnahmen vor. Die Richtlinie schlägt mögliche Maßnahmen vor, legt jedoch nicht konkrete Maßnahmen fest. Insbesondere können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass die erste Transaktion immer über ein Bankkonto innerhalb der EU erfolgen muss oder Transaktionen beschränkt werden.

##### c) Wirtschaftlich Berechtigte

Die im Kommissionsentwurf enthaltene Absenkung der Schwelle für wirtschaftlich Berechtigte bei Gesellschaften auf solche natürliche Personen, die unmittelbar oder mittelbar 10 % der Stimm- oder Kapitalanteile kontrollieren, ist nicht umgesetzt worden. Künftig muss aber zu Beginn der Geschäftsbeziehung mit einer Gesellschaft deren Registrierung im Transparenzregister überprüft werden. Die Verpflichteten nach dem GwG und die Behörden sind verpflichtet, etwaige Unstimmigkeiten im Transparenzregister zu melden. Wenn der wirtschaftlich Berechtigte Mitglied der Führungsebene ist, muss seine Funktion festgestellt werden. Gesellschaften sollen durch abschreckende Strafen angehalten werden, den wirtschaftlich Berechtigten zu ermitteln und dem Transparenzregister mitzuteilen.

Der Zugang zum Transparenzregister muss insbesondere auch den Verpflichteten gewährleistet sein. Der allgemeinen Öffentlichkeit ist Zugriff auf bestimmte Daten unabhängig vom Erfordernis eines berechtigten Interesses zu gewähren. Eine Gebührenerhebung und ein Anmeldungserfordernis zum Zugriff auf das Transparenzregister sind möglich. In näher zu definierenden außergewöhnlichen Fällen kann der Zugang auf eine Veröffentlichung des wirtschaftlich Berechtigten im Transparenzregister ausgeschlossen werden.

##### d) Politisch exponierte Personen

Jeder Mitgliedstaat muss nunmehr eine Liste mit den politisch exponierten Personen in seinem Land, die Kommission auf Ebene der EU, vorhalten. Die Gesamtliste wird veröffentlicht.

#### e) Weitere Neuerungen

Daneben müssen Mitgliedstaaten Kredit- und Finanzinstituten untersagen, anonyme Konten zu führen. Die Verwendung anonymer Gutscheinkarten wird stark eingeschränkt. Die Mitgliedstaaten müssen zentrale Register oder Datenbanken mit allen inländischen Kontoverbindungen führen, die nach Kontoinhaber, wirtschaftlich Berechtigtem und IBAN durchsuchbar sind. Die EU-weite und überbehördliche Vernetzung aller Systeme zur Geldwäschebekämpfung wird ferner vorangetrieben.

#### f) Datenschutz

Sämtliche Datenverarbeitung auf Grundlage der 5. EU-Geldwäscherichtlinie wird als Datenverarbeitung im öffentlichen Interesse im Sinne der DSGVO eingeordnet.

### 2. Umsetzung

Die Umsetzung der Richtlinie muss bis zum 10.1.2020 erfolgen. Ob die Umsetzung wie bei der 4. EU-Geldwäscherichtlinie zu einer grundlegenden Neufassung des deutschen GwG führt, darf bezweifelt werden. Fest steht, dass der Gesetzgeber einige Anpassungen am GwG vornehmen müssen. Aus notarieller Sicht spannend sind dabei insbesondere die Neuerungen bei den wirtschaftlich Berechtigten und im Umgang mit Hochrisikoländern.

### IV. Zusammenfassung

Die allgemeinen Sorgfaltspflichten unterscheiden sich größtenteils nur graduell und nicht inhaltlich von den vereinfachten oder verstärkten Sorgfaltspflichten. Zu den allgemeinen Sorgfaltspflichten zählt die Identifizierung des formell Beteiligten anhand eines gültigen Personalausweises oder Passes, die Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten, die Überprüfung des Vorgangs auf die Beteiligung einer politisch exponierten Person, eines Familienangehörigen oder einer einer politisch exponierten Person nahestehenden Person sowie die kontinuierliche Überwachung. Einziger inhaltlicher Unterschied bei der Anwendbarkeit vereinfachter Sorgfaltspflichten sind die zur Identifizierung des formell Beteiligten erforderlichen Mittel, insoweit der Notar „nur“ den Anforderungen des § 10 BeurkG genügen muss. Verstärkte Sorgfaltspflichten führen zur inhaltlich neuen Pflicht, die Mittelherkunft zu erfragen.

Der Urkundsgewährungsanspruch genießt Vorrang vor den Pflichten nach dem GwG, solange der Notar keine Kenntnis der bezweckten Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung hat. Ebenso wenig ist der Notar zu einer Verdachtsmeldung verpflichtet, sondern lediglich zu einer Wissensmeldung bei positiver Kenntnis der Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung.

Die Umsetzung der bereits verabschiedeten 5. EU-Geldwäscherichtlinie wird voraussichtlich nicht zu einer Neufassung des GwG führen, sondern zu punktuellen Änderungen.

## BUCHBESPRECHUNGEN

**Volker Beuthien (Hrsg.):**

### **Genossenschaftsgesetz**

16. Aufl., C. H. Beck, 2018. 1.399 S., 200 €

Von Notar Prof. Dr. **Christoph Terbrack**, Aachen

Das Genossenschaftsrecht ist für den Notar sicherlich nicht die Materie, mit der er sich täglich beschäftigt. Gleichwohl ist die praktische Bedeutsamkeit in Anbetracht der knapp 8.000 deutschen Genossenschaften, in denen sich etwa 22 Mio. Genossen zusammengeschlossen haben, nicht zu unterschätzen. Die Auswahl an Kommentaren zu diesem Rechtsgebiet ist der Relevanz der Rechtsform entsprechend: Von kleinen, knapp gehaltenen Handkommentaren bis hin zum Großkommentar ist alles auf dem Markt, was das Nutzerherz begehrt. Der hier zu rezensierende Kommentar bewegt sich – bezogen auf den Umfang – im Mittelfeld, bezogen auf die Qualität der Kommentierungen und den Mehrwert für den Nutzer ist er aber einsame Spitzenklasse.

Der von *Volker Beuthien*, Professor an der Philipps-Universität in Marburg, im Jahre 1983 vollständig neu erstellte und seitdem in einer Vielzahl von Aktualisierungen herausgegebene Kommentar zum Genossenschaftsgesetz wird in der neuesten Auflage mitbearbeitet von Dr. *Reimar Wolff* (ebenfalls Philipps-Universität in Marburg, er verantwortet die §§ 78 bis 97 GenG sowie den Teil zum UmwG) und Prof. Dr. *Martin Schöpflin* (Norddeutsche Hochschule für Rechtspflege in Hildesheim, der §§ 43 bis 64c und die §§ 98 bis 171 GenG sowie das SCE-Statut kommentiert hat).

Das Werk ist hochwertig und benutzerfreundlich gestaltet; Fußnoten entschlacken den Fließtext der Kommentierungen, abweichende Ansichten sind hinreichend deutlich gekennzeichnet und ein ausführliches Stichwortverzeichnis erleichtert den unmittelbaren Einstieg in Problemfelder, die sich für den Praktiker auftun. Für den Nutzer ist sicherlich auch noch positiv zu erwähnen, dass die umwandlungsrechtlichen Vorschriften, die sich speziell auf Genossenschaften beziehen, ebenfalls mit kommentiert werden.

Alle Ausführungen sind durchweg auf dem aktuellen Stand und berücksichtigen die neuere Rechtsprechung, selbstverständlich ohne diese präzisieren zu können. Die Rechtsprechung ihrerseits ist erkennbar bemüht, anhängige Auseinandersetzungen anhand der in *Beuthiens* Werk dargelegten Argumente zu beleuchten, freilich ohne diesen blind Folge zu leisten. Dies ist etwa bei einer aktuellen Entscheidung des OLG Dresden<sup>1</sup> zur Aussetzung der Auszahlung von Geschäftsguthaben zu beobachten. Der Gesetzgeber hat im Jahr 2006 die Möglichkeit eines Mindestkapitals bei Genossenschaften geschaffen, welches durch die Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens an ausgeschiedene Mitglieder nicht unterschritten werden darf (vgl. § 8a, § 73 Abs. 2 Satz 2 GenG). Dies kann dazu führen, dass ein ausgeschiedener Genosse auf unbestimmte Zeit sein Auseinandersetzungsguthaben nicht erhält. *Beuthien* hat diese Problematik erkannt (vgl. die Kommentierungen zu § 8a Rdnr. 3 ff.) und als Lösung eine analoge Anwendung der Regelungen aus § 160 HGB vorgeschlagen, der zu Folge spätestens nach fünf Jahren eine Auszahlung der Guthaben zu erfolgen hätte. Das OLG Dresden folgt dieser Lösung mit beachtlicher Argumentation nicht, setzt sich allerdings intensiv mit dem von *Beuthien* vorgebrachten Lösungsansatz auseinander.

Das Werk ist rundherum gelungen und kann ohne Abstriche uneingeschränkt zum Kauf empfohlen werden, und zwar sowohl denen, die oft und intensiv mit dem Genossenschaftsrecht befasst sind, als auch denjenigen, die sich nur durch einen kurzen Blick Rechtssicherheit auf einem Gebiet verschaffen wollen, das sie nicht allzu oft betreten.

<sup>1</sup> Beschluss vom 14.12.2018, 8 U 1433/17, AG 2018, 851.

**Hans Gerhard Ganter/Christian Hertel/Heinz Wöstmann:**

## **Handbuch der Notarhaftung**

4. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2018. 936 S., 129 €

Von Rechtsanwalt/Syndikusrechtsanwalt **Hans-Jörg Schriever**, Wiesbaden

14 Jahre nach der ersten Auflage und vier Jahre nach der dritten Auflage ist jetzt die vierte Auflage des Handbuchs der Notarhaftung erschienen. Das Autorenteam ist unverändert. Herausgeber sind wie in den Voraufagen Dr. *Hans Gerhard Ganter*, Vorsitzender Richter am BGH a. D., 19 Jahre Mitglied des früher für Notarhaftungssachen zuständigen IX. Zivilsenats des BGH, Notar *Christian Hertel* (Weilheim i. OB) der mehrere Jahre Geschäftsführer des DNotI in Würzburg war, und Richter am BGH *Heinz Wöstmann*, seit Mai 2007 Mitglied des für Notarhaftung zuständigen III. Zivilsenats des BGH und Stellvertretender Vorsitzender des Notarsenats.

Der Umfang hat um ca. 150 Seiten zugenommen. Der Aufbau des Werks ist ebenso wie der Kreis der Bearbeiter zur Voraufgabe unverändert. Es ist mit Fug und Recht als Standardwerk für notarielle Haftungsfragen anzusehen.

Das Handbuch wurde auf den Rechtsstand März 2018 aktualisiert. Die aktuelle vierte Auflage von *Hauck/Zimmermann*, Die Amtshaftung des Notars, lag bei Redaktionsschluss noch nicht vor und konnte entsprechend nicht berücksichtigt werden. An wichtigen Gesetzesänderungen war insbesondere einzuarbeiten das Gesetz zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare, welches am 1.9.2013 in Kraft getreten ist. Weiter sind die Änderungen durch das Gesetz zur Neuordnung der Aufbewahrung von Notariatsunterlagen zur Errichtung des elektronischen Urkundenarchivs bei der BNotK vom 1.6.2017 eingearbeitet. Außerdem finden die Neuregelung der Berufshaftpflichtversicherung in § 19a BNotO und die Neuordnung des Notariats in Baden-Württemberg Berücksichtigung. Alle Gesetzesänderungen sind in der gebotenen Ausführlichkeit eingearbeitet. Die sich mit der Neuregelung durch das Gesetz zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergebenden Pflichten wie auch die Pflicht zur Prüfung der Eintragungsfähigkeit werden dargestellt und erläutert.

Nach wie vor steht die systematische Darstellung der Rechtsprechung des BGH in Notarhaftungssachen wie auch in berufsrechtlichen Angelegenheiten im Mittelpunkt des Werks.

Dieses Standardwerk ist einerseits für jeden Notar empfehlenswert, um präventiv Fehler bei der beruflichen Tätigkeit und Haftungsfällen zu vermeiden und stellt andererseits für alle mit Amtshaftungsansprüchen befassten Juristen eine wertvolle Hilfe dar.

Ausführlich stellt der Mitherausgeber *Hertel* zum tieferen Verständnis der Tätigkeit eines Notars und seiner Amtspflichten die geschichtliche Entwicklung des Notariats in Deutschland dar. Daneben erklärt er umfassend die berufsrechtlichen Regelungen, Notarverfassungen, Berufsorganisation und Berufshaftpflichtversicherung. *Hertel* legt als seit vielen Jahren tätiger Notar und langjähriger Geschäftsführer des DNotI ein Augen-

merk auf die Themen des Notars als unabhängigen Träger eines öffentlichen Amtes, Qualitätsmanagement und Schadenverhütung in einem Notariat, einschließlich Berufsaufsicht. Er gibt dem Notar zahlreiche Hinweise und Ratschläge für seine berufliche Tätigkeit. Jedem Notar ist zu empfehlen, dieses Handbuch häufig bei seiner täglichen Praxis in die Hand zu nehmen.

Breiten Raum nehmen die von den Mitherausgebern und Praktikern *Ganter* und *Wöstmann* bearbeiteten Themen Amtspflichtverletzungen und Amtshaftung ein. Die vielen Beispielfälle verdeutlichen die jeweils bestehenden (Haftungs-) Risiken anschaulich und tragen so sehr zum Verständnis bei. Es finden sich Verweise auf aktuelle Rechtsprechung und Literatur.

Im Zusammenhang mit der Amtshaftung kommen die Themen „Verschulden“, „Kausalität“, „Zurechenbarkeit und Schaden“ nicht zu kurz – ebenso, wegen der bestehenden Subsidiärhaftung, das Verhältnis zu anderen Berufsträgern, wie Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern und Steuerberatern.

Die Grundlagen der Amtshaftung und die einzelnen Amtspflichten sind gut strukturiert, sodass das Handbuch eine große Hilfe für jeden Juristen ist, der sich mit der Amtshaftung eines Notars beschäftigt.

Die seit Erscheinen der Voraufgabe ergangenen bedeutsamen Entscheidungen des BGH sind eingearbeitet. So ist die neuere Rechtsprechung des BGH im Zusammenhang mit der Beurkundung von Beschlüssen von Hauptversammlungen<sup>1</sup> enthalten, so wie auch die maßgebliche Rechtsprechung zur Angebotsfrist in Immobilienkaufverträgen in Bauträgermodellen<sup>2</sup>. Es findet sich die jüngere Rechtsprechung zur Ablehnungspflicht (zum Beispiel bei Verdacht strafbarer Handlungen) genauso wie diejenige zum notariellen Anderkonto und Verwahrungsvertrag. Nicht zuletzt damit bietet das Handbuch eine unschätzbare Hilfe in der täglichen Praxis und dient der Vermeidung von möglicherweise teuren Fehlern.

Die Ausweitung der notariellen Pflichten bei der Beurkundung von Verbraucherverträgen war in den letzten Jahren Gegenstand von Gesetzesänderungen sowie zahlreicher Rechtsprechung. Dies, ebenso wie die Rechtsprechung zu den Bekehrungspflichten im Zusammenhang mit kritischen Klauseln in Ehe- und Scheidungsfolgenverträgen, bedingte eine umfangreiche Überarbeitung der entsprechenden Passagen. Die Urteile des BGH zum unwirksamen Ausschluss des Versorgungsausgleichs und des Unterhaltsverzichts einschließlich

1 Zuletzt BGH, Urteil vom 10.10.2017, II ZR 375/15, NJW 2018, 52.

2 Zuletzt BGH, Urteil vom 24.8.2017, III ZR 558/16, NJW 2017, 3161.



der Belehrungs- und Dokumentationspflichten sind ausführlich dargestellt. Hervorzuheben ist dabei, dass auch die vom BGH behandelten Aspekte wie das fehlende Verschulden im Hinblick auf denkbare zukünftige Entwicklungen in angemessener Ausführlichkeit eingeflossen sind. Die Gesetzesänderungen zu § 17 Abs. 2a BeurkG sind ebenso eingearbeitet wie die jüngere Rechtsprechung zum Verbraucherschutz.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Siehe nur OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 21.6.2017, 4 U 181/16, BeckRS 2017, 133581.

Wie auch für die Voraufgabe gilt, dass die Erfahrung der Autoren – wie die von *Hertel* zu den Abläufen in der notariellen Praxis und die von *Ganter* und *Wöstmann* aus ihrer Tätigkeit am BGH – dieses Handbuch zu einem unersetzlichen Berater für alle mit Notarhaftungsfragen befassten Personenkreise macht und ein wertvolles Nachschlagewerk darstellt.

**Viviane McCready:**

## Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums im Rahmen von Bauträgerverträgen

Peter Lang, 2018. 238 S., 61,95 €

Von Notar Dr. **Gregor Basty**, München

Jedem, der sich eingehender mit Fragen der Abnahme des Gemeinschaftseigentums beschäftigen will, sei dieses Buch wärmstens empfohlen. *McCready* beleuchtet in ihrer Dissertation umfassend alle Fragen der Abnahme des Gemeinschaftseigentums. Mit dem Stand Herbst 2017 werden sämtliche Gestaltungsansätze, die Gegenstand von Literatur und Rechtsprechung sind, eingehend beleuchtet und bewertet. Nach einer lesenswerten Einführung, die auch die wirtschaftliche Bedeutung des Wohnungsbaus verdeutlicht, setzt sich die Autorin insbesondere mit den Überlegungen zur Vergemeinschaftung der Abnahme, mit Abnahmevollmachten und den Folgen unwirksamer Klauseln auseinander. Eingehend erörtert werden nicht zuletzt auch die Probleme bei Nachzüglerfällen. *McCready* kommt – wenig überraschend – zu dem Ergebnis, dass die aktuelle Rechtssituation vollkommen unbefriedigend ist. Der Gesetzgeber bleibt aufgerufen, praktikable und allen Seiten gerecht werdende Regelungen zu schaffen.

Einzig die Frage der Bedeutung der Übergabe im Zusammenhang mit Abnahmeregelungen kommt ein wenig kurz. Die Rechtsprechung hierzu ist freilich neueren Datums. In seiner Entscheidung vom 25.10.2016<sup>1</sup> erkennt das OLG München in einer *vor Übergabe* vom Erwerber zu erklärenden Abnahme eine Verschärfung der Fälligkeitvoraussetzungen sowie eine gewichtige Beschränkung der Bauträgerpflicht und damit

einen Verstoß gegen § 3 Abs. 2 MaBV (mit der Folge der Unwirksamkeit der Zahlungsregelung). Das Ergebnis vermag nicht zu überzeugen. Für die Abnahme ist jedoch festzuhalten, dass nach der gegebenen Rechtslage eine Abnahmeerklärung nur verlangt werden kann, wenn mit der Abnahme auch die Übergabe stattfindet oder die Übergabe vorher bereits erfolgt ist. Wird die gekaufte Wohnung schon bei Bezugsfertigkeit übergeben und soll die Abnahme des Gemeinschaftseigentums erst nach vollständiger Fertigstellung erfolgen, ergeben sich hieraus im Hinblick auf die Abnahme des Gemeinschaftseigentums keine Probleme. Denn das Gemeinschaftseigentum ist dann im Zeitpunkt der diesbezüglichen Abnahme bereits im Gebrauch durch den Erwerber. Im Übrigen bleibt zu beachten: Ohne Übergabe kommt eine dem Gesetz entsprechende Abnahme grundsätzlich nicht in Betracht.

<sup>1</sup> OLG München, Urteil vom 25.10.2016, 9 U 34/16, MittBayNot 2019, 137 m. Anm. *Sagmeister*.

Kai Oliver Ulmer:

## Güterstandsklauseln in Gesellschaftsverträgen von Freiberufler-Personengesellschaften

Carl Heymanns Verlag, 2018. 390 S., 119 €

Von Notariatsdirektor **Lutz Milzer**, Karlsruhe/Mosbach

Mit Güterrechtsklauseln sieht sich die Notarin oder der Notar in höchst unterschiedlichen Konstellationen konfrontiert. Zum einen ist es ihre/seine ureigene Beurkundungsaufgabe, bei der Beurkundung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen die Frage einer möglichen Aufnahme von Güterrechtsklauseln mit den Beteiligten zu erörtern und diesen ggf. entsprechende Formulierungsvorschläge zu unterbreiten. Der Notar ist aber auch derjenige, bei dem die Verpflichtungen aus einer Güterrechtsklausel durch den Abschluss oder die Aufhebung eines klauselkonformen Ehevertrages erfüllt oder umgangen werden. Für in Sozietäten verbundene Notare stellt sich schließlich noch die Frage, ob die Aufnahme einer Güterrechtsklausel in den Sozietätsvertrag zweckmäßig und zulässig sein kann.

Bei dem zu besprechenden Werk handelt es sich um die Kölner Dissertation des Verfassers. Den als solche an sie zu stellenden akademischen Ansprüchen wird sie rundum gerecht. Rechtsprechung und vor allem das Schrifttum zu Güterrechtsklauseln werden umfassend ausgewertet und dabei nicht nur zitiert, sondern in ihrer Diversität auch umfassend und verständlich dargestellt. Auch der historische Hintergrund und die familien- und gesellschaftsrechtlichen Grundlagen werden herausgearbeitet (§ 2 des Werks). Gängige, aber auch weniger bekannte Formulierungsvorschläge werden eingehend vorgestellt, analysiert und problematisiert (§§ 2-5).

Eine in die Schriftenreihe der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung aufgenommene Studie muss sich aber auch dem Praxistest durch die amtierenden Notare stellen. Diese erwarten für einen Kaufpreis von 119 € konkrete Antworten auf die in Zusammenhang mit Güterrechtsklauseln nach wie vor kaum durch Rechtsprechung geklärten Fragen und wenn möglich zum krönenden Abschluss auch noch einen für die tägliche Arbeit verwendbaren Formulierungsvorschlag.

Diese Praxisfragen fasst der Autor in § 6 des Buches unter dem Titel „Rechtliche Mindestanforderungen an eine Güterstandsklausel“ mit den Schlagworten Formbedürftigkeit, Durchsetzbarkeit und Wirksamkeit zusammen. In diesem Kapitel erweist sich das Buch für einen selbst mit Güterrechtsklauseln befassten Leser als wahrer Pageturner.

Bei einem Buch, das Güterstandsklauseln in einem Zusammenhang mit Personengesellschaften behandelt, muss die Frage der Formbedürftigkeit der Klauseln mit im Zentrum der Erörterung stehen. In der Kommentarliteratur wird vielfach die Ehevertragsform für Güterstandsklauseln postuliert und dies aus einer zweckorientierten entsprechenden Anwendung des § 1410 BGB hergeleitet.<sup>1</sup> Ulmer schließt sich dem an und un-

termauert seine Auffassung dabei durch eine sehr eingehende, schulmäßige Subsumtion unter die dogmatisch anerkannten Voraussetzungen für eine analoge Normanwendung. Tragende Begründung ist dabei der Topos der mittelbaren Verpflichtung zum Abschluss eines formbedürftigen Vertrages, der bei Grundstücksgeschäften – aufgrund entsprechender BGH-Rechtsprechung unstreitig<sup>2</sup> – zur Formbedürftigkeit der gegenüber einem Dritten (Makler) übernommenen Verpflichtung zum Abschluss eines Immobilienkaufvertrages führt (S. 227). Der notarielle Praktiker wird angesichts fehlender Stellungnahmen in der Rechtsprechung bisher schon als sichersten Weg seiner Mandantschaft die Beurkundung des Gesellschaftsvertrages mit der Güterstandsklausel nahegelegt haben. Diese Empfehlung kann er künftig nicht nur auf die Divergenz in der Kommentarliteratur, sondern auch auf die von Ulmer herausgearbeitete und überzeugende Argumentationskette stützen. In diesem Zusammenhang thematisiert Ulmer auch die interessanten Folgefragen einer möglichen Heilung der unwirksamen Güterstandsklausel durch Abschluss des Ehevertrages (wird mit eingehender Argumentation verneint, S. 227 ff.) und der Infektion des Gesellschaftsvertrages durch die formunwirksame Güterstandsklausel gemäß § 139 BGB (wird ebenfalls umfassend begründet nur in Ausnahmefällen angenommen, S. 230 f.).

Das Problem der Durchsetzbarkeit der Güterrechtsklausel problematisiert Ulmer lediglich unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Umgehung durch den verpflichteten Gesellschafter, etwa durch einen den anderen Gesellschaftern verheimlichten Aufhebungsvertrag. Soweit die Güterstandsklausel keine ausdrückliche Bestimmung enthält, dass eine klauselkonforme güterrechtliche Regelung nach Abschluss eines entsprechenden Ehevertrages auch aufrechtzuerhalten ist, soll diese im Wege ergänzender Vertragsauslegung angenommen werden können (S. 236). Interessant ist die dabei ergänzend aufgeworfene Frage, ob der Notar, dem die Existenz der Güterstandsklausel bekannt ist, in Umgehungsfällen die Beurkundung des Ehevertrages zur Aufhebung des klauselkonformen Ursprungsehevertrages gemäß § 14 Abs. 2 BNotO, § 4 BeurkG verweigern muss. Für den Fall eines Umgehungsgeschäftes aufgrund dolus directus ersten Grades, also wohl für den aus der Perspektive des Notars allenfalls ganz ausnahmsweise erkennbaren Fall, dass der Abschluss des Aufhebungsehevertrages im Rahmen eines von vornherein bestehenden Gesamtplans erfolgt, wird dies vom Verfasser bejaht. Böswilligen Umgehungsfällen in diesem Sinne dürfte allerdings eine eher untergeordnete praktische Bedeutung zukommen. Weitau häufiger dürften Fälle sein, in denen ernstgemeinte und aufrechterhaltene Güterstandsklauseln aufgrund einer mehr oder

1 Insbesondere in den notariell geprägten Kommentierungen wie z. B. MünchKomm-BGB/Kanzleiter, 7. Aufl. 2017, § 1410 Rdnr. 3; entgegen Ulmer nicht aber Palandt/Brudermüller, 78. Aufl. 2019, § 1410 Rdnr. 1.

2 Vgl. BGH, Urteil vom 18.3.1992, IV ZR 41/91, NJW-RR 1992, 818.

weniger erkennbaren Unwirksamkeit des Folgeehevertrages ins Leere laufen. Mit der Relativierung der Kernbereichslehre durch die vom BGH zwischenzeitlich anerkannte Möglichkeit des Hinübergreifens der Unwirksamkeit anderer Regelungen in das Güterrecht<sup>3</sup> und der immer stärkeren Betonung des Gesichtspunkt der Disparität bei Vertragsschluss<sup>4</sup> ist die Inhaltskontrolle von Eheverträgen durch die Rechtsprechung auch bei handwerklich nicht fehlerhaften Eheverträgen schwer kalkulierbar geworden. Und eine Disparität bei Vertragsschluss kann gerade dann besonders nahe liegen, wenn ein Ehevertrag geschlossen werden soll, „weil es die anderen Gesellschafter so verlangen und selbst auch so praktiziert haben“ und ansonsten bei (noch) intakter Ehe der Ehepartner seinen Lebensraum nicht verwirklichen könnte, in der Gemeinschaftspraxis oder Sozietät vom Associate zum Partner aufzusteigen. Diese Problematik wird von *Ulmer* in anderem Zusammenhang durchaus erkannt (bei der Frage einer Unwirksamkeit der Güterrechtsklausel selbst, die er im Ergebnis ablehnt, S. 266 ff.), als möglicher Risikofaktor hinsichtlich der Effektivität der Klausel wird sie jedoch nicht erörtert.

Die Frage der Wirksamkeit bzw. Zulässigkeit der Güterrechtsklausel muss sich sowohl aus dem gesellschaftsrechtlichen Blickwinkel (Sanktionierung des Nichtabschlusses des geforderten Ehevertrags) wie auch hinsichtlich der eherechtlichen Folgen (Eingriff in die Ehe- und Ehevertragsfreiheit) an den zivilrechtlichen Generalklauseln als Einfallstore der tangierten Grundrechte nach Art. 6 und 14 GG messen lassen. Dies wird von *Ulmer* sorgfältig herausgearbeitet und führt ihn zu einer an Verhältnismäßigkeitskriterien orientierten Lösung, welche die Vereinbarung von Güterrechtsklauseln grundsätzlich zulässt, ihr aber sowohl auf der Verpflichtungsebene (freie Güterrechtswahl, eingeschränkt nur durch die Eignung der Vereinbarung zum Schutz des Gesellschaftsvermögens, S. 304 ff.), wie auch auf der Sanktionsebene (Erforderlichkeit einer Gesellschafterausschließung nach dem Ultima-Ratio-Prinzip, S. 288 ff., Exkulpationsmöglichkeit für den auszuschließenden Gesellschafter, S. 335, 352) eindeutige Grenzen setzt. Dabei wird klargestellt, dass die Verpflichtung aus der Güterrechtsklausel den Interessen der Gesellschaft nur dann dienen kann, wenn sie sich auch auf die Rechtswirksamkeit des abzuschließenden Ehevertrages erstreckt (S. 303).

Diese zutreffende Überlegung führt zu der interessanten, von *Ulmer* aber nicht behandelten Folgefrage, wie die Frage der Rechtswirksamkeit endgültig und mit Wirkung sowohl für die Ehepartner wie auch im Verhältnis zur Gesellschaft geklärt werden kann. In Betracht zu ziehen wäre da wohl eine Streitverkündung gemäß §§ 72 ff. ZPO, die im Gesellschafterprozess über die Sanktion für die Nichtbefolgung der Güterrechtsklausel dem Ehepartner und im Zugewinnprozess gemäß § 113 FamFG i. V. m. §§ 72 ff. ZPO der Gesellschaft erklärt werden kann.

3 BGH, Beschluss vom 8.10.2014, XII ZB 318/11, NJW 2015, 52, 54.

4 BGH, Beschluss vom 29.1.2014, XII ZB 303/13, NZFam 2014, 450, 455; dazu umfassend Langenfeld/Milzer, Handbuch Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 8. Aufl. 2018, Rdnr. 74 ff.

Aus den dargestellten Überlegungen leitet *Ulmer* schließlich einen die Gesellschafter- und Ehegatteninteressen austarierenden, ausgewogenen und differenzierten Formulierungsvorschlag ab, der – sieht man einmal von seiner angesichts der komplexen Vorgaben unvermeidbaren inhaltlichen Länge ab – durchaus praxistauglich erscheint.

Als Fazit darf festgehalten werden:

Das Buch ist inspirierend und regt den Rezensenten dazu an, seine bisher vorherrschenden Zweifel an der grundsätzlichen Sinnhaftigkeit von Güterrechtsklauseln<sup>5</sup> doch noch einmal zu überdenken. Wer es liest, schärft seinen Blick dafür, wie vielfältig die Welt der Güterrechtsklauseln jenseits der standardmäßigen Gütertrennungspflichten mit Ausschließungssanktion sein kann. Ein großer Gewinn für den kautelarjuristischen Praktiker ist insbesondere der am Ende des Werkes enthaltene eigene Formulierungsvorschlag des Autors (S. 349 ff.), den er konkret aus seiner fast schon enzyklopädischen Auseinandersetzung mit den bisher bekannt gewordenen Klauselvorschlägen ableitet. Insbesondere mit der Entwicklung eines gestuften Sanktionssystems jenseits der Ausschließung des Gesellschafters gelingt es dem Autor, die schon als fast erledigt abgehackte Fachdiskussion neu zu eröffnen. Wenn eine Gesellschaft – wie *Ulmer* zu Recht annimmt – auf die Verletzung von Güterrechtsklauseln auch mit Vertragsstrafen und Gewinnentnahmebeschränkungen reagieren kann, müsste es doch auch möglich sein, Sanktionen zu entwickeln, die sich nicht nur zugunsten der Gesellschaft auswirken, sondern im Interesse des betroffenen Gesellschafters bezogen auf den Stichtag des § 1384 BGB den Wert seines dem Zugewinnausgleich unterliegenden Gesellschaftsanteils reduzieren. Da auch betagte Ansprüche unabhängig von der bei ihnen noch nicht eingetretenen Fälligkeit nach der Rechtsprechung als Verbindlichkeiten in die Zugewinnberechnung einzustellen sind,<sup>6</sup> könnte man daran denken, als Sanktion statt der Ausschließung Zahlungsverpflichtungen in die Gesellschaftsrücklage zu begründen, die von der Gesellschaft erst nach Rechtshängigkeit des Scheidungsverfahrens fällig gestellt werden können. Diese könnten unter die auflösende Bedingung des Abschlusses und der Rechtswirksamkeit des ausbedungenen Ehevertrages gestellt werden, wobei die heutzutage immer volatiler werdende Frage der Rechtswirksamkeit über eine Streitverkündung auch mit Wirkung für die Gesellschaft geklärt werden könnte.

Einen Kritikpunkt kann man Autor (und Verlag) jedoch nicht ersparen. Der Buchtitel hält nicht, was er verspricht. Der Autor behandelt die Problematik der Güterrechtsklausel rechtsformübergreifend, wobei ihm nicht abgesprochen werden kann, dass er dabei den Gesellschaftsverträgen von Personengesellschaften einen gewissen Vorrang einräumt. Wer aber zu dem Buch greift, um sich als rechtlicher oder steuerlicher Berater eines Freiberuflers über Besonderheiten bei der Formulierung von Güterrechtsklauseln für Gesellschaftsverträge von Rechtsanwaltssozietäten, Architekturbüros oder ärztlichen Ge-

5 *Milzer*, NZG 2017, 1090 ff.

6 BGH, Urteil vom 24.10.1990, XII ZR 101/89, FamRZ 1991, 43, 46; OLG Brandenburg, Beschluss vom 9.2.2017, 9 UF 52/16, BeckRs 2017, 126742.

meinschaftspraxen zu informieren, wird enttäuscht werden. Das Werk enthält hierzu abgesehen von einigen einleitenden Ausführungen (S. 2 f.), der gelegentlichen Erwähnung der Partnerschaftsgesellschaft und dem Hinweis auf den personalistischen Einschlag bei der Bewertung des Gesellschaftsanteils (S. 48 f.) praktisch nichts. Nicht einmal in dem Unterkapitel „Besonderheiten bei Güterstandsklauseln bezogen auf einzelne Gesellschaftsformen“ (S. 152 ff.) ist ein Hinweis auf Besonderheiten bei Freiberuflergesellschaften enthalten. Überhaupt kein Thema sind damit naturgemäß auch mögliche

Güterstandsklauseln in Notarsozietätsverträgen. Diese sind nach den Recherchen des Rezensenten jedenfalls in Bayern und Baden-Württemberg nicht gebräuchlich und für die dortigen Aufsichtsbehörden wohl auch nach Maßgabe der jeweils gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 BNotO erlassenen Rechtsverordnungen nicht genehmigungsfähig, da wegen der Unverkäuflichkeit des Notaramts lediglich der Substanzwert der Gesellschaftsbeteiligung bei der Zugewinnberechnung zu berücksichtigen ist und damit die gesellschaftsrechtliche Rechtfertigung für die Aufnahme einer Güterstandsklausel weitgehend entfällt.



# RECHTSPRECHUNG

## BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

### 1. Fortbestehen der Vermieterstellung bei Veräußerung unter Miteigentümern

BGH, Beschluss vom 9.1.2019, VIII ZB 26/17 (Vorinstanz: LG Nürnberg-Fürth, Beschluss vom 20.3.2017, 7 T 1367/17)

BGB § 566 Abs. 1, §§ 571, 573a Abs. 1

#### LEITSATZ:

**Bei Vermietung einer Wohnung durch zwei Miteigentümer bleiben beide auch dann Vermieter – und ist eine Kündigung gegenüber dem Mieter demgemäß von beiden Vermietern auszusprechen –, wenn der eine seinen Miteigentumsanteil später an den anderen veräußert. Auf einen solchen Eigentumserwerb findet § 566 Abs. 1 BGB weder direkte noch analoge Anwendung.**

#### SACHVERHALT:

1 I. Die Klägerin und ihr Ehemann waren Miteigentümer eines Zweifamilienhauses. Mit Vertrag vom 1.10.2013 vermieteten sie eine der beiden Wohnungen an den Beklagten zu 1. Später wurde die Klägerin, welche die andere Wohnung im Haus bewohnt, durch Übertragung des Miteigentumsanteils ihres Ehemanns Alleineigentümerin des Anwesens. Sie kündigte das Mietverhältnis mit Schreiben vom 18.2.2016 gemäß § 573a Abs. 1 BGB und nahm den Beklagten zu 1 sowie seinen volljährigen Sohn, den Beklagten zu 2, auf Räumung und Herausgabe der Wohnung in Anspruch.

2 Nach dem Auszug der Beklagten aus der streitgegenständlichen Wohnung haben die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt. Das AG hat die Kosten des Rechtsstreits den Beklagten auferlegt. Deren hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde ist erfolglos geblieben. Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde begehren die Beklagten, der Klägerin die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen.

(...)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

8 2. Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet.

9 Nach der übereinstimmenden Erledigterklärung der Parteien waren die Kosten des Rechtsstreits gemäß § 91a Abs. 1 Satz 1 ZPO der Klägerin aufzuerlegen. Denn die Klägerin wäre bei Fortführung des Rechtsstreits voraussichtlich in der Sache unterlegen, weil das Mietverhältnis durch die allein von ihr ausgesprochene Kündigung vom 18.2.2016 nicht wirksam beendet worden ist und ihr deshalb der von ihr geltend gemachte Anspruch auf Räumung und Herausgabe der Wohnung nicht zustand. Die Kündigung hätte vielmehr auch von dem früheren Ehemann der Klägerin erklärt werden müssen, der die Wohnung zusammen mit ihr an den Beklagten zu 1 vermietet hatte. Die vom Beschwerdegericht vorgenommene analoge Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB kommt in der vorliegenden Kon-

stellation, dass einer von zwei Miteigentümern, die eine Wohnung vermietet haben, später Alleineigentümer wird, nicht in Betracht.

10 a) Gemäß § 566 Abs. 1 BGB tritt bei einer Veräußerung des vermieteten Wohnraums nach der Überlassung an den Mieter von dem Vermieter an einen Dritten der Erwerber anstelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein. Nach dem Wortlaut des § 566 Abs. 1 BGB muss die Veräußerung an einen Dritten erfolgen, das heißt, der veräußernde Eigentümer und der Erwerber müssen personenverschieden sein, der Erwerber darf bis zum Erwerb nicht Vermieter gewesen sein (vgl. Senatsbeschluss [Rechtsentscheid] vom 6.7.1994, VIII ARZ 2/94, BGHZ 126, 357, 363 f. – noch zu der Vorgängerregelung in § 571 BGB a. F.). Eine direkte Anwendung des § 566 BGB kommt damit, wie das Beschwerdegericht im Ansatz noch zutreffend gesehen hat, nicht in Betracht.

11 b) Eine Analogie ist – was das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft nicht geprüft hat – zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke aufweist und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen. Die Lücke muss sich also aus einem unbeabsichtigten Abweichen des Gesetzgebers von seinem – dem konkreten Gesetzgebungsvorhaben zugrundeliegenden – Regelungsplan ergeben (st. Rspr.; siehe nur Senatsurteil vom 14.12.2016, VIII ZR 232/15, BGHZ 213, 136 Rdnr. 33 m. w. N.). Dies ist hier jedoch nicht der Fall.

12 Sinn und Zweck des § 566 BGB ist der Schutz des Mieters vor einem Verlust des Besitzes an der Wohnung gegenüber einem neuem Erwerber im Falle der Veräußerung der Mietsache (BGH, Urteil vom 12.7.2017, XII ZR 26/16, NZM 2017, 847 Rdnr. 29 m. w. N.). Dieser Schutzzweck ist von vornherein nicht berührt, wenn – wie hier – einer von zwei vermietenden Miteigentümern seinen Eigentumsanteil auf den anderen überträgt, sodass dieser Alleineigentümer der Mietsache wird. Denn der nunmehrige Alleineigentümer ist (weiter) an den Mietvertrag gebunden und ein Verlust des Besitzes aufseiten des Mieters infolge des Veräußerungsvorgangs ist somit nicht zu besorgen. Damit scheidet eine analoge Anwendung des § 566 BGB auf einen solchen Fall aus.

13 Soweit in der vom Berufungsgericht herangezogenen Kommentirstelle allgemeine Erwägungen dazu angestellt werden, es sei auch im Hinblick auf mögliche weitere Veräußerungsvorgänge „praktikabler, das Ausscheiden des veräußernden Miteigentümers aus der Vermieterstellung sogleich zu vollziehen“ (so Schmidt-Futterer/Streyll, Mietrecht, 13. Aufl., § 566 BGB Rdnr. 77; dagegen zutreffend MünchKomm-BGB/

Häublein, 7. Aufl., § 566 Rdnr. 22), ergibt sich daraus offensichtlich keine tragfähige Grundlage für eine Analogie.

## 2. Änderungen eines Grundstückskaufvertrags nach der Auflassung

BGH, Urteil vom 14.9.2018, V ZR 213/17 (Vorinstanz: OLG Stuttgart, Urteil vom 26.9.2017, 10 U 140/16)

*BeurkG § 49 Abs. 5 Satz 1, § 53 Abs. 2*  
*BGB §§ 125, 139, 362, 311b Abs. 1, § 873 Abs. 2, § 925 Abs. 1*

### LEITSATZ:

**Änderungen eines Grundstückskaufvertrags nach der Auflassung sind formlos möglich, wenn die Auflassung bindend geworden ist (§ 873 Abs. 2 BGB; Bestätigung u. a. von Senat, Urteil vom 28.9.1984, V ZR 43/83, WM 1984, 1539).**

### SACHVERHALT:

1 Der Beklagte kaufte mit notariell beurkundetem Vertrag vom 4.5.2011 von der Klägerin, einer Bauträgerin, drei noch zu sanierende Eigentumswohnungen zu einem Preis von insgesamt 309.692 €. In dem Vertrag erklärten die Parteien die Auflassung und beantragte der Beklagte die Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuch. Der beurkundende Notar wurde angewiesen, eine die Auflassungserklärung enthaltende beglaubigte Abschrift oder Ausfertigung der Urkunde erst zu erteilen, wenn ihm die Zahlung des geschuldeten Kaufpreises nachgewiesen worden ist. Mit Schreiben vom 24.7.2012 verlangte der Beklagte von der Klägerin eine Kaufpreisminderung von 27.100,76 € „aufgrund der nicht notwendigen Dekontaminationsarbeiten“. Deren Geschäftsführer unterzeichnete dieses Schreiben mit dem Zusatz „zur Kenntnis genommen und anerkannt“. Der Beklagte zahlte 283.368,17 € an die Klägerin.

2 Mit der Klage verlangt die Klägerin die Zahlung eines Restkaufpreises von 26.323,83 €. Der Beklagte beantragt widerklagend, die Klägerin zur Rückzahlung zu viel gezahlter 776,93 € zu verurteilen und festzustellen, dass der Kaufpreis 282.591,24 € betrage und vollständig bezahlt sei. Das LG hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Auf die Berufung der Klägerin hat das OLG den Beklagten unter Abweisung der Klage im Übrigen verurteilt, an die Klägerin 15.484,61 € nebst Zinsen zu zahlen. Die Widerklage hat es abgewiesen. Mit der von dem OLG zugelassenen Revision möchte der Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erreichen. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

### AUS DEN GRÜNDEN:

3 I. Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung u. a. in Rpfleger 2018, 196 veröffentlicht ist, meint, der Klägerin stehe ein restlicher Zahlungsanspruch i. H. v. 26.323,83 € zu, der aber derzeit nur i. H. v. 15.484,61 € fällig sei. Die Parteien hätten am 24.7.2012 keine formwirksame Ermäßigung des Kaufpreises vereinbart, da die Vereinbarung entgegen § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB nicht notariell beurkundet worden sei. Entgegen der Rechtsprechung des BGH sei die nachträgliche Abänderung von Grundstückskaufverträgen auch dann formbedürftig, wenn diese nach der Auflassung und vor der Eigentumsumschreibung erfolge. Für die Beurkundungspflicht

solcher Änderungen sprächen der Wortlaut, die Systematik und der Zweck des § 311b Abs. 1 BGB. Die Beweisfunktion der Beurkundung sei in der Zeit zwischen Auflassung und Eigentumsumschreibung nach wie vor relevant. Auch die Warnfunktion der Beurkundung und das Schutzbedürfnis von Veräußerer und Erwerber vor übereilten Entscheidungen kämen bei einer Änderung eines notariell beurkundeten Vertrags nach Auflassung und vor Eintragung zum Tragen. Das Argument, die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung sei mit der Auflassung in vollem Umfang erfüllt und bestehe nach erklärter Auflassung nicht mehr, treffe überdies nicht zu, wenn, wie hier, die Kaufvertragsparteien den Notar angewiesen hätten, Ausfertigungen oder beglaubigte Abschriften der Urkunde, welche die Auflassung enthalte, erst auf Nachweis der Kaufpreiszahlung zu erteilen.

4 II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

5 1. Zutreffend ist allerdings der rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Dem Formzwang des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB unterliegen alle Vereinbarungen, die nach dem Willen der Parteien zu dem schuldrechtlichen Übereignungsgeschäft gehören (st. Rspr., vgl. Senat, Urteil vom 20.12.1974, V ZR 132/73, BGHZ 63, 359, 361; Urteil vom 23.9.1977, V ZR 90/75, BGHZ 69, 266, 268; Urteil vom 6.4.1979, V ZR 72/74, BGHZ 74, 346, 348; Urteil vom 20.6.1980, V ZR 84/79, NJW 1981, 222). § 311b Abs. 1 BGB findet deshalb grundsätzlich auf Vereinbarungen Anwendung, durch die ein schon beurkundeter Grundstückskaufvertrag nachträglich geändert wird (Senat, Urteil vom 2.10.1957, V ZR 212/55, WM 1957, 1459; Urteil vom 29.3.1966, V ZR 145/63, WM 1966, 656; Urteil vom 26.10.1973, V ZR 194/72, NJW 1974, 271; Urteil vom 9.11.1979, V ZR 38/78, WM 1980, 166, 167; Urteil vom 6.11.1981, V ZR 138/80, WM 1982, 157, 158). Diese sind dann formfrei, wenn sie lediglich der Beseitigung einer bei der Abwicklung des Geschäfts unvorhergesehen aufgetretenen Schwierigkeit dienen, ohne die beiderseitigen Verpflichtungen wesentlich zu verändern (vgl. Senat, Urteil vom 6.11.1981, V ZR 138/80, a. a. O.; Urteil vom 6.6.1986, V ZR 264/84, NJW 1986, 2759, 2760; Urteil vom 2.10.1987, V ZR 42/86, WM 1987, 1467; Beschluss vom 9.11.1995, V ZR 36/95, NJW 1996, 453; Urteil vom 5.4.2001, VII ZR 119/99, NJW 2001, 1932, 1933). Daher ist eine nachträgliche Herabsetzung des beurkundeten Kaufpreises, wie sie hier vereinbart wurde, an sich formbedürftig (vgl. Senat, Urteil vom 8.10.1954, V ZR 81/53, WM 1955, 263; Urteil vom 6.11.1981, V ZR 138/80, WM 1982, 157, 158 m. w. N.).

6 2. a) Hier ist es aber anders, weil die Parteien zum Zeitpunkt der Änderungsvereinbarung die Auflassung bereits erklärt hatten. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH können Grundstückskaufverträge nach der Auflassung formlos abgeändert werden, weil die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung mit der Auflassung erfüllt ist und deshalb nicht mehr besteht (vgl. Senat, Urteil vom 14.5.1971, V ZR 25/69, WM 1971, 896; Urteil vom 25.2.1972, V ZR 74/69, WM 1972, 556, 557; Urteil vom 23.3.1972, V ZR 166/70, WM 1973, 576; Urteil vom 30.5.1975, V ZR 214/73, DB 1975, 1983; Urteil vom 28.9.1984, V ZR 43/83, WM 1984, 1539 m. w. N.; Urteil vom 6.5.1988, V ZR 50/87, BGHZ 104, 276, 277; Urteil vom

28.10.2011, V ZR 212/10, NJW-RR 2012, 18 Rdnr. 15; so auch schon RG, WarnR 1911, Nr. 226; HRR 1933 Nr. 1410; SeuffA 94 Nr. 53). Von der Formfreiheit ausgenommen ist die Begründung neuer selbstständiger Erwerbspflichten (vgl. Urteil vom 6.5.1988, V ZR 50/87, a. a. O.); entsprechendes gilt für Veräußerungspflichten.

**7 b)** Diese Rechtsprechung, die ursprünglich noch überwiegend Zustimmung und nur vereinzelt Ablehnung gefunden hat (vgl. Nachweise Urteil vom 28.9.1984, V ZR 43/83, WM 1984, 1539), stößt inzwischen allerdings zunehmend auf Kritik (vgl. OLG Düsseldorf, NJW 1998, 2225, 2226; LG Limburg, WM 1986, 432; BeckOGK-BGB/Schreindorfer, Stand: 1.9.2018, § 311b Rdnr. 242 ff.; BeckOK-BGB/Gehrlein, Stand: 1.5.2018, § 311b Rdnr. 27; Erman/Grziwotz, BGB, 15. Aufl., § 311b Rdnr. 59; jurisPK-BGB/Ludwig, 8. Aufl., § 311b BGB Rdnr. 283; MünchKomm-BGB/Kanzleiter, 7. Aufl., § 311b Rdnr. 59; Soergel/J. Mayer, BGB, 13. Aufl. 2018, § 311b Rdnr. 205 f.; Staudinger/Schumacher, § 311b Rdnr. 206 ff.; Krüger/Hertel, Der Grundstückskauf, 11. Aufl., Rdnr. 1326; Cramer, ZfIR 2018, 450, 451; Grziwotz, IMR 2018, 121, 122; Kanzleiter, DNotZ 1985, 285 ff.; ders., DNotZ 1998, 954 ff.; Müller, MittRhNotK 1988, 243, 248; Steinbrecher, NJW 2018, 1214 ff.; Weser, MittBayNot 1993, 253, 260; Brambring in FS Hagen, 1999, S. 251, 257 ff.; Pohlmann, Die Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung, S. 141 ff.; Roemer, Die Formbedürftigkeit der Aufhebung und Änderung von Verträgen im Sinne des § 311b Abs. 1 BGB [§ 313 BGB a. F.], 2004, 163 ff.; zust. dagegen BayObLG, BB 1987, 711, 712; OLG Bamberg, MDR 1999, 151; OLG Brandenburg, Beschluss vom 9.12.2015, 10 UF 257/13, juris; Palandt/Grüneberg, 77. Aufl., § 311b Rdnr. 44; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., § 311b BGB Rdnr. 3115a).

**8** Die Kritiker verweisen darauf, dass sich seit der von dem RG begonnenen und von dem Senat übernommenen Rechtsprechung zur Formfreiheit von Änderungen von Grundstückskaufverträgen nach Auflassung die Schutzbedürftigkeit von Verkäufer und Käufer, insbesondere bei Bauträgerverträgen, grundlegend geändert habe. Der historische Gesetzgeber sei davon ausgegangen, dass die Auflassung nicht zusammen mit dem schuldrechtlichen Grundgeschäft beurkundet, sondern vor dem Grundbuchamt erst dann erklärt werde, wenn die wechselseitigen Verpflichtungen im Übrigen erfüllt worden seien. Die Auflassung sei nach vollzogener Erfüllung aller übrigen Verpflichtungen der „Schlusspunkt“ eines Grundstücksgeschäfts gewesen und habe damit auch die Bestätigung der Richtigkeit aller zwischen den Parteien getroffenen Abreden enthalten (vgl. BeckOGK-BGB/Schreindorfer, § 311b Rdnr. 242 ff.; Cramer, ZfIR 2018, 450, 451; Steinbrecher, NJW 2018, 1214, 1216; Brambring in FS Hagen, S. 251, 254 ff.). Heute habe die Auflassung nicht mehr diese Bedeutung. Sie werde aus praktischen Gründen und zum Zwecke der Gebührenersparnis regelmäßig in die Kaufvertragsurkunde aufgenommen. Zum Schutz des Verkäufers seien verfahrensrechtliche Gestaltungen entwickelt worden, durch die trotz erklärter Auflassung der Eigentumsübergang auf den Käufer vor Kaufpreiszahlung verhindert werde (Auflassung mit Vorlagesperre; Auflassung ohne Eintragungsbewilligung; vgl. MünchKomm-BGB/Kanzleiter, § 311b Rdnr. 59; Steinbrecher, NJW 2018, 1214, 1216 ff.; vgl. auch DNotl-

Report 2016, 63, 64; BeckOGK-BGB/Schreindorfer, § 311b Rdnr. 242 ff.; Brambring in FS Hagen, S. 251, 257 ff.; Kanzleiter, DNotZ 1996, 242 ff.; Müller, MittRhNotK 1988, 243, 248; Weser, MittBayNot 1993, 253, 260). Könne eine Vertragsänderung nach Auflassung formfrei vereinbart werden, sei dies mit den Zwecken des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB, insbesondere dem bezweckten Übereilungsschutz, nicht vereinbar. Der Anspruch auf Eigentumsverschaffung sei mit der Auflassung nicht erloschen (§ 362 Abs. 1 BGB), sondern bestehe bis zum Eigentumsübergang fort (Staudinger/Schumacher, § 311b Rdnr. 207; Erman/Grziwotz, BGB, § 311b Rdnr. 59).

**9 c)** Die aufgezeigte Kritik gibt keinen Anlass zu einer Änderung der Rechtsprechung.

**10 aa)** Der Senat hat bereits 1984 keine deutlich überwiegenen oder schlechthin zwingenden Gründe für eine Abkehr von seiner Rechtsprechung gesehen, und zwar auch nicht für den Fall, dass die Kaufvertragsparteien den Notar angewiesen haben, den Eintragungsantrag erst zu stellen, wenn die Zahlung des gesamten Kaufpreises nachgewiesen oder bestätigt war (Urteil vom 28.9.1984, V ZR 43/83, WM 1984, 1539; so auch schon Urteil vom 14.5.1971, V ZR 25/69, WM 1971, 896). Solche Gründe ergaben sich insbesondere nicht daraus, dass der Gesetzgeber durch das Gesetz zur Änderung des BGB und anderer Gesetze vom 30.5.1973 (BGBl. I, S. 501) die Beurkundungspflicht auf die Grundstückserwerbsverpflichtung ausgedehnt hat.

**11 bb)** Gründe für eine Aufgabe der Rechtsprechung liegen auch heute nicht vor. Änderungen eines Grundstückskaufvertrags nach der Auflassung sind formlos möglich, wenn die Auflassung bindend geworden ist (§ 873 Abs. 2 BGB). Das steht mit Sinn und Zweck der Vorschrift des § 311b Abs. 1 BGB in Einklang.

**12 (1)** Die Beurkundungspflicht soll den Beweis über die Art und den Inhalt der Vereinbarungen sichern, den Veräußerer und den Erwerber vor übereilten Verträgen bewahren, sie auf die Wichtigkeit des Geschäfts hinweisen und ihnen durch die Mitwirkung des sachkundigen und unparteiischen Notars die Möglichkeit rechtskundiger Belehrung und Beratung eröffnen (Beweisfunktion; Warn- und Schutzfunktion; vgl. Senat, Urteil vom 23.9.1977, V ZR 90/75, BGHZ 69, 266, 269; Urteil vom 23.2.1979, V ZR 99/77, NJW 1979, 1495, 1496; Urteil vom 6.4.1979, V ZR 72/74, BGHZ 74, 346, 351 f.; Urteil vom 30.4.1982, V ZR 104/81, BGHZ 83, 395, 397; Urteil vom 25.3.1983, V ZR 268/81, BGHZ 87, 150, 153; Urteil vom 26.11.1999, V ZR 251/98, WM 2000, 579, 580; Urteil vom 13.5.2016, V ZR 265/14, NZM 2016, 646 Rdnr. 27; Urteil vom 10.6.2016, V ZR 295/14, DNotZ 2017, 48 Rdnr. 8). Mit der Durchführung eines strengen Regeln unterworfenen Beurkundungsverfahrens, insbesondere durch die dem Notar in §§ 17 ff. BeurkG auferlegten Prüfungs- und Belehrungspflichten, soll sichergestellt werden, dass der Inhalt der Urkunde dem Willen der mit der rechtlichen Tragweite vertraut gemachten Beteiligten entspricht (Gewährsfunktion; vgl. Senat, Urteil vom 10.6.2016, V ZR 295/14, a. a. O.).

**13 (2) (a)** Die Parteien bedürfen des Schutzes aber nicht mehr, wenn der Zweck des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB erreicht ist. Hiervon ist auszugehen, wenn die schuldrechtlichen Erklärun-



gen von Veräußerer und Erwerber beurkundet worden sind und diese zudem die für die angestrebte Rechtsänderung erforderlichen (dinglichen) Erklärungen in bindender Form abgegeben haben. Das ist der Fall, wenn die Auflassung bindend geworden ist (§ 873 Abs. 2 BGB). Dann haben die Vertragsparteien ihre jeweiligen Leistungshandlungen unwiderruflich erbracht. Dafür macht es keinen Unterschied, ob die Auflassung, wie heute regelmäßig, zusammen mit dem Kaufvertrag oder, wie früher, später beurkundet wird. Die für den Eintritt der Bindung nach § 873 Abs. 2 BGB einzuhaltenden Förmlichkeiten, insbesondere die Belehrung über die Bedeutung der Auflassung durch den beurkundenden Notar, gewährleistet, „dass nicht übereilt und leichtfertig über die Rechte an Grund und Boden verfügt wird“ (vgl. Motive III, S. 175; Senat, Urteil vom 25.1.1967, V ZR 172/65, BGHZ 46, 398, 399; Urteil vom 13.7.2012, V ZR 254/11, NJW 2012, 3372 Rdnr. 8). Deshalb hat der Senat für die Bestimmung des Zeitpunkts, ab dem ein Grundstückskaufvertrag formlos abänderbar ist, auf die nach § 873 Abs. 2 BGB bindend gewordene Auflassung abgestellt (vgl. *Hagen* in FS Schippel, 1996, S. 172, 177) und mit ihr die Übereignungs- und Erwerbspflicht als erfüllt angesehen.

**14 (b)** Richtig ist allerdings, dass auch mit einer bindend gewordenen Auflassung noch keine Erfüllung im Sinne von § 362 BGB eingetreten ist. Unter „Leistung“ ist in dieser Vorschrift regelmäßig nicht die Leistungshandlung, sondern der Leistungserfolg zu verstehen (vgl. MünchKomm-BGB/*Fetzer*, § 362 Rdnr. 2 m. N. aus der Rspr.). Seine Eigentumsverschaffungspflicht hat der Veräußerer deshalb erst mit der Eintragung des Erwerbers in das Grundbuch erfüllt (vgl. Senat, Urteil vom 15.10.2004, V ZR 100/04, NJW-RR 2005, 241, 242 f. [zu 2. a) und c]); Urteil vom 19.10.2007, V ZR 211/06, BGHZ 174, 61 Rdnr. 27).

**15** Für die Frage der Formbedürftigkeit von nachträglichen Änderungen kommt es jedoch nicht auf Erfüllung im Sinne des § 362 Abs. 1 BGB, sondern darauf an, dass die geschuldeten Leistungshandlungen unwiderruflich erbracht sind. Dazu gehört die Eintragung nicht, da sie eine behördliche Tätigkeit ist, die die Vertragsparteien aus Rechtsgründen nicht besorgen können (vgl. Senat, Urteil vom 18.6.1971, V ZR 45/69, WM 1971, 1475, 1476; Urteil vom 15.10.2004, V ZR 100/04, WM 2004, 2443, 2446; Urteil vom 19.10.2007, V ZR 211/06, BGHZ 174, 61 Rdnr. 32, 33; Urteil vom 19.1.2018, V ZR 273/16, juris Rdnr. 17). Mit der bindend gewordenen Auflassung haben Veräußerer und Erwerber deshalb alles getan, quasi einen Automatismus in Gang gesetzt, um den Eigentumswechsel zur Eintragung zu bringen. Das rechtfertigt es nach Auffassung des Senats, den Schutzzweck des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB als erreicht anzusehen und weitere Vereinbarungen der Parteien, sofern durch sie nicht Erwerbs- oder Veräußerungspflichten geändert oder neu begründet werden, von der Beurkundungspflicht auszunehmen.

**16 (3)** Unterlägen Vereinbarungen nach bindend gewordener Auflassung der Form des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB, wäre dies zudem der Klarheit und Rechtssicherheit im Rechtsverkehr abträglich.

**17 (a)** Ein Formmangel bei nachträglichen Änderungen eines Grundstückskaufvertrags führt im Zweifel (§ 139 BGB) zur Nichtigkeit des Vertrages mit allen Nebenabreden (§ 125 BGB).

Die Vermutung, dass sich die Nichtigkeit auf den gesamten Vertrag erstreckt, kann zwar, was der tatrichterlichen Würdigung bedarf, durch die besonderen Umstände des Falles widerlegt sein (vgl. Senat, Urteil vom 19.11.1982, V ZR 161/81, BGHZ 85, 315, 318; Urteil vom 11.11.1983, V ZR 150/82, NJW 1984, 974, 975; Urteil vom 17.3.2000, V ZR 362/98, NJW 2000, 2100, 2101). Bis zur Klärung dieser Frage bestünde aber Unsicherheit über die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Kausalgeschäfts.

**18 (b)** Der Vertrag könnte nämlich, soweit er wegen der nachträglichen Änderung insgesamt formunwirksam wäre, nicht geheilt werden. Die Formnichtigkeit des Grundstückskaufvertrags ergreift zwar nicht die mitbeurkundete Auflassung (vgl. Senat, Urteil vom 23.2.1979, V ZR 99/77, NJW 1979, 1495, 1496 m. w. N.), und die Heilung tritt nach § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB auch dann ein, wenn die Auflassung nicht nach den schuldrechtlich getroffenen Vereinbarungen, sondern mit ihnen zugleich beurkundet wird (vgl. Senat, Urteil vom 17.3.1978, V ZR 217/75, NJW 1978, 1577). Diese Wirkung hat die vorformlosen Änderungen des Grundstückskaufvertrags erklärte Auflassung aber, anders als im Schrifttum teilweise vertreten wird (vgl. BeckOGK-BGB/*Schreindorfer*, § 311b Rdnr. 350; MünchKomm-BGB/*Kanzleiter*, § 311b Rdnr. 85; Staudinger/*Schumacher*, § 311b Rdnr. 297; *Harke*, WM 2004, 357, 360; *Pohlmann*, Die Heilung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte durch Erfüllung, S. 141, 144), nicht, weil sie nicht in Erfüllung der formnichtigen Vereinbarungen erfolgt sein kann. Die heilende Wirkung von Auflassung und Eintragung erstreckt sich nur auf die Gesamtheit der vertraglichen Vereinbarungen, die bei der Auflassung Inhalt des Vertrages waren (vgl. Senat, Urteil vom 5.5.1972, V ZR 63/70, NJW 1972, 1364, 1366; Urteil vom 22.12.1982, V ZR 8/81, NJW 1983, 1543, 1545; Urteil vom 6.5.1988, V ZR 50/87, BGHZ 104, 276, 278).

**19 (4)** Die bindend gewordene Auflassung bildet auch dann eine zeitliche Zäsur, ab der nachträgliche Änderungen eines Grundstückskaufvertrags formlos möglich sind, wenn der Vollzug der Auflassung durch Anweisungen der Kaufvertragsparteien an den Notar vorübergehend gesperrt ist.

**20 (a)** Um den Verkäufer davor zu schützen, dass er das Eigentum an seinem Grundstück verliert, ohne den Kaufpreis zu erhalten, wird meist eine Treuhandtätigkeit des Notars nach § 24 BNotO (vgl. Senat, Beschluss vom 26.7.2012, V ZB 288/11, FGPrax 2012, 264 Rdnr. 8) vereinbart. Dem Notar wird die Anweisung erteilt (vgl. § 53 Abs. 2 BeurkG), die Eintragung des Eigentumswechsels erst zu beantragen, wenn ihm die Zahlung des Kaufpreises nachgewiesen ist (oder der Kaufpreis auf dem Notaranderkonto auszahlsreif hinterlegt ist; Vorlagensperre) und vorher dem Käufer und dem Grundbuchamt keine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift der Urkunde zu erteilen, die die Auflassung enthält (Ausfertigungssperre; vgl. DNotI-Report 2016, 63, 64; Armbrüster/Preub/Renner/Seeger, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, 7. Aufl., § 53 BeurkG Rdnr. 33). Ist in einem solchen Fall eine Ausfertigung zur Eintragung einer Eigentumsvormerkung erforderlich, wird das Vorleistungsrisiko des Verkäufers durch die Weisung an den Notar ausgeschaltet, zunächst nur eine auszugsweise Ausfertigung ohne die Auflassung zu erteilen (§ 49 Abs. 5 Satz 1 BeurkG) und diese



zwecks Eintragung der Vormerkung einzureichen. In Betracht kommt auch, dass in der Kaufvertragsurkunde die Bewilligung der Eigentumsumschreibung noch nicht erklärt, sondern dem Notar Vollmacht erteilt wird, die Eintragungsbewilligung namens des Veräußerers zu erklären, sobald ihm die Kaufpreiszahlung nachgewiesen ist (sog. Bewilligungslösung; vgl. DNotI-Report 2016, 63, 64; *Brambring* in FS Hagen, S. 251, 270 ff.; *Kanzleiter*, DNotZ 1996, 242 ff.; *Reithmann*, ZNotP 2005, 322, 323; *Weser*, MittBayNot 1993, 253 ff.).

**21** (b) Solche Abreden ändern nichts daran, dass die Auflassung ohne Vorbehalt und verbindlich erklärt wird. Nur so kann sie ihren Zweck, zu dem Eigentumsübergang zu führen, erfüllen. Insbesondere stellen Veräußerer und Erwerber ihre Einigungserklärungen nicht unter eine Bedingung, was unwirksam wäre (§ 925 Abs. 2 BGB). Es handelt sich vielmehr um vollzugstechnische Abreden, die gerade deshalb erforderlich sind, weil die Auflassung bindend ist.

**22** (5) Deutlich überwiegende oder schlechthin zwingende Gründe für eine Abkehr von dieser Rechtsprechung (vgl. Beschluss vom 4.10.1982, GSZ 1/82, BGHZ 85, 64, 66; Senat, Urteil vom 22.2.1991, V ZR 308/89, BGHZ 113, 384, 386; Urteil vom 10.7.2015, V ZR 229/14, ZfR 2015, 798 Rdnr. 15) sind nicht gegeben. Die Praxis hat sich darauf eingerichtet. Unzuträglichkeiten in der praktischen Anwendung sind nicht bekannt geworden. An der formfreien Abänderbarkeit von Grundstückskaufverträgen nach der Auflassung ist deshalb auch im Interesse der Kontinuität der Rechtsprechung und der Rechtssicherheit festzuhalten.

**23** 3. Danach haben die Parteien nachträglich formfrei wirksam den in der notariellen Urkunde vom 4.5.2011 vereinbarten Kaufpreis um 27.100,76 € auf 282.591,24 € ermäßigt. Bei der in dem Kaufvertrag vereinbarten Anweisung der Parteien an den beurkundenden Notar, eine die Auflassungserklärung enthaltende beglaubigte Abschrift oder Ausfertigung der Urkunde erst zu erteilen, wenn ihm die Zahlung des geschuldeten Kaufpreises nachgewiesen worden ist (sog. Ausfertigungssperre), handelt es sich lediglich um eine den technischen Vollzug betreffende Abrede. Sie steht der Formfreiheit der nachträglichen Änderung des beurkundeten Kaufpreises nicht entgegen.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar **Sebastian Ruhwinkel**, München

Die Entscheidung des BGH vom 14.9.2018 behandelt vor allem die Frage, ob ein § 311b Abs. 1 BGB unterfallendes Rechtsgeschäft nach ordnungsgemäßer Beurkundung formfrei abgeändert werden kann (dazu Ziffer 1. und 2.). Am Rand enthält es auch die, soweit ersichtlich, erste Stellungnahme des BGH zur sog. Bewilligungslösung (dazu Ziffer 3.).

#### 1. Änderung zur Beseitigung von Abwicklungsschwierigkeiten

Der BGH beginnt die Begründung seiner Entscheidung mit einer kursorischen Wiederholung des Stands der Recht-

sprechung und der herrschenden Meinung<sup>1</sup> zur Formpflicht von Änderungen bereits beurkundeter Immobiliengeschäfte. Änderungen sollen zwar grundsätzlich beurkundungsbedürftig, dann aber formfrei sein, wenn sie der Beseitigung unvorhergesehener Abwicklungsschwierigkeiten dienen und nicht zu einer wesentlichen Veränderung der beiderseitigen Verpflichtungen führen.

Dies überzeugt nicht. Vielmehr unterliegen alle Änderungen beurkundungsbedürftiger Immobiliengeschäfte der Beurkundungspflicht.<sup>2</sup> Einerseits ist der Abwicklungsmechanismus eines Immobiliengeschäfts typischerweise sorgfältig austariert, andererseits ist fall- und personenabhängig, was konkret wesentlich oder unwesentlich ist, sodass eine rechtssichere Abgrenzung mit diesem Begriff nur schwer möglich ist.<sup>3</sup> Vor allem führt diese Auffassung zu einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung im Vergleich mit der anfänglichen Beurkundungspflicht des Rechtsgeschäfts, bei der alle Vereinbarungen der Beurkundung bedürfen.

## 2. Änderung nach bereits erklärter Auflassung

Eine weitere Ausnahme von der Beurkundungspflicht macht die Rechtsprechung, wenn die Auflassung bereits bindend erklärt (aber im Grundbuch noch nicht vollzogen) ist. Diese Ausnahme wird vom BGH mit der hier zu besprechenden Entscheidung nochmals bestätigt. Die hierfür genannten Gründe überzeugen jedoch sämtlich nicht:<sup>4</sup>

### a) Schutzzwecke der Beurkundungspflicht

Zunächst erklärt der BGH, den Schutzzwecken des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB sei bereits Genüge getan, wenn sowohl das schuldrechtliche Geschäft als auch die Auflassung be-

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 2.10.1957, V ZR 212/55, WM 1957, 1458; BGH, Urteil vom 29.3.1966, V ZR 145/63, WM 1966, 656 = DB 1966, 978; BGH, Urteil vom 27.10.1972, V ZR 37/71, NJW 1973, 37; BGH, Urteil vom 26.10.1973, V ZR 194/72, NJW 1974, 271; BGH, Urteil vom 9.11.1979, V ZR 38/78, WM 1980, 166; BGH, Urteil vom 2.10.1987, V ZR 42/86, DNotZ 1988, 548 = NJW-RR 1988, 185; BGH, Urteil vom 8.4.1988, V ZR 260/86, NJW 1988, 3263 = DNotZ 1989, 228; auch auf der Basis der Auffassung des BGH unvertretbar weit BGH, Urteil vom 5.4.2001, VII ZR 119/99, DNotZ 2001, 798 m. abl. Anm. *Kanzleiter*; dem BGH letztlich folgend auch *Palandt/Grüneberg*, 78. Aufl. 2019, § 311b Rdnr. 43; *NK-BGB/Ring*, 3. Aufl. 2016, § 311b Rdnr. 48.

<sup>2</sup> Wie hier zum Beispiel *BeckOGK-BGB/Schreindorfer*, Stand: 1.12.2018, § 311b Rdnr. 241 ff.; *BeckOK-BGB/Gehrlein*, Stand: 1.11.2018, § 311b Rdnr. 27; *Erman/Grzivotz*, BGB, 15. Aufl. 2017, § 311b Rdnr. 59; ausführlich *Staudinger/Schumacher*, Neub. 2018, § 311b Abs. 1 Rdnr. 206 ff.; *Kanzleiter*, DNotZ 1985, 285.

<sup>3</sup> Beispiel: Objektiv ist eine ein bis zwei Wochen spätere Zahlung nicht wesentlich. Wenn der Käufer dann Bereitstellungszinsen zahlen muss, der Verkäufer eigenen Zahlungspflichten nicht nachkommen kann (beispielsweise, weil bei der von ihm gekauften Immobilie die Fälligkeit früher eintritt, als gedacht), ist das aus der Sicht der betroffenen Partei aber anders.

<sup>4</sup> Wie hier und mit überwiegend ähnlicher Argumentation wie im Folgenden zum Beispiel *BeckOGK-BGB/Schreindorfer*, § 311b Rdnr. 241 ff.; *BeckOK-BGB/Gehrlein*, § 311b Rdnr. 27; *Erman/Grzivotz*, BGB, § 311b Rdnr. 59; ausführlich *Staudinger/Schumacher*, § 311b Abs. 1 Rdnr. 206 ff.; *Kanzleiter*, DNotZ 1985, 285; a. A. *NK-BGB/Ring*, § 311b Rdnr. 48; *Palandt/Grüneberg*, § 311b Rdnr. 44.

urkundet seien. Dieses Argument überzeugt schon deshalb nicht, weil es nur um Änderungen des schuldrechtlichen Geschäfts und nicht der Auflassung geht und weil die Zwecke des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB auch nur das schuldrechtliche Geschäft betreffen. Ob die Auflassung erklärt ist, mag im isolierten Blick (nur) auf den Übereilungsschutz während der Zeit eine Rolle gespielt haben, in der nur die Veräußerungspflicht beurkundungsbedürftig war. Vor dem Hintergrund der weiteren Schutzzwecke (Beweissicherung, Beratungs- und Belehrungsfunktion) und weil heute auch der Erwerber (vor dem Erwerb zu unüberlegten Bedingungen) geschützt werden soll,<sup>5</sup> kann man dem so aber nicht mehr folgen.

#### b) Beeinträchtigung der Rechtssicherheit durch Formzwang?

Der BGH erklärt weiter, falls trotz erklärter Auflassung nachträglich Änderungen beurkundungspflichtig wären, führe die dann drohende Verletzung der Formvorschrift dazu, dass der gesamte (!) Vertrag, also auch das ursprüngliche Geschäft, nach § 125 BGB unwirksam sei, wenn nicht die Vermutung des § 139 BGB entkräftet werden könne. Dabei lässt der BGH aber unberücksichtigt, dass es einen gültigen Vertrag gibt, der zu erfüllen ist, wenn die Parteien sich nicht wirksam über eine Abänderung oder Aufhebung einigen.<sup>6</sup> Eine solche Änderung ist nicht wirksam erfolgt, wenn sie nicht beurkundet ist.<sup>7</sup> Rechtsunsicherheit würde erst durch die Parteien selbst erzeugt, wenn sie nachträglich formlos Vereinbarungen treffen. Diese können die Beweisfunktion und Gültigkeitsgewähr der notariellen Urkunde nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB nur dann schwächen, wenn man sie nicht der Beurkundungspflicht unterwirft.

#### c) Erfüllungswirkung der Auflassung

Das scheinbare Problem der Unwirksamkeit des gesamten Vertrags stellt sich für den BGH in besonderer Schärfe, weil nach seiner Auffassung nur eine Auflassung „zur“ Erfüllung der schuldrechtlichen Vereinbarungen zur Heilung nach § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB führt.<sup>8</sup> Das wiederum setzt nach dem BGH voraus, dass die Auflassung spätestens gleichzeitig mit dem zu erfüllenden Rechtsgeschäft erklärt wird. Eine Heilung kann nach seiner Auffassung daher bei Formnichtigkeit nachträglich schuldrechtlicher Vereinbarungen nicht erfolgen, selbst wenn danach das Eigentum aufgrund der bereits vorher erklärten Auflassung umgeschrieben wird.

5 Vgl. zur Gewichtung der Schutzzwecke und zum Bedeutungswandel MünchKomm-BGB/Ruhwinkel, 8. Aufl. 2019, § 311b Rdnr. 3.  
 6 Für die Wirksamkeit des ursprünglichen Vertrags beispielsweise auch RGZ 65, 390, 392; Staudinger/Schumacher, § 311b Abs. 1 Rdnr. 205; Erman/Grziwotz, BGB, § 311b Rdnr. 69; Palandt/Grüneberg, § 311b Rdnr. 41; BeckOGK-BGB/Schreindorfer, § 311b Rdnr. 247.  
 7 Dass man in jeder Änderung eine Aufhebung des ursprünglichen Vertrags und einen Neuabschluss zu den geänderten Bedingungen sehen muss – dann wäre das Argument des BGH zutr. –, ist sicher nicht gewollt.  
 8 Vgl. BGH, Urteil vom 8.10.2004, V ZR 178/03, MittBayNot 2005, 222 m. Anm. Ruhwinkel.

Daran ist lediglich zutreffend, dass eine Heilung nach § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB nur dann eintritt, wenn das gesamte Immobiliengeschäft durch den Vollzug der Auflassung erfüllt ist, denn ausschließlich in diesem Fall ist der Zweck von § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB,<sup>9</sup> nämlich die Gewährung von Rechtssicherheit über den Erwerb, erreicht. Der BGH schafft aber für § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB einen eigenen Erfüllungsbegriff, der von dem des § 362 Abs. 1 BGB (bei dem es auf den Leistungserfolg ankommt) bewusst abweicht. Warum das, bezogen auf § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB, irgendeinen Vorteil bringen soll, bleibt unklar. Auch sonst lässt der BGH die Heilung (entsprechend der klaren gesetzlichen Regelung) erst mit Vollzug der Auflassung im Grundbuch eintreten.<sup>10</sup> Eine Begründung dafür sucht man sowohl in der zu besprechenden Entscheidung als auch in den vom BGH zitierten Entscheidungen vergeblich. Geht es bei § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB um den Ausschluss von Kondiktionsansprüchen, wäre es eigentlich nahe liegend, auf die allgemeinen Grundsätze des Erfüllungs- bzw. Bereicherungsrechts und damit auf die Leistungs- und Tilgungszweckbestimmung zurück zu greifen, die (zumindest insoweit) nach herrschender Meinung synchron sind.<sup>11</sup>

Die Zäsur, die der BGH sucht, wird also vom Gesetz vorgegeben: Es ist nicht die unwiderrufliche Erbringung von Leistungshandlungen, nicht einmal die einseitig unwiderrufliche Stellung des vollzugsfähigen Eigentumsumschreibungsantrags, sondern die Umschreibung des Eigentums selbst. Erst dann ist eine neue Rechtslage eingetreten, die nach § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB die Kondiktionsfestigkeit des Erwerbs rechtfertigt. Eine Änderung der Gesetzeslage ist daher ebenfalls nicht nötig.<sup>12</sup>

Richtig ist, dass eine Tilgungsvereinbarung, d. h. die Erweiterung der Erfüllungswirkung der schon erklärten Auflassung, auch nach der Auflassung geschlossen werden kann. Diese Abrede wäre zwar eigentlich beurkundungsbedürftig. Heilung nach § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB tritt jedoch trotzdem ein und erstreckt sich auch auf diese Erfüllungsvereinbarung.<sup>13</sup>

9 Vgl. Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, 1899, S. 105: „(...) womit viele Streitigkeiten (...) abgeschnitten werden“; und Mugdan, a. a. O., S. 622: „(...) mit dem Interesse der Rechtssicherheit unvereinbar, (...) dem Verkäufer während der ganzen Verjährungsfrist den Kondiktionsanspruch (...) zuzugestehen“.  
 10 BGH, Urteil vom 31.1.1961, V ZR 6/60, DNotZ 1961, 314.  
 11 Vgl. z. B. Palandt/Grüneberg, § 812 Rdnr. 14; MünchKomm-BGB/Schwab, § 812 Rdnr. 53 f.  
 12 So aber Böttcher, NJW 2018, 3525, 3526, der Folgerungen daraus zieht, dass die Frage der Beurkundung von Änderungen nicht ausdrücklich geregelt wurde; aus meiner Sicht regelt der Gesetzgeber aber mit Recht Dinge nicht ausdrücklich, wenn sie sich ohnehin schon aus dem Gesetz ergeben; Folgerungen kann man daraus jedenfalls keine ziehen.  
 13 Sonst wäre auch bei anfänglicher Formnichtigkeit nie eine Heilung nach § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB möglich, jedenfalls nicht in Fällen, in denen der objektive Leistungserfolg für die Erfüllung nicht genügt, sondern eine Tilgungsbestimmung oder -vereinbarung nötig ist.

d) Keine Auswirkung von Vollzugssperren im Grundstücksvertrag?

Bedeutungslos soll es nach dem BGH auch sein, ob der Vollzug der Eigentumsumschreibung nach den vertraglichen Vereinbarungen gesperrt ist, sei es dadurch, dass der Notar einseitig nicht abänderbar angewiesen ist, keine Ausfertigungen und beglaubigten Abschriften des Vertrags vor dem Nachweis der Erbringung der Gegenleistung zu erteilen, sei es dadurch, dass die Auflassung ausdrücklich ohne Bewilligung erklärt wird.

Letztlich führt der BGH hier nur seine Auffassung konsequent zu Ende. Widersprüchlich ist das dennoch: Hinsichtlich der Heilungsmöglichkeit argumentiert der BGH damit, dass mit der bindenden Auflassung ein „Automatismus in Gang gesetzt“ sei, der letztlich zur Eigentumsumschreibung führe. Warum das stimmt, wenn bzw. solange dieser Automatismus durch das Fehlen weiterer Mitwirkungshandlungen (beispielsweise der Kaufpreisbestätigung durch den Verkäufer) gestört werden kann, ist nicht verständlich. Der BGH sieht diesen Punkt auch, erklärt aber lapidar, die Auflassung sei dennoch bindend, weshalb dies unbeachtlich sei. Es gibt aber einen Grund dafür, warum der Gesetzgeber in § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB auf den Eigentumsübergang abgestellt hat: Auch bei bindender Auflassung kann der Eigentumserwerb verhindert werden, wenn die Auflassung wirksam kondiziert wird. Das ist bei formunwirksamem Grundgeschäft selbstverständlich möglich.<sup>14</sup> Die Vorverlagerung auf die bindende Auflassung ist daher systemwidrig und überflüssig.

e) Folgerungen

Darauf, dass die Rechtsprechung des BGH grundsätzlich nicht dem Schutz des unerfahrenen Beteiligten dient, sondern allenfalls zufällig sachgerecht erscheint, hat bereits *Grziwotz*<sup>15</sup> hingewiesen; dem kann man sich nur anschließen. Aus all diesen Gründen hätten jedenfalls deutlich überwiegende (wenn nicht sogar zwingende) Gründe für eine Änderung der Rechtsprechung bestanden. Diese bestehen angesichts der Begründung der hier besprochenen Entscheidung weiterhin.

Überdenken kann man, ob und in welchen Fällen in das Grundstücksgeschäft nun eine Vereinbarung dahin aufgenommen werden sollte, nach der auch Änderungen nach der Auflassung, aber vor der Eigentumsumschreibung beurkundungsbedürftig sind. Eine Pflicht dazu besteht nach der Argumentationslinie, die der BGH verfolgt, sicherlich nicht.

Einer Wiederholung der Auflassung bedarf es nicht nur nach der hier vertretenen Auffassung bei späteren Änderungen des schuldrechtlichen Geschäfts in notariell beurkundeter

Form nicht. Sie ist auch nach der Auffassung des BGH entbehrlich, weil es auf die Heilung nach § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB ja gar nicht mehr ankommt, wenn alle Vereinbarungen beurkundet sind.

### 3. Bestätigung der Bewilligungslösung

So unzufrieden den Vertragsgestalter die Entscheidung des BGH eigentlich zurücklässt, einen positiven Aspekt gibt es dennoch: Soweit ersichtlich, hat der BGH zum ersten Mal in tragenden Gründen einer Entscheidung die sog. Bewilligungslösung anerkannt. Er hat bestätigt, dass gegen diese Lösung nicht die Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung (§ 925 Abs. 2 BGB) streitet (ohne das ausdrücklich zu begründen: Richtig ist, dass sich die Bedingungsfeindlichkeit eben nur auf die materiellrechtlichen Erklärungen, nicht die zum Vollzug nötigen verfahrensrechtlichen Erklärungen bezieht). Weiter ergibt sich aus den Ausführungen, dass der BGH die Bewilligungslösung für tragfähig hält, dass also zusätzlich zur materiellrechtlichen Einigung eine Bewilligung nötig ist.<sup>16</sup> Wenn er der Auffassung wäre, dass eine Bewilligung neben der Auflassung gar nicht nötig sei, hätte dies wesentlich besser zu seiner Argumentation gepasst (dann wäre der Vollzug nämlich gar nicht „gesperrt“ gewesen). Wer (wie ich selbst auch<sup>17</sup>) daran Zweifel gehabt hat, kann die Bewilligungslösung jedenfalls ab jetzt als sicher ansehen.

<sup>16</sup> Für die Notwendigkeit einer Bewilligung ausführlich und m. w. N. Bauer/Schaub/Kössinger, GBO, 4. Aufl. 2018, § 19 Rdnr. 40 f. m. w. N. aus der Rspr. des BGH; OLG Stuttgart, Beschluss vom 11.10.2007, 8 W 353/07, DNotZ 2008, 456; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.11.2009, I-3 Wx 231/09, MittBayNot 2010, 307 m. Anm. Demharter; OLG München, Beschluss vom 18.8.2011, 34 Wx 320/11, ZEV 2012, 415; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 97; Erman/Artz, BGB, § 311b Rdnr. 73; gegen die Notwendigkeit einer Bewilligung Wolfsteiner, Rpfleger 1990, 505; Kessler, ZNotP 2005, 176.

<sup>17</sup> Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 26. Aufl. 2019, § 56 Rdnr. 21.

<sup>14</sup> Vgl. dazu und zu den die Heilung hindernden Wirkungen eines im einstweiligen Rechtsschutz ergangenen Erwerbsverbots MünchKomm-BGB/Ruhwinkel, § 311b Rdnr. 91.

<sup>15</sup> ZfR 2018, 793, wobei die Ausführungen über die von *Grziwotz* behandelte Konstellation Bauträger – Verbraucher hinaus verallgemeinerungsfähig sind auf alle anderen Fälle mit größerem Wissens- oder Geschäftsgewandtheitsgefälle zwischen den Beteiligten am Immobiliengeschäft.

### 3. Sozialbindung einer Wohnung als Rechtsmangel

BGH, Urteil vom 14.9.2018, V ZR 165/17 (Vorinstanz: OLG Celle, Urteil vom 4.5.2017, 16 U 133/16)

BGB §§ 280, 281 Abs. 1 Satz 1, § 435 Satz 1, § 437 Nr. 3, § 444  
WoBindG § 6

#### LEITSÄTZE:

1. Die Sozialbindung einer mit öffentlichen Mitteln geförderten Wohnung stellt einen Rechtsmangel dar (Bestätigung von Senat, Urteil vom 21.1.2000, V ZR 387/98, NJW 2000, 1256; Urteil vom 28.10.1983, V ZR 235/82, WM 1984, 214; Urteil vom 9.7.1976, V ZR 256/75, BGHZ 67, 134, 135 f.).
2. Die Ursächlichkeit der Arglist für den Kaufentschluss ist im Rahmen von § 444 BGB unerheblich; das gilt auch dann, wenn sich das arglistige Verschweigen auf einen Rechtsmangel bezieht (im Anschluss an Senat, Urteil vom 15.7.2011, V ZR 171/10, BGHZ 190, 272 Rdnr. 13).

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2018, 48.

### 4. Ausschluss unbekannter Gläubiger

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.10.2018, I-3 Wx 145/17

BGB §§ 1162, 1170 Abs. 1 Satz 1

#### LEITSÄTZE:

1. Der Gläubiger eines Briefgrundpfandrechts ist unbekannt, wenn der für das Recht erteilte Brief unauffindbar und der Aufenthalt des letzten bekannten Inhabers unbekannt ist; hierfür ist ausreichend, dass sich nicht feststellen lässt, in wessen Händen sich der Brief befindet. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Das Aufgebotsverfahren nach § 1170 Abs. 1 Satz 1 BGB setzt voraus, dass seit der letzten sich auf das Recht beziehenden Grundbucheintragung zehn Jahre verstrichen sind. Nach dem Zweck der Vorschrift sind hiermit nur solche Eintragungen gemeint, bei denen der Gläubiger des Rechts mitwirken musste. (Leitsatz der Schriftleitung)

#### SACHVERHALT:

1 I. Als Eigentümer des im hiesigen Beschlusseingang bezeichneten, umfangreichen Grundbesitzes war seit 1971 der Ehemann der Beteiligten eingetragen. Die hier in Rede stehenden Grundpfandrechte – vier Briefgrundschulden – stammen aus den Jahren 1973 bis 1975; weitere Grundpfandrechte sind nicht verzeichnet. Am 7.10.2015 starb der Eigentümer und mit Datum vom 13.6.2016 wurde die Beteiligte aufgrund Erbfolge als (alleinige) neue Eigentümerin eingetragen.

2 Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 28.4.2017 hat die Beteiligte ihren Aufgebotsantrag vom 12.4.2017 nebst Anlagen zur Grundakte gereicht und im Wesentlichen beantragt, jeweils den unbekanntem Berechtigten der vier besagten Grundschulden gemäß § 1170 BGB im Wege des Aufgebotsverfahrens auszuschließen und einen entsprechenden Ausschließungsbeschluss zu erlassen. (...)

3 Durch die angefochtene Entscheidung hat das AG den Aufgebotsantrag zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, die Beteiligte habe nicht hinreichend glaubhaft gemacht, dass innerhalb der in § 1170 BGB genannten Frist von zehn Jahren weder eine Anerkennung der Gläubigerrechte noch eine Abtretung, Verpfändung oder Pfändung erfolgt sei. Gegen diesen Beschluss wendet sich die Beteiligte (...).

(...)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

7 2. Es hat auch in der Sache Erfolg. Der Antrag der Beteiligten ist zulässig – insbesondere ist sie als Eigentümerin des Grundbesitzes nach § 448 Abs. 1 FamFG antragsberechtigt – und begründet, weil die Voraussetzungen des § 1170 Abs. 1 Satz 1 BGB erfüllt sind.

8 a) Zu Recht hat das AG – insoweit in Übereinstimmung mit der Beteiligten – den Anwendungsbereich der genannten Vorschrift für eröffnet erachtet.

9 Gemäß § 1170 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Gläubiger eines Grundpfandrechts mit seinem Recht im Wege des Aufgebotsverfahrens ausgeschlossen werden, wenn er unbekannt ist sowie seit der letzten sich auf das Recht beziehenden Grundbucheintragung zehn Jahre verstrichen sind und das Recht innerhalb dieser Frist nicht von dem Eigentümer – in einer bestimmten Weise – anerkannt worden ist. Der Gläubiger eines Briefgrundpfandrechts ist im vorgenannten Sinne auch dann unbekannt, wenn der für das Recht erteilte Brief unauffindbar und der Aufenthalt des letzten bekannten Inhabers unbekannt ist (BGH, NJW-RR 2009, 660 f. mit eingehender Begründung und w. N.; BGH, NJW-RR 2014, 1360 f.); im Ergebnis ist der Gläubiger eines Briefrechts damit schon unbekannt, wenn sich nicht feststellen lässt, in wessen Händen sich der Brief befindet (so ausdrücklich BGH, NJW-RR 2009, 660 f.; ferner: OLG München, Rpfleger 2018, 380 ff.; jurisPK-BGB/Reischl, Stand: 1.4.2017, § 1170 Rdnr. 10; BeckOK-BGB/Rohe, Stand: 1.8.2018, § 1170 Rdnr. 5).

10 Allerdings ist gegen diese Grundsätze eingewandt worden, der Begriff des unbekanntem Gläubigers dürfe nicht zu weit gefasst werden; sei ein Gläubiger eines Briefgrundpfandrechts mit Name, Anschrift und Aufenthalt bekannt, werde er nicht allein dadurch im Sinne des § 1170 BGB unbekannt, dass der Brief abhandengekommen sei (so KG, Beschluss vom 25.10.2010, 12 W 30/10 [BeckRS 2010, 27965]; anders jetzt KG, MDR 2015, 362 f.). Diese Erwägung trifft jedoch zumindest dann nicht, wenn ein Eigentümer vor die Wahl gestellt ist, entweder ein Verfahren nach § 1170 BGB oder ein solches nach § 1162 BGB zu betreiben und ihm letzterer Weg verschlossen ist, was nach verbreiteter Ansicht der Fall ist, wenn der Antragsteller als Rechtsnachfolger eines Eigentümers handelt und das Unterbleiben von Verfügungen dieses Voreigentümers nicht an Eides statt versichern kann (vgl. *Heckel*,



DNotZ 2017, 348, 366 f.; Staudinger/Wolfsteiner, Neub. 2015, § 1162 Rdnr. 1). Zwar hat der erkennende Senat (in: FGPrax 2013, 134 f.) zum letztgenannten Punkt für Briefgrundschulden in der Vergangenheit – in Verfahren nach § 1162 BGB – eine im Ergebnis abweichende Meinung vertreten. Doch zum einen hat der Standpunkt des Senats Kritik erfahren und erscheint offen, ob an ihm nach erneuter Überprüfung festgehalten würde. Zum anderen und vor allem ist es nicht gerechtfertigt, eine vorhandene höchstrichterliche Rechtsprechung – hier zum Tatbestandsmerkmal „unbekannt“ in § 1170 Abs. 1 Satz 1 BGB – einzuschränken, wenn auch nur die Möglichkeit besteht, dass Grundstückseigentümer dadurch, nämlich wegen Versagung beider Arten des Aufgebots und des Verweises auf materiellrechtliche Rechtsbehelfe, vermeidbar Rechtsnachteile erleiden.

**11** Hier sind die Grundschuldbriefe nach dem Vorbringen der Beteiligten unauffindbar und lässt sich damit – sollten sie noch existieren – nicht feststellen, in wessen Händen sie sich befinden.

**12** b) Nach dem Inhalt des Grundbuchblattes erfüllt ist das Erfordernis des Ablaufs von zehn Jahren seit der letzten sich auf die Rechte beziehenden Grundbucheintragung.

**13** Dem Zweck der Vorschrift entsprechend, sind nach weit- aus überwiegender und vorzugswürdiger Auffassung hiermit nur solche Eintragungen gemeint, bei denen der Gläubiger des Rechts mitwirken musste (Übersicht zum Meinungsstand bei BGH, NJW 2014, 693 ff.).

**14** Hier erfolgte die jeweilige Löschung der Worte „mit dem Vorrang vor dem Recht Abteilung II Nr. 5“ (...) vor mehr als zehn Jahren. Die jeweilige Änderung in Spalte 2 der Abt. III (betreffend die laufende Nummer der belasteten Grundstücke im Bestandsverzeichnis) (...) bedurfte jedenfalls nicht der Mitwirkung der eingetragenen Grundschuldläubiger. Darüber hinaus sind aus den letzten zehn Jahren keine die eingetragenen Grundpfandrechte betreffenden Grundbucheintragungen ersichtlich.

**15** c) Weiterhin erforderlich ist, dass kein Anerkenntnis der Gläubigerrechte innerhalb der Zehnjahresfrist erfolgt ist.

**16** Versteht man hierunter nur ein Anerkenntnis der Rechte der eingetragenen Gläubiger (so die Formulierung BGH, NJW 2014, 693 ff. Tz. 14), ist die Abwesenheit derartiger Anerkenntnisse im vorliegenden Fall ohne Weiteres glaubhaft gemacht. Denn die eingetragenen Gläubiger haben selbst erklärt, die den Grundpfandrechten zugrunde liegenden Darlehen seien seit über die Aufbewahrungsfristen für die Unterlagen hinausgehender Zeit vollständig zurückgeführt; dann ist kein vernünftiger Grund erkennbar, der den Ehemann der Beteiligten oder diese selbst veranlasst haben könnte, Anerkenntnishandlungen gegenüber den eingetragenen Gläubigern in den letzten zehn Jahren vorzunehmen.

**17** d) Demnach hängt alles davon ab, ob es andere, nicht eingetragene Gläubiger gibt, die die Buchgrundschulden durch Abtretung vom Voreigentümer erworben haben oder im Wege von Verpfändung oder Pfändung in die Gläubigerstellung „ingerückt“ sind. Denn gäbe es diese, wäre entweder der Gläubiger effektiv nicht unbekannt oder bestünden zumin-

dest nahe liegende und mit zumutbarem Aufwand zu erschließende Erkenntnisquellen zu dessen Person und dem Verbleib des (jeweiligen) Briefes; vor allem erschiene es im Grundsatz nicht fern liegend, dass es innerhalb der letzten zehn Jahre zu Anerkenntnissen gegenüber den nicht eingetragenen Gläubigern gekommen sein könnte. Der Antrag auf Durchführung des Aufgebotsverfahrens kann nur Erfolg haben, wenn glaubhaft ist, dass solche nicht eingetragenen Gläubiger nicht existieren. Das jedoch ist der Fall.

**18** Die Nichtexistenz hat die Beteiligte als Antragstellerin glaubhaft zu machen, §§ 449, 450 Abs. 1 FamFG. Bei der Glaubhaftmachung reicht regelmäßig die überwiegende Wahrscheinlichkeit aus (Keidel/Sternal, FamFG, 17. Aufl. 2017, § 31 Rdnr. 3 m. N.). Nach § 450 Abs. 3 Satz 1, § 31 Abs. 1 FamFG genügt die Versicherung des Antragstellers an Eides statt, doch kann der Erklärende hierdurch nur sein eigenes Wissen glaubhaft machen (Keidel/Sternal, FamFG, § 31 Rdnr. 12 m. N.).

**19** Nach diesen Grundsätzen kann die Beteiligte die Abwesenheit von Abtretungen, Verpfändungen, Pfändungen, Briefaushändigungen an Dritte oder Anerkenntnishandlungen aus eigenem Wissen lediglich für die Zeit nach dem Tode ihres Ehemannes am 7.10.2015, dem Beginn ihrer eigenen Eigentümerstellung, bekunden. Insoweit besteht kein Anlass, am Überzeugungswert ihrer eidesstattlichen Versicherung im Aufgebotsantrag zu zweifeln. Für die Zeit von April 2007 (zehn Jahre vor Antragstellung) bis Oktober 2015 könnte die Beteiligte allenfalls dann aus eigener Kenntnis eidesstattlich versichern, der Voreigentümer – ihr Ehemann – habe nicht entsprechend gehandelt, wenn sie in jener Zeit unter gänzlichem Ausschluss ihres Mannes sämtliche auf den Grundbesitz bezogenen Geschäfte selbst erledigt hätte; eine solche Ausschließlichkeit behauptet sie selbst nicht, diese stünde auch in gewissem Widerspruch zu ihrer weiteren Angabe, sie könne nicht ausschließen, dass ihr Mann die Löschungsunterlagen vernichtet habe.

**20** Allerdings kann ihre Versicherung zwanglos dahin verstanden werden, für die Zeit von 2007 bis 2015 seien ihr keinerlei Anzeichen für auf Rechtsänderungen oder Anerkenntnisse bezogene Handlungen ihres Mannes bekannt geworden. Eine eidesstattliche Versicherung mit solchem Inhalt kann im Rahmen der freien Beweiswürdigung (§ 37 Abs. 1 FamFG) für die Gewinnung überwiegender Wahrscheinlichkeit genügen, wenn sonstige Umstände des Falles für die sachliche Richtigkeit des Wissensstandes sprechen (Staudinger/Wolfsteiner, § 1170 Rdnr. 27). Im gegebenen Fall gewinnt das Vorbringen der Beteiligten, nach der Gestaltung ihres ehelichen Zusammenlebens mit steter gegenseitiger Unterrichtung in wirtschaftlich wesentlichen Fragen und der Gepflogenheit, dass „die Korrespondenz“ durch sie selbst erledigt worden sei, wären ihr derartige Handlungen ihres Mannes nicht verborgen geblieben, Überzeugungswert dadurch, dass es sich ausweislich des Grundbuchblattes bei dem hiesigen umfangreichen Grundbesitz nicht um ein Spekulationsobjekt, sondern um ein seit Jahrzehnten in Familienbesitz befindliches Anwesen handelt, das in Abt. II seit den 1990er Jahren lastenfrei ist und in Abt. III einzig – dem Anschein nach im Zusammenhang mit dem Eigentumsübergang auf den Ehemann der Beteiligten –

in den 1970er Jahren mit den hier gegenständlichen vier Briefgrundschulden belastet wurde, die insgesamt einen (im Hinblick auf den Grundbesitz) eher geringfügigen Umfang hatten und nach den Ausführungen der Darlehensgeber seit langem ordnungsgemäß zurückgeführt sind. Es ist schlechterdings nicht zu ersehen, was 2007 und später für den Eigentümer Anlass hätte sein sollen, die vier Grundpfandrechte erneut als Kreditunterlagen zu verwenden.

(...)

## 5. Antrag auf öffentliche Bekanntmachung der Kraftloserklärung der Vollmachtsurkunde

OLG München, Beschluss vom 27.6.2018, 34 Wx 438/17

BGB §§ 168, 172, 175, 176

FamFG § 10 Abs. 2 Satz 1, § 58 Abs. 1, § 63 Abs. 1, § 69 Abs. 1 Satz 1

### LEITSATZ:

**Infolge der einer Vollmachtsurkunde innewohnenden Legitimationswirkung besteht in der Regel ein Rechtsschutzinteresse des Vollmachtgebers an der Kraftloserklärung der Urkunde, für die er der Mitwirkung des Gerichts durch Bewilligung der öffentlichen Bekanntmachung seiner rechtsgestaltenden Erklärung bedarf.**

### SACHVERHALT:

1 I. Das Verfahren betrifft die öffentliche Bekanntmachung einer von den Beteiligten zu 1 und 2 bei Gericht eingereichten Erklärung, mit der sie als Rechtsnachfolger des Vollmachtgebers eine zu notarieller Urkunde erteilte Vollmacht für kraftlos erklären.

2 Die Beteiligten zu 1 und 2 sind die alleinigen Erben des am 8.10.2015 verstorbenen Vollmachtgebers. Dieser hatte zu notarieller Urkunde vom 18.9.2014, überschrieben als „Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung“, dort Abschnitt „I. Vollmacht“, seiner Ehefrau die nicht übertragbare Vollmacht erteilt, ihn in allen persönlichen, vermögensrechtlichen und sonstigen Angelegenheiten uneingeschränkt gegenüber jedermann zu vertreten. Ausdrücklich ist angeordnet, dass die Vollmacht über den Tod des Vollmachtgebers hinaus wirksam bleibt. Gemäß Unterabschnitt „1. Vermögensangelegenheiten“ ist die Bevollmächtigte von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit und in Vermögensangelegenheiten zur Erteilung von Untervollmachten berechtigt. Laut Unterabschnitt „3. Widerruf“ ist die Vollmacht jederzeit widerruflich.

(...)

4 Eine notarielle Ausfertigung der Vorsorgevollmacht wurde für die Bevollmächtigte erteilt und am 23.9.2014 an den Vollmachtgeber übergeben oder übersandt.

5 Nachdem die Beteiligten zu 1 und 2 mit Schreiben vom 27.4.2016 von der Bevollmächtigten unter gleichzeitigem Vollmachtswiderruf erfolglos die Herausgabe sämtlicher, der Bevollmächtigten vorliegenden schriftlichen Vollmachten verlangt hatten, stellten sie mit Anwaltschriftsatz vom 28.4.2017 beim AG, in dessen Zuständigkeitsbezirk die Bevollmächtigte wohnt, unter Verweis auf § 176 BGB den Antrag, folgende Kraftloserklärung öffentlich bekannt zu machen:

„Die Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung des zwischenzeitlich verstorbenen Herrn (...) (= Vollmachtgeber) zugunsten

der ehemals Bevollmächtigten (...) (= Beteiligte zu 3) des Notars (...) vom 18.9.2014, Urkundennummer (...), wird für kraftlos erklärt.“

Weiter beantragten sie, die Verfahrenskosten der (ehemals) Bevollmächtigten als Antragsgegnerin aufzuerlegen, weil diese die Herausgabe der Vollmachtsurkunde verweigere.

6 Die hierzu angehörte Bevollmächtigte führte zum Verfahrensgegenstand aus und stellte den Antrag,

die Kosten des Verfahrens den Antragstellern aufzuerlegen.

7 Eine Urkundsausfertigung sei zu Händen des Vollmachtgebers erteilt worden. Hingegen habe sie zu keiner Zeit eine Ausfertigung erhalten oder besessen. Der Verbleib der einzigen Ausfertigung sei ihr nicht bekannt. Sie sei daher zur Herausgabe unverschuldet nicht in der Lage. Hierüber habe sie die Beteiligten zu 1 und 2 informiert. Weil sie den Vollmachtswiderruf zu keiner Zeit angezweifelt und außerdem von der Vollmacht keinen Gebrauch gemacht habe, habe sie die Antragstellung nicht veranlasst.

8 Mit Beschluss vom 22.8.2017 hat das AG ausgesprochen:

9 Der Antrag auf Kraftloserklärung der Vollmachtsurkunde (...) vom 18.9.2014 wird zurückgewiesen.

10 Die Kosten des Verfahrens hat es den Antragstellern auferlegt. Zur Begründung ist ausgeführt, ein Rechtsschutzbedürfnis der Antragsteller sei nicht zu erkennen. Der Vollmachtgeber sei verstorben. Eine missbräuchliche Verwendung der Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung drohe nicht. Der zwischen den Beteiligten fortdauernde Streit wegen des Nachlasses könne Anlass für ein Verfahren geben, in dem materielle Prüfungen vorzunehmen sind, nicht jedoch für das hier von den Antragstellern gewählte formelle Verfahren.

11 Gegen die ihnen am 28.8.2017 zugestellte Entscheidung wenden sich die Beteiligten zu 1 und 2 mit der am 20.9.2017 beim Ausgangsgericht eingegangenen Beschwerde, mit der sie beantragen, unter Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung „folgende“ Kraftloserklärung öffentlich bekannt zu machen; die im Beschwerdeschriftsatz formulierte Kraftloserklärung bleibt allerdings insofern hinter der erstinstanzlichen Erklärung zurück, als sie nur die in der Urkunde enthaltene „Verfügung“ bezeichnet.

12 Das AG hat nicht abgeholfen.

13 Das Beschwerdegericht hat darauf hingewiesen, dass der Beschwerdeantrag versehentlich unvollständig formuliert sein dürfte. Daraufhin haben die Beteiligten zu 1 und 2 mit Schriftsatz vom 19.6.2018 ihren Antrag korrigiert. Sie beantragen nunmehr nur noch unter Zurücknahme des weitergehenden Antrags, folgende Kraftloserklärung öffentlich bekannt zu machen:

14 „Die Vorsorgevollmacht des zwischenzeitlich verstorbenen Herrn (...) (= Vollmachtgeber) zugunsten der ehemals Bevollmächtigten (...) (= Beteiligte zu 3) des Notars (...) vom 18.9.2014, Urkundennummer (...), wird für kraftlos erklärt.“

(...)

### AUS DEN GRÜNDEN:

16 II. Das Rechtsmittel hat Erfolg und führt unter Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung zu der Anweisung an das hierfür zuständige AG, über die Bewilligung der öffentlichen Zustellung der von den Antragstellern formulierten Kraftloserklärung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Beschwerdegerichts neu zu entscheiden.

17 1. Das Rechtsmittel ist zulässig.

18 Gegen den die Kraftloserklärung verweigernden Beschluss ist nach § 58 Abs. 1 FamFG die Beschwerde statthaft (vgl. BeckOGK-BGB/Deckenbrock, Stand: 1.3.2018, § 176 Rdnr. 16).

19 Diese ist in zulässiger Weise, insbesondere innerhalb der Monatsfrist des § 63 Abs. 1 FamFG, von den gemäß § 10

Abs. 2 Satz 1 FamFG vertretenen Beteiligten zu 1 und 2 als Beschwerdeberechtigten (§ 59 FamFG) eingelegt. Mit der Beschwerde ist zunächst der gesamte Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens beim Beschwerdegericht zur Entscheidung angefallen. Dem steht nicht entgegen, dass die in der Beschwerdeschrift erneut ausformulierte Kraftloserklärung hinter der erstinstanzlichen Erklärung zurückgeblieben ist, denn insoweit handelt es sich ausweislich des unbeschränkten Aufhebungsantrags sowie der Beschwerdebegründung um eine offenkundig versehentliche Unrichtigkeit. Das Rechtsmittel war deshalb dahin gehend auszulegen, dass die öffentliche Bekanntmachung der bereits zum AG formulierten Kraftloserklärung unverändert und vollständig weiterverfolgt werde. Die erstinstanzliche Entscheidung ist somit aufgrund des unbeschränkten Beschwerdeangriffs nicht in Teilrechtskraft erwachsen. Deshalb ist auch unschädlich, dass erst nach Ablauf der Einlegungsfrist ausdrücklich die öffentliche Bekanntmachung der auf die Vorsorgevollmacht bezogenen Kraftloserklärung – unter Antragsrücknahme im Übrigen – beantragt worden ist.

**20** 2. Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg. Es führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Rückgabe der Sache an das erstinstanzliche Gericht zur erneuten Entscheidung unter Beachtung der nachfolgend dargelegten Rechtsauffassung des Senats. Einer mündlichen Erörterung der Angelegenheit bedarf es nicht (vgl. BeckOGK-BGB/Deckenbrock, § 176 Rdnr. 10).

**21** a) Dahinstehen kann, ob die erstinstanzliche Entscheidung schon deshalb keinen Bestand haben kann, weil das AG den Antrag „auf Kraftloserklärung“ der Vollmachtsurkunde zurückgewiesen hat (vgl. allerdings auch die Formulierung bei BeckOGK-BGB/Deckenbrock, § 176 Rdnr. 16), obwohl der Antrag dahin geht, die öffentliche Zustellung der in der Antragschrift ausformulierten Kraftloserklärung (durch Beschluss, vgl. BeckOGK-BGB/Deckenbrock, § 176 Rdnr. 15) zu bewilligen (und entsprechend durchzuführen).

**22** b) Die Entscheidung ist jedenfalls deshalb aufzuheben, weil das AG zu Unrecht ein Rechtsschutzbedürfnis für die Durchführung des Verfahrens nach § 176 BGB verneint hat, soweit sich die Kraftloserklärung auf die zu notarieller Urkunde erteilte Vollmacht bezieht. Soweit das Verfahren infolge der wirksam erklärten Teilrücknahme des Antrags (§ 23 FamFG) nicht mehr die ebenfalls beurkundete Patientenverfügung betrifft, ist die erstinstanzliche Entscheidung nachträglich wirkungslos geworden und wird deklaratorisch aufgehoben.

**23** aa) Die Beteiligten zu 1 und 2 haben ein Rechtsschutzbedürfnis an der mit dem Verfahren noch erstrebten Bewilligung der öffentlichen Bekanntmachung der Kraftloserklärung. Deshalb ist die erstinstanzliche Entscheidung aufzuheben und nicht nur dahin gehend abzuändern, dass der Antrag als unzulässig verworfen wird, wie bei fehlendem Rechtsschutzbedürfnis auszusprechen gewesen wäre.

**24** bb) Hat der Vollmachtgeber dem Vertreter eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt, so ergeben sich hieraus nach § 172 BGB Rechtsscheinwirkungen. Unabhängig von der Frage, ob die Vollmacht durch Widerruf (§ 168 Sätze 2 und 3 BGB) materiellrechtlich erloschen ist, gilt die Vertretungsmacht gegen

über Dritten als fortbestehend, wenn die Urkunde dem Dritten bei Vertragsabschluss in Urschrift oder Ausfertigung vorgelegen hat (vgl. Palandt/Grüneberg, 77. Aufl., § 172 Rdnr. 3). Diese Rechtsscheinwirkung gilt so lange, bis die Urkunde dem Vollmachtgeber zurückgegeben oder für kraftlos erklärt wird (§ 172 Abs. 2 BGB).

**25** Aus dieser gesetzlichen Fiktion folgt in der Regel ein Rechtsschutzinteresse des Vollmachtgebers an der Kraftloserklärung, für die er gemäß § 176 BGB der Mitwirkung des Gerichts durch Bewilligung der öffentlichen Bekanntmachung seiner rechtsgestaltenden Erklärung bedarf. Wird – wie hier – die Urkunde nicht zurückgegeben, dann zerstört gemäß § 172 Abs. 2 BGB erst die Kraftloserklärung mit ihrem Wirksamwerden durch Ablauf der Monatsfrist ab öffentlicher Bekanntmachung, § 176 Abs. 1 Satz 2 BGB, die Rechtsscheinwirkung der Urkunde (BeckOGK-BGB/Deckenbrock, § 176 Rdnr. 2 mit 2.1 und 27). Nichts anderes gilt, wenn der Bevollmächtigte nach eigenen Angaben zur Herausgabe nicht in der Lage ist, weil er die Urkunde nicht in Besitz hat. Gerade in diesen Fällen steht dem Vollmachtgeber ein alternativ möglicher Weg zur Zerstörung des kraft Gesetzes von der Urkunde ausgehenden Rechtsscheins, insbesondere die Herausgabeklage auf der Grundlage von § 175 BGB, nicht zur Verfügung.

**26** Ob der Vollmachtgeber die an ihn hinausgegebene Ausfertigung der Urkunde an die Bevollmächtigte weitergegeben hat, ist für die Entscheidung nicht erheblich. Ein Rechtsschutzbedürfnis an einer wirksamen Kraftloserklärung der Urkunde ist nämlich auch dann anzuerkennen, wenn die Urkunde dem Bevollmächtigten nicht im Sinne des § 172 Abs. 1 BGB „ausgehändigt“ worden ist. Ist eine schriftliche Vollmachtsurkunde im Umlauf, kann der (vermeintliche) Vollmachtgeber auch dann in Darlegungs- und Beweislastschwierigkeiten geraten, wenn er die Urkunde nicht ausgehändigt hat, der angebliche Berechtigte die Urkunde aber missbraucht (BeckOGK-BGB/Deckenbrock, § 176 Rdnr. 7.4 mit § 175 Rdnr. 9). Hier steht aufgrund der Auskunft des Notars fest, dass eine Ausfertigung für die Bevollmächtigte erteilt wurde; nur das weitere Schicksal dieser Ausfertigung ist ungeklärt.

**27** cc) Ein Rechtsschutzbedürfnis kann nicht schon deshalb verneint werden, weil Anhaltspunkte für einen bereits erfolgten oder auch nur beabsichtigten Missbrauch der Vollmachtsurkunde fehlen (BeckOGK-BGB/Deckenbrock, § 176 Rdnr. 13).

**28** Für die Durchführung eines Verfahrens nach § 176 BGB fehlt ein Rechtsschutzbedürfnis vielmehr nur in besonderen Ausnahmekonstellationen, in denen der Vollmachtgeber in vergleichbar sicherer Weise wie durch eine öffentlich bekannt gemachte Kraftloserklärung vor Haftungsrisiken geschützt ist, weil eine von der Vollmachtsurkunde im Rechtsverkehr ausgehende Legitimationswirkung nicht (mehr) zu erwarten ist. Dies kann der Fall sein, wenn die Rückgabe der Urkunde positiv feststeht oder wenn aufgrund einer aus der Urkunde hervorgehenden zeitlichen Befristung der Vollmacht deren Unwirksamkeit im Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung feststeht (BeckOGK-BGB/Deckenbrock, § 176 Rdnr. 13.1).

**29** Eine solche Ausnahmesituation liegt hier nicht vor. Zwar ist die Vollmacht als Vorsorgevollmacht bezeichnet und in der Urkunde festgehalten, dass die Vollmacht der Vermeidung einer

Betreuung diene. Gleichzeitig ist aber ausdrücklich angeordnet, dass die Vollmacht transmortale Wirkung entfalte. Die somit nicht auf die Lebenszeit des Vollmachtgebers befristete Vollmacht ermöglicht daher auch die Vertretung der Erben hinsichtlich des zum Nachlass gehörenden Vermögens. In dieser Situation können sich die Beteiligten zu 1 und 2 als Erben des Vollmachtgebers vor der Legitimationswirkung der Urkunde nur durch die öffentliche Bekanntmachung der Kraftloserklärung schützen, weil der Bevollmächtigte nach eigenen Angaben eine Herausgabe der Ausfertigung nicht möglich ist. Ob die Bevollmächtigte in den Besitz der Urkunde gelangt ist und hiervon Gebrauch gemacht hat oder irgendwann in der Zukunft Gebrauch machen würde, kann bei dieser Sachlage dahinstehen.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Rechtsanwältin Dr. **Gabriele Müller-Engels**, Würzburg

### 1. Relevanz des Widerrufs von Vorsorgevollmachten

Im Gegensatz zur Beurkundung von Vorsorgevollmachten (und Patientenverfügungen) stellt der actus contrarius, der Widerruf von Vorsorgevollmachten, im Notariat kein Alltagsgeschäft dar. Denn der Widerruf wird in der Regel nicht notariell beurkundet,<sup>1</sup> sondern lediglich privatschriftlich erklärt. Zur Einleitung etwaiger weiterer erforderlicher rechtlicher Schritte wird zudem eher anwaltliche Beratung/Hilfe in Anspruch genommen. Von daher betrifft die vorliegende Entscheidung des OLG München keine notarspezifische Rechtsmaterie. Gleichwohl ist die Frage nach einem wirksamen und effektiven Widerruf einer Vollmacht selbstverständlich auch für den Notar von Interesse.

### 2. Widerruf bei bereits ausgehändigter Vollmachtsurkunde

Bezüglich des Widerrufs bleibt zunächst zu berücksichtigen, dass der Widerruf<sup>2</sup> der Vollmacht allein nicht genügt, um ein Tätigwerden für den Vollmachtgeber (bzw. dessen Erben) auszuschließen. Denn der Bevollmächtigte kann trotz Widerrufs der Vollmacht weiterhin wirksam für den Vollmachtgeber Willenserklärungen abgeben oder entgegennehmen, solange er nur im Besitz der Vollmachtsurkunde ist (vgl. § 172 BGB). Daher müssen nach dem Widerruf auch alle erteilten Ausfertigungen der Vollmachten (und etwaiger Untervollmachten) von Bevollmächtigten oder Dritten, bei denen eine Ausfertigung hinterlegt wurde, herausverlangt werden (vgl. § 175 BGB).

Gibt der Bevollmächtigte das Original der Urkunde nach Widerruf der Vollmacht nicht zurück oder ist er unbekannt Aufenthalts, kann der Vollmachtgeber eine öffentliche Kraft-

loserklärung der Urkunde vornehmen. Durch öffentliche Bekanntmachung der Kraftloserklärung gemäß § 176 BGB wird die Rechtsscheinwirkung der Urkunde zerstört, und zwar mit Ablauf der Monatsfrist ab öffentlicher Bekanntmachung (vgl. § 176 Abs. 1 Satz 2 BGB).

### 3. Rechtsschutzbedürfnis zur Kraftloserklärung

Im vorliegenden Fall hatte der Vater seiner Ehefrau eine Vorsorgevollmacht erteilt. Ob die zunächst an den Vollmachtgeber ausgehändigte Ausfertigung später an die Bevollmächtigte weitergegeben worden war, war unklar. Als die Kinder von der Witwe nach dem Tod des Vaters Herausgabe der Ausfertigung verlangten, trug sie vor, eine solche nicht zu besitzen. Dieser Einwand schließt das Rechtsschutzbedürfnis für die Durchführung eines Verfahrens nach § 176 BGB – wie das OLG München zu Recht annimmt – nicht aus. Nur dann, wenn etwa die Rückgabe der Vollmachtsurkunde nachweislich erfolgt ist oder wenn aufgrund einer aus der Urkunde hervorgehenden zeitlichen Befristung der Vollmacht deren Unwirksamkeit im Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung feststeht, kann ausnahmsweise das Rechtsschutzbedürfnis fehlen. Beides war hier nicht der Fall. Vielmehr handelte es sich um eine transmortale, d. h. über den Tod des Vollmachtgebers hinaus wirksam gebliebene, Vollmacht, sodass von ihr mit Wirkung zulasten der Erben weiterhin Gebrauch gemacht werden konnte. Bei zweifelhaftem Verbleib der Urkunde stellt die Kraftloserklärung gerade die einzige Möglichkeit dar, sich vor der Legitimationswirkung der Urkunde zu schützen. Dem OLG München kann insoweit uneingeschränkt zugestimmt werden.

### 4. Kraftloserklärung bzgl. Vollmachtsurkunde bzw. deren Ausfertigung

Die vorstehende Entscheidung belegt im Übrigen eindrucksvoll, dass die öffentliche Kraftloserklärung einer Vollmachtsurkunde offensichtlich auch bei Rechtsanwälten und (Unter-)Gerichten als Verfahren wenig bekannt ist. Die Praxis zeigt, dass zum Beispiel häufig übersehen wird, dass die Kraftloserklärung selbst nicht durch das Gericht, sondern durch den Vollmachtgeber erfolgen muss.<sup>3</sup> Das Gericht wirkt nur im Rahmen der Bewilligung der öffentlichen Bekanntmachung gemäß § 38 FamFG durch Beschluss der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit (ohne dass eine materielle Prüfung durch das Gericht zu erfolgen hat). Die Kraftloserklärung wird dann nach Maßgabe der §§ 185 ff. ZPO veröffentlicht, d. h. nach § 186 Abs. 2 ZPO durch Aushang einer Benachrichtigung an der Gerichtstafel oder Einstellen in ein elektronisches Informationssystem, das bei Gericht öffentlich zugänglich ist. Das Prozessgericht kann darüber hinaus die ein- oder mehrmalige Veröffentlichung im Bundesanzeiger oder in anderen Blättern anordnen, § 187 ZPO. Die Kraftloserklärung steht mit Fristablauf und Wirksamwerden der Rückgabe der Vollmachtsurkunde gleich (vgl. § 172 Abs. 2 BGB).

1 Formulierungsmuster für notariell beurkundeten Widerruf bei *Keilbach*, DNotZ 2004, 751 ff.

2 Vgl. allg. zu Fragen des Widerrufs von Vorsorgevollmachten *G. Müller*, DNotZ 2015, 403, 412 ff.; *Keilbach*, DNotZ 2004, 751 ff.

3 Eine beeindruckende Zahl unrichtiger Gerichtsbeschlüsse findet sich unter „eBundesanzeiger“.



Im vorliegenden Fall hatten die Beteiligten zwar zutreffenderweise bei Gericht die öffentliche Bekanntmachung ihrer Kraftloserklärung beantragt; die Kraftloserklärung als rechts-gestaltende Erklärung des Vollmachtgebers bezog sich aber fälschlicherweise auf die Vorsorgevollmacht (und Patientenverfügung) ihres Vaters. Daher wies das OLG in den Entscheidungsgründen auch zu Recht darauf hin, dass sich die Kraftloserklärung nach § 176 BGB nicht auf die Vollmacht, sondern die Vollmachtsurkunde bzw. deren Ausfertigung beziehen müsse.<sup>4</sup> Auch dem ist ohne Weiteres beizupflichten. Denn schließlich geht die Legitimationswirkung gemäß § 172 BGB von der Vollmachtsurkunde bzw. deren Ausfertigung und nicht von der Vollmacht an sich aus.

### 5. Künftig zunehmende praktische Bedeutung der Kraftloserklärung

Mit zunehmender Anzahl erteilter Vorsorge- und Generalvollmachten nimmt auch die praktische Bedeutung des Widerrufs zu, sodass die Verfahren nach § 176 BGB in Zukunft sicher größere Praxisrelevanz erlangen werden. Hierzu dürfte beitragen, dass die Anforderungen an die Zerstörung des Rechtsscheins der Vollmachtsurkunde über die Kraftloserklärung relativ gering sind, zumal das Gericht lediglich auf die Prüfung der Zulässigkeit des Antrags auf öffentliche Bekanntmachung beschränkt ist. Und nach herrschender Ansicht ist der Vollmachtgeber auch nicht gehalten, zunächst seinen aus § 175 BGB folgenden schuldrechtlichen Anspruch auf Rückgabe der Vollmachtsurkunde durchzusetzen,<sup>5</sup> sodass es oftmals sinnvoller sein mag, die Kraftloserklärung zu betreiben, als Ausfertigungen mit zweifelhaftem Verbleib hinterherzujagen.

- 4 Formulierungsbeispiel für Kraftloserklärung nebst Antrag auf öffentliche Bekanntmachung z. B. bei Schulze/Grziwotz/Lauda/*Kristic*, BGB, Kommentiertes Vertrags- und Prozessformularbuch, 3. Aufl. 2017, § 176 BGB Rdnr. 1.
- 5 BeckOGK-BGB/*Deckenbrock*, Stand: 1.2.2019, § 176 Rdnr. 3; Staudinger/*Schilken*, Neub. 2014, § 176 Rdnr. 1; BeckOK-BGB/*Schäfer*, Stand: 1.2.2019, § 176 Rdnr. 1.

## BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

### 6. Versorgung des Nachbargrundstücks mit Wasser

BGH, Urteil vom 13.7.2018, V ZR 308/17 (Vorinstanz: OLG Hamm, Urteil vom 19.10.2017, 5 U 147/16)

BGB §§ 242, 741, 743 Abs. 2, §§ 903, 917, 918

#### LEITSÄTZE:

1. Eine aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis folgende selbstständige Verpflichtung (hier: Versorgung des Nachbargrundstücks mit Wasser) ist mit Rücksicht auf die nachbarrechtlichen Sonderregelungen eine eng begrenzte Ausnahme und kann nur dann angenommen werden, wenn ein über die gesetzliche Regelung hinausgehender billiger Ausgleich der widerstreitenden Interessen zwingend geboten erscheint (Bestätigung der st. Rspr., vgl. Senat, Urteil vom 8.2.2013, V ZR 56/12, NJW-RR 2013, 650).
2. Das Vorhandensein von Leitungen, die Grundstücksgrenzen überschreiten und der Versorgung verschiedener Grundstücke dienen, begründet für sich genommen keine zwischen den Grundstückseigentümern bestehende Rechtsgemeinschaft.

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2019, 99

### 7. Verhältnis eines Mietverhältnisses und eines lebenslangen Wohnrechts – Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit

BGH, Beschluss vom 8.3.2018, V ZR 200/17 (Vorinstanz: LG Stade, Urteil vom 14.7.2017, 5 S 5/17)

BGB §§ 242, 546 Abs. 1, § 1090 Abs. 1

GG Art. 103 Abs. 1

ZPO § 313a Abs. 1 Satz 1, § 540 Abs. 2, § 544 Abs. 7

#### LEITSÄTZE:

1. Bestellen die Parteien eines Mietvertrages eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit, dient diese im Zweifel lediglich als eine dingliche Sicherheit für das durch den Mietvertrag begründete schuldrechtliche Nutzungsrecht, sodass sich im Verhältnis von Dienstbarkeitsberechtigtem und -verpflichtetem das Nutzungsrecht nach den Vereinbarungen des Mietvertrags bestimmt. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Sollen das schuldrechtliche Nutzungsrecht aus dem Mietvertrag und das dingliche Nutzungsrecht aus

**der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit nebeneinander und voneinander unabhängig bestehen, bedarf dies einer eindeutigen, in der Regel ausdrücklichen Abrede. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### SACHVERHALT:

1 I. Die Beklagten mieteten mit Vertrag vom 26.8.2009 ein Haus. Mit notarieller Vereinbarung vom 11.11.2010 räumte der Kläger zu 1 den Beklagten ein lebenslanges Wohnrecht ein. Zu dessen Sicherung wurde eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit in das Grundbuch eingetragen. In einem „Annex Nr. 1“ zu dem Mietvertrag heißt es, die Dienstbarkeit werde als Gegenleistung für die Überlassung von Einbauten in dem Haus gewährt. Die Kläger verlangen nach Kündigung des Mietvertrags die Herausgabe des Grundstücks.

2 Das AG hat die Klage abgewiesen. Das LG hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der Nichtzulassungsbeschwerde wollen die Kläger die Zulassung der Revision erreichen; die Beklagten beantragen die Zurückweisung der Beschwerde.

### AUS DEN GRÜNDEN:

3 II. Das Berufungsgericht, das unter Hinweis auf § 540 Abs. 2 ZPO i. V. m. § 313a Abs. 1 Satz 1 ZPO von der Darstellung eines Tatbestandes abgesehen hat, verneint einen Herausgabeanspruch aus § 546 Abs. 1 BGB. Unabhängig davon, ob die sonstigen Voraussetzungen dieser Vorschrift vorlägen, müssten die Kläger sich den Einwand treuwidrigen Verhaltens gemäß § 242 BGB entgegenhalten lassen, da sie das Grundstück wegen der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, die den Beklagten ein Recht zum Besitz gebe, sogleich wieder herausgeben müssten. Die Auslegung der Vereinbarung der Parteien vom 11.11.2010 ergebe, dass eine selbstständige beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestellt worden sei, die nicht von dem Bestand des Mietvertrags abhängig sei. Auch die sonstigen Umstände stützten diese Auslegung. Der Kläger zu 1 sei dankbar für seine Heilung durch die Beklagten gewesen und habe diesen etwas Gutes tun und einen starken Schutz über den Mietvertrag hinaus gewähren wollen. Ihm sei bewusst gewesen, dass der Mietvertrag durch das Wohnrecht praktisch unkündbar sei. Die Kläger könnten auch nicht nach § 985 BGB Herausgabe verlangen. Mangels Anspruchs auf Löschung der Dienstbarkeit hätten die Beklagten ein Recht zum Besitz.

4 III.1. Das Rechtsmittel ist nach § 26 Nr. 8 EGZPO zulässig, weil der Wert der mit der Revision geltend zu machenden Beschwerde 20.000 € übersteigt (zur Bemessung der Beschwer vgl. Senat, Beschluss vom 3.4.2014, V ZR 185/13, WuM 2014, 253 Rdnr. 4).

5 2. Die Nichtzulassungsbeschwerde ist auch begründet. Das angefochtene Berufungsurteil ist nach § 544 Abs. 7 ZPO aufzuheben, weil das Berufungsgericht den Anspruch der Kläger auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) in entscheidungserheblicher Weise verletzt hat.

6 a) Das Gebot rechtlichen Gehörs verpflichtet das Gericht unter anderem dazu, den wesentlichen Kern des Vorbringens der Partei zu erfassen und – soweit er eine zentrale Frage des jeweiligen Verfahrens betrifft – in den Gründen zu bescheiden. Von einer Verletzung dieser Pflicht ist auszugehen, wenn besondere Umstände deutlich machen, dass das Vorbringen der Beteiligten entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen

oder bei der Entscheidung ersichtlich nicht erwogen worden ist (vgl. Senat, Beschluss vom 22.10.2015, V ZR 146/14, NZM 2016, 180 Rdnr. 4). So ist es hier.

7 b) Die Nichtzulassungsbeschwerde rügt mit Erfolg, dass das Berufungsgericht den unter Beweis gestellten Vortrag in der Berufungsbegründung übergangen hat, der Mietvertrag sei am 26.8.2009 ohne den „Annex Nr. 1“ ausgefüllt und unterschrieben worden. Ende September 2010 seien die Kreuzfahrtunternehmen des Klägers zu 1 in wirtschaftliche und finanzielle Turbulenzen geraten. In dieser Situation seien die Beklagten an den Kläger zu 1 herangetreten und hätten ihn um eine rechtliche Absicherung des Mietverhältnisses gebeten mit dem Ziel, den Zugriff Dritter zum Beispiel im Zwangsvollstreckungs- oder Insolvenzverfahren zu verhindern. Man sei auf die Idee der Einräumung einer Dienstbarkeit gekommen. Da es sich hierbei um eine anfechtbare Erklärung nach der Insolvenzordnung gehandelt habe, sei die Erklärung als „Annex Nr. 1“ verfasst und auf den 4.9.2009 rückdatiert worden. Der Mietvertrag sei erst in diesem Zuge um den Hinweis auf den „Annex Nr. 1“ handschriftlich ergänzt worden. Mit diesem Vorbringen hat sich das Berufungsgericht nicht befasst. Es zieht zwar den „Annex Nr. 1 zu dem Mietvertrag vom 4.9.2009“ heran, erwähnt aber nicht die Umstände, unter denen es zu dieser Erklärung gekommen sein soll. Die von den Klägern dargelegte Rückdatierung wird nicht angesprochen.

8 c) Der übergangene Vortrag ist entscheidungserheblich. Er ist für die Feststellung, auf welcher schuldrechtlichen Abrede die Bestellung der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit vom 11.11.2010 beruht, wesentlich.

9 aa) Bestellen die Parteien eines Mietvertrags eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit können, wovon das Berufungsgericht zutreffend ausgeht, zwei Nutzungsrechte (ein schuldrechtliches und ein dingliches) gleichen oder ähnlichen Inhalts nebeneinander entstehen. Die Bestellung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit kann aber auch lediglich als eine dingliche Sicherheit für das durch den Mietvertrag begründete schuldrechtliche Nutzungsrecht vereinbart werden. Wann und in welchem Umfang der Nutzungsberechtigte auf das ihm eingeräumte dingliche Nutzungsrecht zurückgreifen kann, ergibt sich in diesem Fall aus der Sicherungsabrede, die zugleich der Rechtsgrund für die Bestellung der Dienstbarkeit ist (Senat, Beschluss vom 7.4.2011, V ZB 11/10, NJW-RR 2011, 882 Rdnr. 19 m. w. N.; Urteil vom 27.6.2014, V ZR 51/13, NZM 2014, 790 Rdnr. 11). Im Verhältnis von Dienstbarkeitsberechtigtem und -verpflichteten bestimmt sich das Nutzungsrecht hingegen nach den Vereinbarungen des Mietvertrags.

10 bb) Das Nebeneinanderbestehen eines schuldrechtlichen und eines dinglichen Nutzungsrechts verwandten Inhalts ist aber ein Ausnahmefall und bedarf einer zweifelsfreien, in der Regel ausdrücklichen Abrede (vgl. Senat, Urteil vom 27.6.2014, V ZR 51/13, NZM 2014, 790 Rdnr. 10; Urteil vom 20.9.1974, V ZR 44/73, NJW 1974, 2123 f.; Urteil vom 20.3.1963, V ZR 143/61, NJW 1963, 1247). Ob hier ein solcher Ausnahmefall gegeben ist, hängt davon ab, in welchem Verhältnis der Mietvertrag vom 26.8.2009 und das am 11.11.2010 bestellte dingliche Wohnungsrecht zueinander stehen. Dieses Verhältnis hätte das Berufungsgericht klären

und dabei das unter Beweis gestellte Vorbringen der Kläger berücksichtigen müssen. Es kommt dafür nämlich, anders als das Berufungsgericht meint, nicht nur auf die Vereinbarung über die Bestellung des dinglichen Rechts vom 11.11.2010, sondern vor allem auf die von den Klägern dargelegte – nicht formbedürftige – schuldrechtliche Abrede an, nach der die Beklagten sich nur gegenüber einem Dritten, der das Grundstück im Wege eines Zwangsversteigerungs- oder Insolvenzverfahrens erwirbt, auf die Dienstbarkeit hätten berufen können, während im Verhältnis der Parteien zueinander allein das Mietverhältnis habe maßgeblich sein sollen. Indiz gegen die Vereinbarung einer solchen Sicherungsdienstbarkeit ist zwar die von dem Berufungsgericht herangezogene Aussage des beurkundenden Notars in einem Parallelverfahren, wonach in seiner Gegenwart nicht über den Zusammenhang zwischen Mietvertrag und Wohnrecht gesprochen worden sei und wonach er im Vorfeld der Beurkundung den Kläger zu 1 darauf hingewiesen habe, dieser erhalte durch das Wohnungsrecht „praktisch einen unkündbaren Mietvertrag“, was diesem bewusst gewesen sei. Bei der Würdigung der Aussage ist aber zu berücksichtigen, dass der Notar nur an der Bestellung des dinglichen Wohnungsrechts nach § 1090 BGB mitgewirkt hat, an der schuldrechtlichen Vereinbarung aber nicht beteiligt war und er deshalb aus eigener Erkenntnis weder zu dem eigentlichen Rechtsgrund für die Bestellung des Wohnungsrechts noch zu einer Sicherungsabrede Angaben machen kann. Das hat das Berufungsgericht außer Acht gelassen.

11 3. Infolgedessen ist das Berufungsurteil gemäß § 544 Abs. 7 ZPO aufzuheben und die Sache zur Nachholung der erforderlichen Feststellungen an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht hat in der neuen Entscheidung, die mit einem Tatbestand zu versehen ist, auch über den in der Berufungsinstanz klageerweiternd gestellten Antrag auf Löschung des eingetragenen Wohnungsrechts zu entscheiden.

#### ANMERKUNG:

Von Notar Dipl.-Kfm. Dr. **Jörg Munzig**, Neu-Ulm

Der BGH erkennt – einmal mehr<sup>1</sup> – die Möglichkeit nebeneinander bestehender schuldrechtlicher (Mietvertrag) und dinglicher (Wohnungsrecht) Grundstücksnutzungsrechte an. Das Gericht gewichtet im entschiedenen Fall die Bedeutung des Mietvertrags deutlich stärker als die des Wohnungsrechts. Dies ist für den Sachverhalt, der nach Einschätzung des BGH noch weiter aufzuklären war, vermutlich zutreffend. Die Gewichtung ist meines Erachtens aber nicht so allgemein gültig, wie der BGH dies anlässlich seines aktuellen Beschlusses formuliert, zumal der BGH in einer früheren Entscheidung zum gegenteiligen Ergebnis kommt:

„Ein Anlass und ein Bedürfnis für die – der Regel widersprechende – Annahme eines Pachtvertrags neben der Dienstbarkeit sind nicht ersichtlich.“<sup>2</sup>

1 Vgl. etwa BGH, Urteil vom 27.6.2014, V ZR 51/13, NJW-RR 2014, 1423; BGH, Urteil vom 13.11.1998, V ZR 29/98, DNotZ 1999, 500; BGH, Urteil vom 20.9.1974, V ZR 44/73, NJW 1974, 2123; BGH, Urteil vom 20.3.1963, V ZR 143/61, NJW 1963, 1247.

2 BGH, Urteil vom 20.9.1974, V ZR 44/73, NJW 1974, 2123.

## 1. Sachverhalt und Beschlussgründe

Im entschiedenen Fall war unklar, ob Mietvertrag und Bestellung des Wohnungsrechts zeitgleich vereinbart wurden oder ob die Verpflichtung zur Bestellung des Wohnungsrechts dem Abschluss des Mietvertrags mit deutlichem zeitlichen Abstand nachfolgte. Aus der zeitlichen Abfolge der Verpflichtungsgeschäfte will der BGH auf das Verhältnis der mietvertraglichen und wohnungsrechtlichen Rechte und Pflichten schließen: Für den Fall, dass die Parteien einen Mietvertrag schließen und in Gang setzen und dann erst später ein dingliches Wohnungsrecht vereinbaren, erklärt der BGH für das Verhältnis der Vertragsparteien zueinander die Dominanz des Mietvertrags zum Regelfall mit der Konsequenz, dass sich der Berechtigte für sein Nutzungsrecht gegenüber dem Eigentümer nicht auf das Wohnungsrecht berufen darf. Aus diesem Grund verwies der BGH die Sache an das Berufungsgericht zurück.

## 2. Dienstbarkeitsvereinbarung vs. Sicherungsabrede

Generell gilt: Soll das dingliche (Wohnungs-)Recht nicht kondizierbar sein, bedarf es seinerseits eines (schuldrechtlichen) Rechtsgrunds.

Dieser besteht im Regelfall in der Dienstbarkeitsvereinbarung, einem eigenständigen schuldrechtlichen Vertrag, der mit der Entstehung des dinglichen Rechts erfüllt ist.<sup>3</sup> Rechte und Pflichten einer Dienstbarkeitsvereinbarung können, müssen aber nicht, höchst differenziert ausgestaltet werden, auch in Anlehnung an miet- oder pachtvertragliche Regelungen, ohne dass dies den Charakter der Dienstbarkeitsvereinbarung als eigenständiges „Nicht-Miet-Vertragsverhältnis“ in Frage stellt.<sup>4</sup>

Schuldrechtlicher Rechtsgrund für das Wohnungsrecht kann aber auch ein Sicherungsvertrag sein, der an einen Miet- oder Pachtvertrag anknüpft. Prototypischer Gegenstand des Sicherungsvertrags als schuldrechtliche Grundlage für ein beschränktes dingliches Recht ist die (Sicherungs-)Grundschuld.<sup>5</sup> Auch Dienstbarkeiten liegt häufig ein Sicherungsvertrag zugrunde, etwa bei gewerblichen Miet- und Pachtverhältnissen.<sup>6</sup> Und auch für Wohnungsrechte als Unterart der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit<sup>7</sup> war eine Sicherungsabrede als Rechtsgrund schon vor dem Beschluss des BGH vom 8.3.2018 anerkannt.<sup>8</sup> Die Formulierung in den Beschlussgründen, Randnummer 10 bb), wonach schuldrechtliches und dingliches Nutzungsrecht nur ausnahmsweise nebeneinander bestünden, ist missverständlich, denn das dingliche Wohnungsrecht an sich besteht jederzeit neben dem schuldrechtlichen (miet-

3 BGH, Urteil vom 13.11.1998, V ZR 29/98, DNotZ 1999, 500 m. Anm. Frank.

4 BGH, Urteil vom 27.6.2014, V ZR 51/13, NJW-RR 2014, 1423.

5 BGH, Urteil vom 28.10.2003, XI ZR 263/02, NJW 2004, 158; MünchKomm-BGB/Lieder, 7. Aufl. 2017, § 1192 Rdnr. 20 ff.

6 Krüger, NZM 2012, 377.

7 BGH, Urteil vom 19.1.2007, V ZR 163/06, NJW 2007, 1884, 1885.

8 BeckOK-BGB/Bamberger, Stand: 1.11.2018, § 1093 Rdnr. 12.

vertraglichen) Nutzungsrecht.<sup>9</sup> Der etwaige Vorrang des mietvertraglichen Nutzungsrechts folgt erst und nur aus dem Sicherungsvertrag, aus dem sich (unter anderem) ergibt, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise sich der Sicherungsnehmer auf das Sicherungsinstrument (Grundschild, Dienstbarkeit, Wohnungsrecht ...) berufen kann und wann und ggf. wie dieses zurückzugewähren ist.

### 3. Regel-Ausnahme-Verhältnis vs. individuelle Vertragsauslegung

Die höchstrichterliche und obergerichtliche Rechtsprechung hatte sich immer wieder mit den schuldrechtlichen Grundlagen dinglicher Nutzungsrechte auseinanderzusetzen.<sup>10</sup> Die in Randnummer 9 der Beschlussgründe angedeutete Regel, wonach dann im Zweifel das schuldrechtliche Nutzungsrecht das dingliche dominiere, ist mir bei Durchsicht der bisherigen Judikate eher nicht begegnet und deutet in die falsche Richtung: Ist das dingliche Recht rechtswirksam begründet und gibt nicht sein Rechtsinhalt Anlass zu Zweifeln, sondern „nur“ die Frage, ob sich der dinglich Berechtigte gegenüber dem unmittelbar Verpflichteten (im Gegensatz zum außenstehenden Dritten) so ohne Weiteres auf das dingliche Recht berufen darf, kommt es auf das dingliche Recht erst gar nicht an, sondern „nur“ auf seine (schuldrechtliche) Vertragsgrundlage. Die Judikate der letzten Jahre zeigen, dass die Grenzen zwischen ausdifferenziertem Dienstbarkeitsvertrag und Sicherungsabrede als Spiegel eines Miet- oder Pachtverhältnisses verschwimmen und es darauf für das jeweilige Ergebnis auch gar nicht ankommt, sondern nur darauf, die individuellen Rechtsbeziehungen auszulegen. Das schuldrechtliche Rechtsverhältnis, auf dem das dingliche Recht gründet, gibt den Rahmen vor, in dem das dingliche Recht ausgeübt werden darf. Im einen Fall, so der BGH in seiner „Golfplatzentscheidung“,<sup>11</sup> kann damit das außerordentliche Kündigungsrecht des Eigentümers infolge Zahlungsverzugs des Berechtigten in einer eigenständigen Dienstbarkeitsvereinbarung begründet sein, im anderen Fall, so in dem vom OLG Koblenz entschiedenen, in einer stillschweigenden Verknüpfung von Mietvertrag und Wohnungsrecht.<sup>12</sup>

### 4. Folgerungen für die Gestaltungspraxis

Die der Einräumung des Wohnungsrechts zugrunde liegende Interessenlage ist, was die dazu veröffentlichte Rechtsprechung zeigt, vielgestaltiger als die anderer beschränkter dinglicher Rechte, etwa eines im Nachbarschaftsverhältnis begründeten Wege- und Leitungsrechts, einer Photovoltaikdienstbarkeit und insbesondere der Finanzierungsgrundschuld für ein Kreditinstitut.

Wird das Wohnungsrecht, wie mir dies üblich zu sein scheint,<sup>13</sup> im Zusammenhang mit einer Grundstückszuwendung begründet, im Rahmen welcher es sich entweder der Grundstücksveräußerer in einem Zwischenschritt selbst und damit ohne weitere Rechtsgrundvereinbarung einräumt oder sich der Beschenkte im Sinne einer Auflagenschenkung dazu verpflichtet, dem Schenker oder einem Dritten ein Wohnungsrecht zu gewähren,<sup>14</sup> bedarf es keiner weiteren Ausführungen zum Rechtsgrund des Wohnungsrechts. Unabhängig davon wird auch in diesem Zusammenhang zunehmend diskutiert, das Wohnungsrecht in seinem Bestand oder im Recht zur Ausübung zu limitieren, insbesondere für den Fall der Pflegebedürftigkeit des Berechtigten („Wegzugsklausel“).<sup>15</sup>

Wünschen die Parteien, dass das Wohnungsrecht selbst oder die Berechtigung, das Wohnungsrecht auszuüben, nur unter bestimmten Voraussetzungen bestehen soll, ist dies entsprechend in der Urkunde zu berücksichtigen. Der Zurückweisungsbeschluss des BGH wie die weiteren zitierten Judikate legen für den Einzelfall nahe, das Wohnungsrecht mit einer eigenständigen Dienstbarkeits- oder einer Sicherungsvereinbarung, die es mit einem anderen Rechtsverhältnis verknüpft, zu unterfangen und ein von den Parteien etwa gewünschtes Austausch- oder Gegenseitigkeitsverhältnis zu Verpflichtungen des Wohnungsberechtigten oder Dritter zu regeln – samt der Rechtsfolgen, die sich aus deren Schlechtleistung ergeben sollen (Schlechterfüllung als auflösende Bedingung für das Wohnungsrecht oder als Einrede gegen die Ausübung des Wohnungsrechts). Wollen die Parteien mit dem Wohnungsrecht schuldrechtlich begründete Pflichten dinglich sichern, müssten diese benannt und der Sicherungsfall sowie die Rechtsfolgen, die sich aus diesem ergeben, geregelt werden.

Der BGH hat sich ausweislich der Beschlussgründe, Randnummer 10 bb), freilich nicht daran gestört, dass der Notar bei Beurkundung des Wohnungsrechts auf den ihm bekannten Mietvertrag nicht weiter eingegangen war. Beauftragen die Beteiligten den Notar zum Beispiel aus Kostengründen lediglich mit der Erstellung der grundbuchverfahrensrechtlichen Eintragungsbewilligung über das Wohnungsrecht (0,5 Gebühr gemäß KV-Nr. 21201 GNotKG statt Vertragsgebühr gemäß KV-Nr. 21100 GNotKG für die Dienstbarkeits- oder Sicherungsvereinbarung), könnte (vielleicht auch: sollte) er es regelmäßig bei dem Vermerk belassen, dass weitere Erklärungen, sei es zur dinglichen Einigung, § 873 BGB, über das Wohnungsrecht, sei es zum Rechtsgrund für die Bestellung des Wohnungsrechts und/oder den Bedingungen für seinen Fortbestand in der Notarurkunde nicht gewünscht sind.

9 So auch BGH, Beschluss vom 7.4.2011, V ZB 11/10, NJW-RR 2011, 882 Rdnr. 16.

10 Vgl. ergänzend zu den Nachweisen unter Fn. 1 jüngst OLG Koblenz, Urteil vom 18.4.2018, 5 U 1303/17, NJOZ 2018, 1648.

11 Urteil vom 27.6.2014, V ZR 51/13, NJW-RR 2014, 1423.

12 Urteil vom 18.4.2018, 5 U 1303/17, NJOZ 2018, 1648 Rdnr. 22.

13 Vgl. z. B. Beck'sches Notarhandbuch/*Herrler*, 6. Aufl. 2015, A V Rdnr. 343 ff.; Würzburger Notarhandbuch/*Holland*, 5. Aufl. 2017, Teil 2 Kap. 6 Rdnr. 66 ff.

14 MünchKomm-BGB/*Koch*, 7. Aufl. 2016, § 525 Rdnr. 2.

15 *Herrler*, DNotZ 2009, 408, 414; *Zimmer*, ZEV 2009, 382.



## 8. Voraussetzungen für eine Ersetzung der Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veräußerung des Erbbaurechts

BGH, Beschluss vom 13.7.2017, V ZB 186/15 (Vorinstanz: OLG Hamburg, Beschluss vom 20.11.2015, 2 W 70/13)

*Erbbaurechtsgesetz § 5 Abs. 1, § 7 Abs. 1 und 3*

### LEITSÄTZE:

1. Ein mit der Bestellung eines Erbbaurechts verfolgter Zweck im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 Erbbaurechtsgesetz kann auch die Erzielung eines wertgesicherten Erbbauzinses sein.
2. Ist bei der Zwangsversteigerung eines Erbbaurechts der Meistbietende nicht bereit, die im Erbbaurechtsvertrag enthaltene schuldrechtliche Verpflichtung des Erbbauberechtigten zur Anpassung des Erbbauzinses zu übernehmen, kann der Grundstückseigentümer seine Zustimmung zur Erteilung des Zuschlags verweigern, wenn die Zwangsversteigerung nicht zum Erlöschen einer Erbbauzinsrealast geführt hat (Abgrenzung zu Senat, Beschluss vom 26.2.1987, V ZB 10/86, BGHZ 100, 107).

### SACHVERHALT:

1 I. Die Antragsgegnerin ist Eigentümerin eines Grundstücks. Mit notariellem Vertrag vom 18.3.1949 bestellte ihre Rechtsvorgängerin an diesem Grundstück ein Erbbaurecht. In § 3 Abs. 1 des Erbbaurechtsvertrags (im Folgenden: Erbbaurecht) ist ein jährlicher Erbbauzins von 137,40 DM und in § 3 Abs. 2 eine Wertsicherungsklausel vereinbart, die mit notariellem Vertrag vom 10.11.1964 aufgehoben und neu gefasst wurde. Das Erbbaurecht wurde in das Erbbaurecht Grundbuch mit dem Inhalt eingetragen, dass der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf.

2 In Abteilung II Nr. 1 bis 3 des Erbbaurecht Grundbuchs sind Erbbauzinsrealasten von 137,40 DM, 357,29 DM und 504,21 DM eingetragen. Im Nachrang gegenüber diesen ist für die Rechtsvorgängerin der Antragstellerin eine Grundschuld eingetragen. Mit notariellem Vertrag vom 20.7.1999 erwarb der jetzige Erbbauberechtigte das Erbbaurecht. Er verpflichtete sich zur Zahlung des jeweils fälligen Erbbauzinses und erkannte den Erbbaurechtsvertrag vom 18.3.1949 mit Weitergabeverpflichtung gegenüber seinen Rechtsnachfolgern als für sich verbindlich an. Der Erbbauzins betrug zuletzt 791,99 €.

3 Die Antragstellerin betreibt aus der Grundschuld die Zwangsvollstreckung in das Erbbaurecht. Im Versteigerungstermin wurde ein Meistgebot von 60.000 € abgegeben. Eine Entscheidung über den Zuschlag erging bisher nicht, weil die Antragsgegnerin ihre Zustimmung verweigert.

4 Mit Beschluss vom 11.7.2013 hat das AG auf Antrag der Antragstellerin die Zustimmung der Antragsgegnerin zur Veräußerung des Erbbaurechts im Zwangsversteigerungsverfahren durch Erteilung des Zuschlags an den Meistbietenden ersetzt. Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin hat das OLG den Beschluss abgeändert und den Antrag zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde der Antragstellerin, mit welcher sie die Wiederherstellung der Entscheidung des AG erreichen möchte. Die Antragsgegnerin beantragt die Zurückweisung der Rechtsbeschwerde.

### AUS DEN GRÜNDEN:

5 II. Nach Ansicht des Beschwerdegerichts liegen die Voraussetzungen für eine Ersetzung der Zustimmung des Grund-

stückseigentümers zur Veräußerung des Erbbaurechts nicht vor. Die Anpassungsklausel in § 3 Erbbaurechtsgesetz belege, dass der für den Erbbauberechtigten sichtbar verfolgte Zweck aufseiten des Eigentümers darin bestanden habe, ihm eine laufende, bei einer wesentlichen Steigerung des Bodenwerts dieser Entwicklung angepasste Rendite aus dem Grundstück zu verschaffen. Dieser Zweck werde durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung wesentlich beeinträchtigt, wenn der Meistbietende nur die gemäß § 52 ZVG bestehen bleibenden Belastungen mit den vorrangig dinglich gesicherten Erbbauzinsen und nicht die schuldrechtliche Verpflichtung aus dem Erbbaurechtsvertrag zur Anpassung des Erbbauzinses übernehme. Etwas anderes folge nicht aus der Entscheidung des BGH vom 26.2.1987 (V ZB 10/86, BGHZ 100, 107). Sie sei nicht einschlägig, weil hier die Erbbauzinsrealasten der Grundschuld im Rang vorgingen und von dem Zuschlag unberührt blieben. Der Eigentümer könne seine Zustimmung zu einer Veräußerung jedenfalls dann von einer Übernahme der schuldrechtlichen Verpflichtungen abhängig machen, wenn die vertraglichen Vereinbarungen erkennen ließen, dass deren Weitergabe an einen Rechtsnachfolger des Erbbauberechtigten erwartet werde. Das sei hier dadurch gegeben, dass der Eigentümer von dem Erbbauberechtigten die Übertragung des Erbbaurechts verlangen könne, wenn dieser bei einem Verkauf des Erbbaurechts mit dem Erwerber nicht die Übernahme aller Verpflichtungen aus dem Erbbaurechtsvertrag vereinbare. Im Übrigen habe der gegenwärtige Erbbauberechtigte den Erbbaurechtsvertrag mit Weitergabeverpflichtung als für sich verbindlich anerkannt.

6 III. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand. Die gemäß § 7 Abs. 3 Satz 2 Erbbaurechtsgesetz, § 70 Abs. 1 FamFG statthafte und auch im Übrigen gemäß § 71 FamFG zulässige Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

7 1. Im Ausgangspunkt zutreffend nimmt das Beschwerdegericht an, dass die Antragstellerin berechtigt ist, den in § 7 Abs. 1 Erbbaurechtsgesetz geregelten Anspruch auf Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts geltend zu machen und gemäß § 7 Abs. 3 Erbbaurechtsgesetz die Ersetzung der Zustimmung durch das Gericht zu beantragen. § 7 Erbbaurechtsgesetz gilt in sinngemäßer Auslegung des § 8 Erbbaurechtsgesetz auch für Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgen (Senat, Beschluss vom 8.7.1960, V ZB 8/59, BGHZ 33, 76, 87). Der die Versteigerung eines Erbbaurechts betreibende Gläubiger hat ein selbstständiges Antragsrecht nach § 7 Abs. 3 Erbbaurechtsgesetz und ist befugt, den Anspruch aus § 7 Abs. 1 Satz 1 Erbbaurechtsgesetz auszuüben (Senat, Beschluss vom 26.2.1987, V ZB 10/86, BGHZ 100, 107, 111 f.). In der Zustimmung des Grundstückseigentümers zu einer Belastung des Erbbaurechts mit einem Grundpfandrecht kann auch nicht die Zustimmung zu einer Veräußerung des Erbbaurechts durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung, die aus dem Grundpfandrecht betrieben wird, erblickt werden (Senat, Beschluss vom 26.2.1987, V ZB 10/86, BGHZ 100, 107, 112).

8 2. Rechtsfehlerfrei verneint das Beschwerdegericht einen Anspruch der Antragstellerin auf Ersetzung der Zustimmung der Antragsgegnerin zur Veräußerung des Erbbaurechts durch Erteilung des Zuschlags an den Meistbietenden nach § 7 Abs. 1 Erbbaurechtsgesetz.

**9 a)** Die Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veräußerung des Erbbaurechts (§ 5 Abs. 1 ErbbauRG) wird ohne ausreichenden Grund verweigert und ist auf Antrag des Erbbauberechtigten zu ersetzen (§ 7 Abs. 3 ErbbauRG), wenn ihm ein Anspruch auf Erteilung der Zustimmung zusteht (vgl. Senat, Beschluss vom 26.2.1987, V ZB 10/86, BGHZ 100, 107, 113). Das ist der Fall, wenn anzunehmen ist, dass durch die Veräußerung der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck nicht wesentlich beeinträchtigt oder gefährdet wird und die Persönlichkeit des Erwerbers Gewähr für eine ordnungsmäßige Erfüllung der sich aus dem Erbbaurechtsinhalt ergebenden Verpflichtungen bietet (§ 7 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG).

**10 b)** Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Gegen die Person des Meistbietenden werden zwar keine Bedenken geltend gemacht. Durch die Erteilung des Zuschlags an ihn würde aber der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck wesentlich beeinträchtigt.

**11 aa)** Der mit der Bestellung des in Rede stehenden Erbbaurechts verfolgte Zweck der Antragsgegnerin ist (auch) die Erzielung eines wertgesicherten Erbbauzinses.

**12 (1)** Wird ein Erbbauzins vereinbart (das Erbbaurecht also nicht etwa unentgeltlich bestellt), ist die Erzielung dieses Erbbauzinses im Allgemeinen ein vom Grundstückseigentümer mit der Bestellung des Erbbaurechts – jedenfalls auch – verfolgter Zweck, der zugleich einen Zweck im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG darstellt (vgl. Senat, Beschluss vom 26.2.1987, V ZB 10/86, BGHZ 100, 107, 113 f.). Die Vereinbarung eines Erbbauzinses bildet regelmäßig die Gegenleistung für die Bestellung des Erbbaurechts (vgl. Senat, Urteil vom 9.10.2009, V ZR 18/09, NJW 2010, 224 Rdnr. 9; Urteil vom 22.1.2016, V ZR 27/14, BGHZ 208, 316 Rdnr. 23). Auf der Grundlage dieses Rechts erwirtschaftet der Grundstückseigentümer laufende Einkünfte aus dem Grundstück. Dass dies auch hier ein mit der Bestellung des Erbbaurechts verbundener Zweck ist, stellt die Rechtsbeschwerde nicht in Abrede.

**13 (2)** Ein mit der Bestellung eines Erbbaurechts verfolgter Zweck im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG kann auch die Erzielung eines wertgesicherten Erbbauzinses sein. Das ist nicht nur anzunehmen, wenn die Anpassung des Erbbauzinses dinglich durch Eintragung einer sich ohne Weiteres an veränderte Verhältnisse anpassende Reallast nach § 1105 Abs. 1 Satz 2 BGB oder wenn der schuldrechtliche Anspruch auf Eintragung einer angepassten Reallast durch eine Vormerkung gesichert ist, sondern auch dann, wenn die Anpassung nur schuldrechtlich vereinbart ist.

**14 (a)** Es ist allerdings umstritten, ob schuldrechtliche Vereinbarungen hinsichtlich des Erbbauzinses zu dem mit der Bestellung eines Erbbaurechts verfolgten Zweck gehören.

**15 (aa)** Nach überwiegender Ansicht, der das Beschwerdegericht folgt, ist die Erzielung eines wertgesicherten Erbbauzinses auch dann ein mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgter Zweck im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG, wenn die Verpflichtung zur Zahlung und Anpassung des Erbbauzinses lediglich aufgrund einer Vereinbarung in dem Erbbaurechtsvertrag besteht und es an einer dinglichen Sicherung fehlt (vgl. OLG Celle, Rpfleger 1983, 270; OLG Düsseldorf, FGPrax 2016, 43, 44; *Böttcher*, Praktische Fragen des

Erbbaurechts, 7. Aufl., Rdnr. 275; *Lemke/Czub*, Immobilienrecht, 2. Aufl., § 7 ErbbauRG Rdnr. 8; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 1788; *Staudinger/Rapp*, Neub. 2017, § 7 ErbbauRG Rdnr. 26; v. *Oefele/Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, 6. Aufl., § 4 Rdnr. 201, 205 f.; *Linde/Richter*, Erbbaurecht und Erbbauzins, 3. Aufl., Rdnr. 133; vgl. auch *Ingenstau/Hustedt*, ErbbauRG, 10. Aufl., § 7 Rdnr. 13). Zur Begründung wird im Wesentlichen ausgeführt, der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck ergebe sich auch aus dem Inhalt des Erbbaurechtsvertrags und den Umständen seines Zustandekommens. Zu den wichtigsten schuldrechtlichen Vereinbarungen in dem Erbbaurechtsvertrag zählten diejenigen über den Erbbauzins und über dessen Anpassung an die veränderten wirtschaftlichen Verhältnisse. Der Erwerber des Erbbaurechts müsse die Verpflichtungen aus dem Erbbaurechtsvertrag, die dem mit der Erbbaurechtsbestellung verfolgten Zweck dienen, übernehmen. Teilweise wird das einschränkend nur für den Fall angenommen, dass dem Erbbaurechtsberechtigten vertraglich auferlegt worden ist, dem Erwerber des Erbbaurechts die schuldrechtliche Verpflichtung zur Zahlung und Anpassung des Erbbauzinses weiterzugeben (vgl. OLG Hamm, OLGZ 1976, 260, 261; OLG Oldenburg, Rpfleger 1985, 203; *MünchKomm-BGB/Heinemann*, 7. Aufl., § 7 ErbbauRG Rdnr. 10; *Ermann/Grzivotz*, BGB, 14. Aufl., § 7 ErbbauRG Rdnr. 2).

**16 (bb)** Nach anderer Ansicht ist der rein schuldrechtliche Anspruch auf Zahlung und Anpassung des Erbbauzinses unbeachtlich. Der Zweck des Erbbaurechts werde durch den dinglichen Inhalt des Erbbaurechts bestimmt. Allein der dinglich gesicherte Erbbauzins gehöre deshalb zu dem mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgten Zweck (vgl. OLG Hamm, FGPrax 2012, 229, 230; *BeckOK-ErbbauRG/Maaß*, 41. Edition, § 7 Rdnr. 7; *Soergel/Stürmer*, BGB, 13. Aufl., § 7 ErbbauVO Rdnr. 3; *Hagemann*, Rpfleger 1985, 203, 204).

**17 (b)** Richtigerweise ist die Erzielung eines wertgesicherten Erbbauzinses auch dann als ein von dem Grundstückseigentümer mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgter Zweck nach § 7 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG anzusehen, wenn der Erbbaurechtsvertrag eine Anpassungsklausel enthält, der Anpassungsanspruch aber nicht mit dinglicher Wirkung gesichert worden ist.

**18** Der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck des Grundstückseigentümers im Sinne des § 7 ErbbauRG ist nicht nur nach dem vertragsgemäßen Inhalt des Erbbaurechts (§ 2 ErbbauRG) zu bestimmen (Senat, Beschluss vom 26.2.1987, V ZB 10/86, BGHZ 100, 107, 114). Maßgebend sind vielmehr die bei der Bestellung des Erbbaurechts verfolgten Interessen des Eigentümers (vgl. Begründung zu § 7 Erbbaurechtsverordnung, RAnZ Nr. 26 vom 31.1.1919, Beilage 1). Diese ergeben sich in erster Linie aus dem Inhalt des Erbbaurechtsvertrags und den Umständen seines Zustandekommens (vgl. BayObLGZ 1972, 260, 263; OLG Hamm, FGPrax 2012, 229; *Lemke/Czub*, Immobilienrecht, § 7 ErbbauRG Rdnr. 5; *BeckOK-ErbbauRG/Maaß*, § 7 Rdnr. 5; *MünchKomm-BGB/Heinemann*, § 7 ErbbauRG Rdnr. 5; *Ingenstau/Hustedt*, ErbbauRG, § 7 Rdnr. 9; *Linde/Richter*, Erbbaurecht und Erbbauzins, Rdnr. 132; v. *Oefele/Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 198, 206; ähnlich *Staudinger/*

*Rapp*, § 7 ErbbauRG Rdnr. 26: Geschäftsgrundlage). Der Zweck muss aber für den Erbbauberechtigten erkennbar gewesen und von ihm hingenommen worden sein (so auch RGRK/*Räffe*, BGB, 12. Aufl., § 7 ErbbVO Rdnr. 5, der die Erzielung eines Erbbauzinses allerdings nicht als Zweck im Sinne von § 7 ErbbauRG ansieht).

**19** Ist das Erbbaurecht entgeltlich bestellt, verfolgt der Grundstückseigentümer für den Erbbauberechtigten erkennbar den Zweck, für die gesamte Laufzeit des Erbbaurechts eine angemessene Rendite zu erzielen. Bei Erlass der Erbbaurechtsverordnung wurde nur deshalb davon abgesehen, die Erbbauzinspflicht zum Inhalt des Erbbaurechts zu erklären, weil dies wegen des Interesses an der Beleihbarkeit des Erbbaurechts als unzweckmäßig angesehen wurde. Damit wäre ein Zurückrücken des Erbbauzinses hinter die Hypothek ausgeschlossen und die Beleihung von Erbbaurechten unnötig erschwert worden (vgl. Begründung zu § 9 Erbbaurechtsverordnung, RANZ Nr. 26 vom 31.1.1919, Beilage 1). Im Verhältnis zu dem Erbbauberechtigten sollte damit eine Abwertung des Interesses des Grundstückseigentümers, bei der Bestellung eines entgeltlichen Erbbaurechts den Erbbauzins zu erzielen, nicht verbunden sein. Die Wertsicherung des Erbbauzinses war dem Grundstückseigentümer nach der bis zum 30.9.1994 geltenden Rechtslage – und damit für das hier in Rede stehende Erbbaurecht – aber nur durch die Vereinbarung einer schuldrechtlichen Wertsicherungsklausel möglich. Der dingliche Erbbauzins musste nämlich der Höhe nach im Voraus für die ganze Dauer des Erbbaurechts bestimmt sein (§ 9 Abs. 2 Satz 1 ErbbauVO in der bis zum 30.9.1994 geltenden Fassung), sodass eine Anpassungsklausel nur auf schuldrechtlicher Grundlage vereinbart und dingliche Wirkung nur durch Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Änderung oder Neubestellung einer Erbbauzinsrealast erreicht werden konnte (vgl. Senat, Urteil vom 28.11.1956, V ZR 40/56, BGHZ 22, 220, 222 ff.; Beschluss vom 13.7.1973, V ZB 8/73, BGHZ 61, 209, 211; Urteil vom 1.6.1990, V ZR 84/89, BGHZ 111, 324, 328).

**20** Auch der Bundesgesetzgeber hat die Erzielung eines rentierlichen Erbbauzinses als einen von dem Grundstückseigentümer mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgten Zweck anerkannt. Er hat diesen Zweck mit der Änderung des § 9 Abs. 2 ErbbauVO in der bis zum 30.9.1994 geltenden Fassung durch das Sachenrechtsbereinigungsgesetz vom 21.9.1994 (BGBl. I, S. 2457) und der Einführung von § 1105 Abs. 1 Satz 2 BGB sowie der Neufassung des § 9 Abs. 2 ErbbauRG durch Art. 11a Abs. 2 Nr. 2 EuroEG vom 9.6.1998 (BGBl. I, S. 1242) aufgewertet. Danach ist die Vereinbarung einer sich an verändernde Verhältnisse ohne Weiteres anpassenden Realast (Gleitklausel) auch für den Erbbauzins zulässig (vgl. BT-Drucks. 13/10334, S. 42). Die Bedeutung des wertgesicherten Erbbauzinses für den Grundstückseigentümer zeigt sich auch darin, dass in dem Erbbaurechtsvertrag ein Heimfall für den Fall vereinbart werden kann, dass der Erwerber eines Erbbaurechts nicht in die schuldrechtlichen Verpflichtungen aus dem Erbbaurechtsvertrag eintritt (vgl. OLG Oldenburg, Rpfleger 1985, 203; v. *Oefele/Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 81a; vgl. aber auch Senat, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 165/14, BGHZ 207, 334 Rdnr. 35 ff.).

**21** Aus der Anerkennung der Erzielung eines wertgesicherten Erbbauzinses als einen mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgten Zweck folgt, dass der Erwerber bereit und in der Lage sein muss, die schuldrechtliche Verpflichtung aus dem Erbbaurechtsvertrag zur Zahlung und Anpassung des Erbbauzinses zu erfüllen. Das gilt unabhängig davon, ob der Erbbaurechtsvertrag eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten zur Weitergabe der schuldrechtlichen Vereinbarungen zu dem Erbbauzins an den Erwerber enthält (so auch Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1788; Staudinger/*Rapp*, § 7 ErbbauRG Rdnr. 26; *Linde/Richter*, Erbbaurecht und Erbbauzins, Rdnr. 135; vgl. auch OLG Celle, Rpfleger 1984, 270; OLG Hamm, FGPrax 2010, 319, 321; OLG Düsseldorf, FGPrax 2016, 43, 44). Der Umfang der zu übernehmenden Pflichten wird aber durch den Erbbaurechtsvertrag begrenzt.

**22** bb) Die Erteilung des Zuschlags an den Meistbietenden beeinträchtigt den mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgten Zweck wesentlich, wenn dieser nicht bereit ist, in die schuldrechtliche Verpflichtung aus dem Erbbaurechtsvertrag hinsichtlich des Erbbauzinses einzutreten.

**23** (1) Die Rechte und Pflichten aus einer schuldrechtlichen Erbbauzinsanpassungsklausel gehen im Fall einer Einzelnachfolge (vgl. Senat, Urteil vom 18.4.1986, V ZR 8/85, DNotZ 1987, 360) und auch in der Zwangsversteigerung nicht auf den Erwerber des Erbbaurechts über. Der Anspruch auf Erhöhung (oder Reduzierung) des Erbbauzinses richtet sich weiterhin gegen den ursprünglichen Erbbauberechtigten, sofern der Erwerber nicht in den schuldrechtlichen Bestellungsvertrag eingetreten ist (vgl. Senat, Urteil vom 4.5.1990, V ZR 21/89, BGHZ 111, 214, 215; Beschluss vom 5.6.2014, V ZB 160/13, NJW 2014, 3521 Rdnr. 8).

**24** (2) Der Zustimmungsvorbehalt gemäß § 5 Abs. 1 ErbbauRG gibt dem Grundstückseigentümer jedoch eine Handhabe, den Eintritt des Erwerbers in die schuldrechtliche Verpflichtung zur Zahlung und Anpassung des Erbbauzinses zu erzwingen. Von der Übernahme zusätzlicher Verpflichtungen kann er seine Zustimmung hingegen nicht abhängig machen (vgl. OLG Frankfurt a. M., Rpfleger 1979, 24, 25; OLG Celle, Rpfleger 1983, 270 m. w. N.; *Lemke/Czub*, Immobilienrecht, § 7 ErbbauRG Rdnr. 9). Diese Grundsätze gelten auch in der Zwangsversteigerung des Erbbaurechts.

**25** (a) Allerdings wird teilweise vertreten, der Grundstückseigentümer, der davon abgesehen habe, seinen Anspruch auf Erbbauzins durch Eintragung einer Realast auf dem Erbbaurecht zu sichern, könne seine Zustimmung zur Erteilung des Zuschlags in der Zwangsversteigerung nicht davon abhängig machen, dass der Ersteher den schuldrechtlichen Anspruch auf Zahlung des Erbbauzinses übernehme. Dem Grundstückseigentümer sei zuzumuten, bei der Zustimmung zur Belastung des Erbbaurechts mit einem Grundpfandrecht das zur Wahrung seiner Rechte Erforderliche selbst zu veranlassen (OLG Hamm, FGPrax 2012, 229, 230; vgl. v. *Oefele/Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 207; im Ergebnis auch *Hagemann*, Rpfleger 1985, 203, 204 f.).

**26** (b) Richtigerweise kann der Grundstückseigentümer die Erteilung der Zustimmung zu dem Zuschlag verweigern, wenn der Ersteher nicht bereit ist, in die schuldrechtlichen Verpflichtungen



tungen hinsichtlich des Erbbauzinses einzutreten (vgl. Senat, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 165/14, BGHZ 207, 334 Rdnr. 31 m. w. N.; vgl. OLG Celle, Rpfleger 1983, 270; OLG Düsseldorf, FGPrax 2016, 43, 44; *Böttcher*, Praktische Fragen des Erbbaurechts, Rdnr. 277). Eine unterschiedliche Behandlung des Zustimmungsvorbehalts bei rechtsgeschäftlichem Erwerb einerseits und Erwerb in der Zwangsversteigerung andererseits ist nicht gerechtfertigt (vgl. § 8 ErbbauRG). Bei dem Zustimmungserfordernis handelt es sich um eine rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung mit dinglicher Wirkung zum Schutz der Interessen des Eigentümers. Nach der Begründung zur Erbbaurechtsverordnung soll der Grundstückseigentümer durch den Zustimmungsvorbehalt einem Verkauf zu Spekulationszwecken entgegentreten können (Begründung zu §§ 5 und 6 Erbbaurechtsverordnung, RANZ Nr. 26 vom 31.1.1919, Beilage 1). Der Zustimmungsvorbehalt gilt nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG aber nicht nur dann, wenn das Erbbaurecht dem Zweck seiner Bestellung zuwider zu objektiv gewinnstüchtigen Zwecken veräußert werden soll (Lemke/Czub, Immobilienrecht, § 5 ErbbauRG Rdnr. 2). Er eignet sich vielmehr grundsätzlich zur Durchsetzung der im Erbbaurechtsvertrag angelegten Zwecke des Grundstückseigentümers.

**27** (c) Etwas anderes folgt nicht aus dem Beschluss des Senats vom 26.2.1987 (V ZB 10/86, BGHZ 100, 107). Danach kann der Grundstückseigentümer, der der Belastung des Erbbaurechts mit einem gegenüber der Erbbauzinsreallast vorrangigen Grundpfandrecht zugestimmt hat, in einer von dem Grundpfandgläubiger betriebenen Zwangsversteigerung des Erbbaurechts seine Zustimmung zu dem Zuschlag nicht mit der Begründung verweigern, der Meistbietende sei nicht bereit, in die schuldrechtlichen Verpflichtungen des Erbbauberechtigten hinsichtlich des Erbbauzinses einzutreten. Zur Begründung hat der Senat maßgeblich darauf abgestellt, dass die Zustimmung zu der vorrangigen Belastung des Erbbaurechts ohne Sinn wäre, wenn die sich hieraus ergebenden gesetzlichen Folgen von dem Grundstückseigentümer nicht hingenommen werden müssten (Senat, Beschluss vom 26.2.1987, V ZB 10/86, BGHZ 100, 107, 115; ebenso für einen Heimfallanspruch: Senat, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 165/14, BGHZ 207, 334 Rdnr. 35 ff.).

**28** (d) Diese Erwägungen lassen sich, wie das Beschwerdegericht zutreffend erkennt, nicht auf Sachverhalte übertragen, in denen die Zwangsversteigerung des Erbbaurechts – wie in dem hier zu beurteilenden Fall – nicht zum Erlöschen einer eingetragenen Erbbauzinsreallast geführt hat (§ 44 Abs. 1, § 52 Abs. 1 Satz 2, § 91 Abs. 1 ZVG). Denn in einem solchen Fall kann dem Grundstückseigentümer nicht vorgehalten werden, er nehme die gesetzlichen Folgen der Zwangsversteigerung nicht hin, wenn er seine Zustimmung zum Zuschlag davon abhängig macht, dass der Meistbietende die den Erbbauzins betreffenden schuldrechtlichen Verpflichtungen aus dem Erbbaurechtsvertrag übernimmt. Einem Grundstückseigentümer, der es unterlassen hat, seinen Anspruch auf Anpassung des Erbbauzinses mit dinglicher Wirkung zu sichern, ist auch nicht vorzuwerfen, den mit der Erbbaurechtsbestellung verfolgten Zweck selbst eingeschränkt zu haben. Das Zustimmungserfordernis des § 5 Abs. 1 ErbbauRG dient gerade dem Schutz der mit der Erbbaurechtsbestellung verfolgten Zwecke. Der Grundstückseigentümer soll in die Lage

versetzt werden, einen Erwerber zu einer Übernahme der wesentlichen im Erbbaurechtsvertrag verankerten schuldrechtlichen Verpflichtungen zu zwingen. Mittels des Zustimmungserfordernisses wird sichergestellt, dass er die von ihm verfolgten Zwecke auch bei einem Wechsel in der Person des Erbbauberechtigten verwirklichen kann; es kommt also dort zum Tragen, wo es an einer dinglichen Sicherung von Verpflichtungen des Erbbauberechtigten fehlt. Sein Recht kann deshalb nicht mit der Begründung beschränkt werden, er habe die mögliche (quasi-)dingliche Sicherung seiner Ansprüche unterlassen. Es bleibt vielmehr bei dem Grundsatz, dass der Grundstückseigentümer die Zustimmung zur Erteilung des Zuschlags verweigern darf, wenn der Meistbietende den Eintritt in schuldrechtliche Verpflichtungen aus dem Erbbaurechtsvertrag verweigert, deren Einhaltung für den mit der Erbbaurechtsbestellung verfolgten Zweck wesentlich ist. Ist der Meistbietende nicht bereit, die im Erbbaurechtsvertrag enthaltene schuldrechtliche Verpflichtung des Erbbauberechtigten zur Anpassung des Erbbauzinses zu übernehmen, kann der Grundstückseigentümer daher seine Zustimmung zur Erteilung des Zuschlags verweigern, wenn die Zwangsversteigerung nicht zum Erlöschen einer Erbbauzinsreallast geführt hat.

**29** cc) Vorliegend würde der mit der Bestellung des Erbbaurechts von der Antragsgegnerin verfolgte Zweck, einen wertgesicherten Erbbauzins zu erzielen, durch die Erteilung des Zuschlags an den Meistbietenden gefährdet. In dem Erbbaurechtsvertrag ist eine schuldrechtliche Anpassungsklausel vereinbart. Maßgeblich ist die Vereinbarung in § 3 Abs. 2 ErbbV vom 18.3.1949 in der aktuellen Fassung vom 10.11.1964. Diese hat der jetzige Erbbauberechtigte nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts bei dem Erwerb des Erbbaurechts am 20.7.1999 als für sich verbindlich anerkannt. Der Meistbietende ist nach den von der Rechtsbeschwerde nicht angegriffenen Feststellungen des Beschwerdegerichts nicht bereit, in die schuldrechtliche Erbbauzinsanpassungsverpflichtung aus dem Erbbaurechtsbestellungsvertrag in der Fassung vom 10.11.1964 einzutreten. Ein Widerspruch zu den gesetzlichen Folgen der Zwangsversteigerung besteht nicht. Folglich ist die Antragsgegnerin nicht verpflichtet, der Erteilung des Zuschlags an ihn zuzustimmen.

(...)

#### ANMERKUNG:

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

Der Beschluss befasst sich mit den Voraussetzungen, unter denen der Grundstückseigentümer gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG verpflichtet ist, einer Veräußerung des Erbbaurechts zuzustimmen. Die Thematik stellt sich nur, wenn als Inhalt des Erbbaurechts gemäß § 5 Abs. 1 ErbbauRG vereinbart wurde, dass der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf und diese Vereinbarung auch im Grundbuch eingetragen wurde. Nach den Erkenntnissen der Praxis kann dies jedoch als Regelfall des Inhalts eines Erbbaurechts angesehen werden.



§ 7 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG stellt sich als Kompromisslösung zwischen den (möglicherweise) sich widerstrebenden Interessen des Erbbauberechtigten einerseits und des Grundstückseigentümers andererseits dar. Dieser Widerstreit beruht darauf, dass das Erbbaurecht gemäß § 11 Abs. 1 ErbbauRG als „grundstücksgleiches Recht“ qualifiziert wird, woraus sich gemäß § 903 BGB das Recht des Erbbauberechtigten ergibt, über das Erbbaurecht frei zu verfügen, dieses insbesondere auch veräußern zu können. Das Erbbaurecht selbst geht jedoch auf einen zunächst schuldrechtlichen, in den Gegenständen des § 2 ErbbauRG mit Grundbucheintragung jedoch verdinglichten Inhalt des Erbbaurechtsvertrags zurück. Das Vertragskonzept hat zur Folge, dass kein Vertragsteil dem anderen einen neuen Vertragspartner aufzwingen kann. Ein Wechsel der Vertragsparteien ist nur durch eine Vertragsübernahme möglich, die der Zustimmung des bisherigen, des ausscheidenden und des neuen Vertragspartners bedarf.

In dem vom BGH zu entscheidenden Fall ging es darum, dass ein Ersteigerer des Erbbaurechts sich weigerte, die im Erbbaurechtsvertrag getroffenen schuldrechtlichen Vereinbarungen hinsichtlich einer Anpassung des Erbbauzinses gemäß einer Wertsicherungsklausel, die jedoch in keiner Weise im Grundbuch eingetragen war, anzuerkennen und gegenüber dem Grundstückseigentümer zu übernehmen. Der Grundstückseigentümer verweigerte bei dieser Situation gemäß §§ 8, 5 Abs. 1 ErbbauRG seine Zustimmung zum Zuschlag in der Zwangsversteigerung. Der Ersteigerer konnte damit nicht als neuer Erbbauberechtigter im Grundbuch eingetragen werden.

## 1. Anwendungsbereich der Entscheidung

Die Entscheidung des BGH betrifft sonach nur Fälle, in denen eine schuldrechtliche Anpassungsverpflichtung bezüglich des Erbbauzinses vereinbart ist.<sup>1</sup> Dies betrifft Erbbaurechte, die unter der bis zum 30.9.1994 gültigen Bestimmung des § 9 Abs. 2 Satz 1 ErbbauVO in das Grundbuch eingetragen wurden. Die Bestimmung hatte damals folgende Fassung:

„Der Erbbauzins muss nach Zeit und Höhe für die ganze Erbbaurechtszeit im Voraus bestimmt sein.“

Der Zweck dieser Vorschrift war klar: Zum einen sollte der Erbbauberechtigte vor Erhöhungen des Erbbauzinses geschützt werden, zum anderen sollte für nachrangige Grundpfandrechtsgläubiger der Umfang der vorgehenden Belastung durch den Erbbauzins für die Laufzeit des Erbbaurechts feststehen.<sup>2</sup> Bei den politischen, wirtschaftlichen und sozialen Veränderungen in Deutschland im Laufe des 20. Jahrhunderts war jedoch absehbar, dass dieses Prinzip

des von Anfang an in seiner Höhe feststehenden Erbbauzinses nicht durchgehalten werden konnte. Das Erbbaurecht gehörte zu den Fallgruppen, bei denen die Rechtsprechung den Gesichtspunkt des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) in der speziellen Ausprägung der Äquivalenzstörung besonders nachhaltig herausgearbeitet hatte, falls der Erbbaurechtsvertrag keine Anpassungsklausel enthielt.<sup>3</sup>

Die Kautelarjurisprudenz hat auf diese Veränderungen den schuldrechtlichen Anpassungsanspruch entwickelt, der, sofern der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz gewahrt ist, durch eine Vormerkung gemäß § 883 BGB<sup>4</sup> gesichert werden konnte. Die schuldrechtliche Wertsicherungsklausel bestand dabei neben und zusätzlich zu dem dinglich durch Reallast abgesicherten festen Erbbauzins. Die Vormerkungssicherung des Anpassungsanspruchs ist jedoch nicht obligat; die Wirksamkeit der Wertsicherungsvereinbarung zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten besteht auch ohne eine solche. Diese Konstellation hatte der BGH mit dem Beschluss vom 13.7.2017 zu beurteilen.

Die BGH Entscheidung ist danach *nicht anwendbar* auf alle Erbbaurechte, die ab dem 1.10.1994<sup>5</sup> mit dem neuen Erbbauzins des damaligen § 9 Abs. 2 ErbbauVO in das Grundbuch eingetragen wurden. Mit der Fassung des § 9 Abs. 2 ErbbauVO und mit dem nachfolgenden Euro-EG vom 9.6.1998 – Einfügung des Wertsicherungsrechts in § 1105 Abs. 1 Satz 2 BGB – wurde es möglich (und entspricht es auch der allgemeinen Praxis), eine automatisch wertgesicherte Erbbauzinsreallast zu vereinbaren. Diese hat dingliche Wirkung gegenüber jedem Rechtsnachfolger, auch gegenüber einem solchen, der durch Zuschlag in der Zwangsversteigerung erworben hat. Ein Eintritt in eine schuldrechtliche, die Anpassung des Erbbauzinses regelnde Vereinbarung, ist nicht mehr erforderlich.

## 2. Eintritt in schuldrechtliche Vereinbarungen

§ 7 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG regelt zwei Tatbestände, bei deren Vorliegen der Erbbauberechtigte einen Anspruch gegen den Grundstückseigentümer auf Zustimmung zur Veräußerung hat. Nachdem in dem entschiedenen Fall gegen die Persönlichkeit des Erwerbers keine Bedenken bestanden, kam es für die Entscheidung des BGH nur noch darauf an, ob der Nichteintritt eines Erwerbers in schuldrechtliche Vereinbarungen des Erbbaurechtsvertrags, insbesondere in eine grundbuchmäßig nicht durch Vormerkung abgesicherte Wertsicherungsklausel, einen Grund zur Versagung der Eigentümerzustimmung bildet. Entscheidend ist also nach

1 BGH, Urteil vom 28.11.1956, V ZR 40/56, BGHZ 22, 220; Palandt/Wicke, 77. Aufl. 2018, § 9 ErbbauRG Rdnr. 9; Staudinger/Rapp, Neub. 2017, § 9 ErbbauRG Rdnr. 6, 22; v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch des Erbbaurechts, 6. Aufl. 2016, § 6 Rdnr. 87 ff.; Freckmann/Frings/Grziwotz, Das Erbbaurecht in der Finanzierungspraxis, 3. Aufl. 2018, Rdnr. 225; Ingenstau/Hustedt, ErbbauRG, 11. Aufl. 2018, § 9 Rdnr. 52 ff.

2 Staudinger/Rapp, § 9 ErbbauRG Rdnr. 20; v. Oefele/Winkler/Schlögel, a. a. O., § 6 Rdnr. 208 ff.

3 BGH, Urteil vom 23.5.2014, V ZR 208/12, NJW 2014, 3439 Rdnr. 18 ff.; BGH, Urteil vom 18.9.1992, V ZR 116/91, BGHZ 119, 220; BGH, Urteil vom 4.5.1990, V ZR 21/89, BGZ 111, 214, 216; BGH, Urteil vom 17.12.1982, V ZR 306/81, BGHZ 86, 167; BGH, Urteil vom 23.5.1980, V ZR 20/78, BGHZ 77, 194; ausführlich hierzu v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch des Erbbaurechts, § 6 Rdnr. 229 ff.

4 BGH, Urteil vom 28.11.1956, V ZR 40/56, BGHZ 22, 220; Staudinger/Gursky, Neub. 2013, § 883 Rdnr. 136 ff.; v. Oefele/Winkler/Schlögel, a. a. O., § 6 Rdnr. 208 ff.

5 Inkrafttreten des Sachenrechtsänderungsgesetzes, BGBl. 1994 I, S. 2455 ff.

dem Gesetzestext, ob bei einer solchen Veräußerung der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck wesentlich beeinträchtigt oder gefährdet werden würde. Sollte dies zu verneinen sein, so erhielte der (neue) Erbbauberechtigte ein Erbbaurecht, bei dem er weder dinglich noch schuldrechtlich verpflichtet wäre, Anpassungen des Erbbauzinses entsprechend der vereinbarten Wertsicherungsklausel zu erfüllen. Unberührt hiervon bliebe jedoch der schuldrechtliche Anspruch des Grundstückseigentümers gegen den früheren Erbbauberechtigten, dem gegenüber wegen des Fehlens einer Vertragsübernahme durch den Erwerber der schuldrechtliche Anspruch fortbestehen würde. Auf diesen Gesichtspunkt geht jedoch der BGH zu Recht nicht ein. Es ist für den Grundstückseigentümer unzumutbar, einen schuldrechtlichen Anspruch gegenüber einem früheren Erbbauberechtigten zu verfolgen. Der Grundstückseigentümer wäre in vollem Umfang dem Insolvenzrisiko des früheren Erbbauberechtigten ausgesetzt, ohne dass er wegen diesbezüglicher Pflichtverletzungen Ansprüche gegen den aktuellen Erbbauberechtigten geltend machen könnte. Eine solche Aufspaltung des ursprünglich einheitlichen Erbbaurechtsvertrags ist von der Auslegung her nicht zulässig, da sie den Interessen der ursprünglichen Parteien des Erbbaurechtsvertrags widerspricht.<sup>6</sup>

a) Der Erbbaurechtsvertrag enthält zwingende (zum Beispiel § 1 ErbbauRG) und fakultative (zum Beispiel §§ 2, 5, 27 Abs. 1 Satz 2, § 32 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG) dinglich wirkende Regelungen. Daneben kann er schuldrechtliche Vereinbarungen enthalten, die, entsprechend ihrer Rechtsnatur, gegenüber einem Sonderrechtsnachfolger nur im Falle einer Vertragsübernahme wirksam sind. Hieraus wird in Teilen der Rechtsprechung und der Literatur abgeleitet, dass der „mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck“ gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG nur durch den dinglichen Inhalt des Erbbaurechts bestimmt werde. Allein der dinglich gesicherte Erbbauzins gehöre deshalb zu dem mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgten Zweck.<sup>7</sup> Dieser Auslegung widerspricht jedoch der Senat zu Recht. Dem Gesetzeswortlaut des § 7 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG ist eine solche, die handgreiflichen Belange des Grundstückseigentümers außer Betracht lassende Einschränkung nicht zu entnehmen.<sup>8</sup> Der mit § 5 Abs. 1 ErbbauRG bezweckte Schutz des Grundstückseigentümers würde, jedenfalls im Falle einer Zwangsversteigerung des Erbbaurechts, vollkommen ausgehöhlt, da keine Möglichkeit bestünde, den ursprünglichen Inhalt des Erbbaurechtsvertrags durchzusetzen. Das Erbbaurecht würde dadurch deutlich an Attraktivität verlieren. Den Erwägungen des Senats, § 5 Abs. 1 ErbbauRG eigne sich grundsätzlich zur Durchsetzung der im Erbbaurechtsvertrag angelegten Zwecke des Grundstückseigentümers,<sup>9</sup> ist daher zuzustimmen.

b) Der Senat hatte sich in diesem Zusammenhang auch mit seiner früheren Rechtsprechung zu befassen, wonach der Grundstückseigentümer eine Zustimmung zu einem Zuschlag in der Zwangsversteigerung nicht mit der Begründung verweigern kann, der Meistbietende sei nicht bereit, in die schuldrechtlichen Verpflichtungen des Erbbauberechtigten hinsichtlich des Erbbauzinses einzutreten. Dabei handelte es sich jedoch stets um Fälle, in denen der Grundstückseigentümer der Belastung des Erbbaurechts mit einem Grundpfandrecht zugestimmt hat, das im Range vor der Erbbauzinsreallast einzutragen war.<sup>10</sup> In diesen Fällen hat sich der Grundstückseigentümer freiwillig seiner vorrangigen Rechtsposition begeben, weshalb er die gesetzlichen Folgen des dadurch eingetretenen Rangverhältnisses – Erlöschen des nachrangigen Erbbauzinses – hinzunehmen hat. Davon zu unterscheiden ist der hier vom Senat entschiedene Fall, bei dem die Erbbauzinsreallast vorrangig vor dem Grundpfandrecht eingetragen war und sie deshalb durch den Zuschlag auch nicht erloschen ist (§ 44 Abs. 1, § 52 Abs. 1 Satz 2, § 91 Abs. 1 ZVG). Zu Recht führt der Senat hier aus, dass durch das vereinbarte Zustimmungserfordernis gemäß § 5 Abs. 1 ErbbauRG sichergestellt werden kann, dass der vom Eigentümer verfolgte Zweck auch bei einem Wechsel in der Person des Erbbauberechtigten verwirklicht werden kann. Er kommt also dort zum Tragen, wo es an einer dinglichen Sicherung von Verpflichtungen des Erbbauberechtigten fehlt.<sup>11</sup>

Hinzuweisen ist jedoch auch hier darauf, dass diese Gesichtspunkte nur bei schuldrechtlichen Anpassungsvereinbarungen bezüglich des Erbbauzinses maßgeblich sind. Wurde bei einem ab dem 1.10.1994 entstandenen Erbbaurecht eine versteigerungsfeste Erbbauzinsreallast gemäß § 9 Abs. 3 ErbbauRG vereinbart, so hat deren Rangrücktritt hinter ein Grundpfandrecht nicht das Erlöschen des Erbbauzinses zur Folge, wenn aus dem Grundpfandrecht die Zwangsversteigerung betrieben wird.<sup>12</sup> § 9 Abs. 3 ErbbauRG ist sowohl auf die Reallast anwendbar, die einen dinglich wertgesicherten Anspruch sichert (§ 1105 Abs. 1 Satz 2 BGB) als auch auf eine solche, die durch Eintragung entsprechend dem schuldrechtlichen Anpassungsanspruch entstanden ist. Die durch § 9 Abs. 3 Nr. 1 ErbbauRG sichtbar gewordene Wertung des Gesetzgebers fordert darüber hinaus, dass die Vorschrift entsprechend angewendet wird auf die Vormerkung zur Sicherung des schuldrechtlichen Anpassungsanspruchs. Sie erlischt also nicht bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 9 Abs. 3 Nr. 1 ErbbauRG.

Da in diesem Falle der Erbbauzins auch nach der Zuschlagserteilung fortbesteht, kann der Grundstückseigentümer den Eintritt des Erstehers in eine nur schuldrechtlich wirkende Anpassungsvereinbarung verlangen und bei entsprechender Weigerung des Erstehers die Zustimmung zum Zuschlag versagen.

6 Rdnr. 23 der besprochenen Entscheidung.

7 Vgl. Rdnr. 16 der besprochenen Entscheidung m. w. N.

8 BGH, Beschluss vom 26.2.1987, V ZB 10/86, BGHZ 100, 107, 114; BGH, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 165/14, BGHZ 207, 334 Rdnr. 31.

9 Rdnr. 26 der besprochenen Entscheidung.

10 BGH, Beschluss vom 26.2.1987, V ZB 10/86, BGHZ 100, 107, 114; BGH, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 165/14, BGHZ 207, 334 Rdnr. 43.

11 Rdnr. 28 der besprochenen Entscheidung.

12 Staudinger/Rapp, § 9 ErbbauRG Rdnr. 28; v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch des Erbbaurechts, § 6 Rdnr. 275.

Als Ausnahme (und bei Erbbaurechten ab dem 1.10.1994 gemäß der Praxis als Regelfall anzusehen) ist eine Erbbauzinsreallast mit dinglich wirkender Wertsicherung (§ 9 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG, § 1105 Abs. 1 Satz 2 BGB) zu berücksichtigen. Bei dieser Situation ist eine Eintrittserklärung des Erstehers nicht erforderlich; der wertgesicherte Erbbauzins wirkt auch dinglich gegenüber einem Erwerber. Falls keine sonstigen Gründe vorliegen, ist danach der Grundstückseigentümer verpflichtet, die Zustimmung zur Zuschlagserteilung zu erklären.

### 3. Zustimmungsverweigerung durch den Grundstückseigentümer

Die verschiedenen durch den Gesetzgeber und auch durch die Kautelarjurisprudenz ermöglichten Ausgestaltungen des Erbbauzinses führen auch zu inhaltsverschiedenen Antworten auf die Frage, ob ein Grundstückseigentümer die Zustimmung zur Veräußerung des Erbbaurechts (oder auch zum Zuschlag in der Zwangsversteigerung) erteilen muss oder nicht. Die Materie ist unübersichtlich, da es für den Inhalt des Erbbauzinses sowohl auf den Zeitpunkt seiner Entstehung, als auch auf das Vorhandensein oder auf das nicht Vorhandensein gesetzlich zulässiger Vereinbarungen ankommt. Folgende Grundfälle lassen sich herausbilden:<sup>13</sup>

a) Das Erbbaurecht ist bis zum 30.9.1994 im Grundbuch eingetragen worden: Neben dem dinglich festen Erbbauzins ist nur eine schuldrechtliche Anpassungsregelung (mit oder ohne Vormerkungssicherung) möglich. Der Anspruch auf Veräußerungszustimmung setzt den Eintritt des Erwerbers (des Erstehers) in die schuldrechtlichen Vereinbarungen voraus. Ausnahmsweise besteht ein Anspruch auf Veräußerungszustimmung auch dann, wenn die Erbbauzinsreallast nachrangig im Verhältnis zum betreibenden Gläubiger und auch nicht versteigerungsfest ausgestaltet ist (siehe oben 2. b)).

b) Das Erbbaurecht ist durch Grundbucheintragung ab dem 1.10.1994 entstanden: Ein dinglich wertgesicherter Erbbauzins ist zulässig. Ist ein solcher vereinbart, besteht grundsätzlich ein Anspruch auf Veräußerungszustimmung.

aa) Ist die Erbbauzinsreallast vorrangig vor dem betreibenden Gläubiger, so bleibt sie auch nach dem Zuschlag bestehen. Dies gilt auch dann, wenn sie nicht versteigerungsfest ausgestaltet ist.

bb) Die Erbbauzinsreallast ist nachrangig im Verhältnis zum betreibenden Gläubiger, jedoch versteigerungsfest (§ 9 Abs. 3 ErbbauRG) ausgestaltet: Durch die Veräußerung/durch den Zuschlag bleibt das Recht des Grundstückseigentümers unberührt, woraus sich seine Verpflichtung zur Erteilung der Veräußerungszustimmung ergibt.

cc) Die Erbbauzinsreallast ist nachrangig im Verhältnis zum betreibenden Gläubiger, jedoch nicht versteigerungsfest ausgestaltet (siehe oben 2. b)). Da in diesem Falle der Grundstückseigentümer seine Rechtsposition freiwillig durch einen Rangrücktritt beschränkt hat, muss er die sich hieraus er-

gebenden Folgen – Erlöschen des Erbbauzinses – akzeptieren. Gleichwohl muss er als Konsequenz hieraus auch die Veräußerungszustimmung erteilen.

## 9. Keine Zwischenverfügung bei nicht in absehbarer Zeit behebbarem Eintragungshindernis

OLG München, Beschluss vom 7.11.2018, 34 Wx 395/17, mitgeteilt von **Edith Paintner**, Richterin am OLG München

*BGB §§ 138, 167, 168, 925*  
*GBO § 15 Abs. 2, § 18 Abs. 1, §§ 20, 29*

### LEITSÄTZE:

1. Eine Zwischenverfügung darf dann nicht ergehen, wenn das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis nur mit Mitteln behoben werden kann, die der Antragsteller in absehbarer Zeit nicht beibringen kann, und das Grundbuchamt dies weiß.
2. Das Grundbuchamt ist für die Beurteilung, ob eine unwiderruflich erteilte Vollmacht dennoch wegen bestehender Widerrufgründe durch den im Grundbuchverfahren bekannt gewordenen Widerruf erloschen ist, im Wesentlichen auf die aus den vorgelegten förmlichen Urkunden sowie aus dem Vorbringen der Beteiligten aufgrund freier Beweiswürdigung gewonnene Überzeugung beschränkt.
3. Zum im Grundbuchverfahren erhobenen Einwand, die im Ehevertrag erteilte Auflassungsvollmacht sei wegen Sittenwidrigkeit des Ehevertrags von Anfang an nichtig.

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2019, 44

## 10. Voraussetzungen für die Löschung einer auf Lebenszeit des Berechtigten beschränkten Reallast

OLG Köln, Beschluss vom 16.4.2018, 2 Wx 168/18, 2 Wx 170/18, mitgeteilt von **Werner Sternal**, Vorsitzender Richter am OLG Köln

*GBO §§ 19, 22 Abs. 1, § 23 Abs. 1*

### LEITSÄTZE:

1. Durch den Erlass einer (grundbuchrechtlichen) Zwischenverfügung sollen dem Antragsteller der Rang und die sonstigen Rechtswirkungen, die sich nach dem Eingang des Antrags richten und die bei sofortiger Zurückweisung verloren gingen, erhalten bleiben. Der Erlass einer Zwischenverfügung ist jedoch

<sup>13</sup> Hier bedanke ich mich bei Herrn Notar a. D. Dr. *Hermann Amann*, Berchtesgaden, für die konstruktiven Hinweise.



**ausgeschlossen, wenn der Mangel nicht mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann. Ein solcher Fall liegt vor, wenn die Löschung einer Auflassungsvormerkung beantragt wird, ohne dass zugleich die Löschungsbewilligung der Vormerkungsberechtigten vorgelegt wird. Dieser wesentliche Mangel kann mit rückwirkender Kraft nur dann geheilt werden, wenn alle erforderlichen Löschungsbewilligungen bei Antragseingang bereits erklärt waren. Eine erst später erklärte Bewilligung kann nicht zurückwirken. (Leitsatz der Schriftleitung)**

- 2. Die Frage, ob eine Reallast im Sinne des § 23 GBO auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt ist, kann durch Auslegung ermittelt werden. Nimmt die Eintragungsbewilligung auf die in derselben Urkunde enthaltene Vereinbarung über die mit dem Tod der Berechtigten endende Rentenzahlungsverpflichtung Bezug, zu deren Sicherung die Reallast bestellt ist, so ergibt die Auslegung, dass schuldrechtliche Verpflichtung und dingliche Belastung aufeinander bezogen und gleichermaßen auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt sind. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### SACHVERHALT:

1 1. Im Grundbuch (...) sind in Abteilung II unter lfd. Nr. 1 eine Reallast (monatliche Rente) und unter lfd. Nr. 2 eine Auflassungsvormerkung jeweils zugunsten von Frau D mit Bezug auf die Bewilligung vom 12.5.1967 eingetragen. In der genannten Bewilligungsurkunde hatten die Käufer zugunsten der verkaufenden Frau D die Verpflichtung zur Zahlung einer monatlich zu entrichtenden lebenslänglichen Rente übernommen. Insoweit hieß es:

„An die bzw. von den Erben der Verkäuferin sind keine Leistungen zu erbringen.“

Zur Sicherung dieser Verpflichtung wurde eine Reallast bestellt. Der Verkäuferin war ferner ein Recht zum Rücktritt vom Vertrag eingeräumt worden, wenn und solange die Käufer mit mehr als einer Monatsrate der Rente in Zahlungsrückstand sind oder wenn die Verkäuferin von der Gläubigerin einer durch die Käufer nebst Hypothek übernommenen Darlehensforderung in Anspruch genommen wird. Zur Sicherung des bedingten Rückübertragungsanspruchs war die Eintragung der Rückauflassungsvormerkung bewilligt worden.

2 Frau D ist am 30.4.1976 verstorben.

3 Der als Miteigentümer zu 18,5/26 Anteil im Grundbuch eingetragene Beteiligte hat am 13.2.2018 bei dem Grundbuchamt die Löschung unter anderem der beiden vorgenannten Rechte beantragt.

4 Mit Zwischenverfügung vom 5.3.2018 hat der Grundbuchrechtspfleger den Antrag beanstandet und ausgeführt, zur Löschung dieser beiden Rechte seien Bewilligungen der Erben der eingetragenen Berechtigten sowie die Vorlage formgerechter Erbnachweise (Erbschein in Ausfertigung oder beglaubigte Ablichtung des Erbvertrages/notariellen Testaments nebst Eröffnungsprotokoll) erforderlich, sowie zur Behebung eine Frist bis zum 5.6.2018 gesetzt. Weder aus dem Eintragungseintrag noch aus der Bewilligung ergebe sich, dass die Eintragungen dinglich auf die Lebenszeit der Berechtigten befristet seien. Dass die Voraussetzungen der Rückübertragung nicht eingetreten sind, könne nicht in grundbuchmäßiger Form festgestellt werden.

5 Hiergegen wendet sich die mit Schriftsatz seiner Verfahrensbevollmächtigten vom 28.3.2018 eingelegte Beschwerde des Beteiligten. Er macht im Wesentlichen unter Bezugnahme auf den Beschluss des Senats vom 6.12.1993, 2 Wx 44/93 geltend, entgegen der Ansicht

des AG sei die Löschung nach § 23 Abs. 1 GBO möglich, weil die Reallast auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt sei, weil dies auf die gesicherte Rentenverpflichtung zutrefte. Nichts anderes als für die Reallast gelte auch für die Vormerkung. Der Beschwerde hat das Grundbuchamt nicht abgeholfen.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

6 2. Die zulässige Beschwerde ist begründet.

7 Die Zwischenverfügung ist aus formellen Gründen aufzuheben.

8 Durch den Erlass einer Zwischenverfügung sollen dem Antragsteller der Rang und die sonstigen Rechtswirkungen, die sich nach dem Eingang des Antrags richten (§ 879 BGB i. V. m. §§ 17, 45 GBO, §§ 878, 892 Abs. 2 BGB) und die bei sofortiger Zurückweisung verloren gingen, erhalten bleiben. Dies ist nur gerechtfertigt, wenn der Mangel des Antrags mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann. Denn andernfalls könnte der Antragsteller einen ihm nicht gebührenden Rechtsvorteil erlangen. Der Erlass einer Zwischenverfügung ist daher ausgeschlossen, wenn der Mangel nicht mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann (BGHZ 27, 310, 313; BayObLGZ 1984, 126, 128; 1988, 229, 231). Ein solcher Fall liegt hier vor. Wird die Löschung einer Auflassungsvormerkung beantragt, ohne dass zugleich die Löschungsbewilligung der Vormerkungsberechtigten vorgelegt wird, so leidet der Löschantrag an einem wesentlichen Mangel. Dieser kann mit rückwirkender Kraft nur dann geheilt werden, wenn alle erforderlichen Löschungsbewilligungen bei Antragseingang bereits erklärt waren. Eine erst später erklärte Bewilligung kann nicht zurückwirken (BayObLGZ 1988, 229, 231; BayObLG, DNotZ 1990, 295). Hier waren – die Auffassung des Grundbuchamtes zur Auslegung des Vertrags als richtig unterstellt – Löschungsbewilligungen der derzeit nicht bekannten Erben der eingetragenen Berechtigten notwendig. Deren Vorlage konnte nicht durch rangwahrende Zwischenverfügung aufgegeben werden.

9 3. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

10 a) Hinsichtlich der Reallast bedarf es keiner Bewilligung der Erben nebst Erbnachweises, weil das Grundbuch hier wegen Unrichtigkeit nach § 22 Abs. 1 GBO zu berichtigen ist.

11 Bei der vorliegenden Reallast handelt es sich um ein auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränktes Recht im Sinne des § 23 GBO.

12 Die Reallast ist aufgrund der Vereinbarung der an ihrer Bestellung Beteiligten inhaltlich dahin gehend ausgestaltet worden, dass die durch die Reallast gesicherten Rentenleistungen nur bis zu dem Zeitpunkt des Todes der Berechtigten anfielen, das Recht auf fortlaufende Leistungen aus dem Grundstück also unvererblich sein sollte. Der Inhalt einer Grundstücksbelastung ist durch Auslegung zu ermitteln, wobei zumindest auf Wortlaut und Sinn der Grundbucheintragung abzustellen ist, wie sie sich aus dem Grundbuch selbst und einer in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung für den unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt. Die Auslegung ergibt, dass die Reallast auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt worden ist. Die notarielle



Urkunde enthält erkennbar abschließend sowohl die schuldrechtlichen wie die dinglichen Vereinbarungen der damals Beteiligten. Die Eintragungsbewilligung betreffend die hier in Frage stehende Reallast enthält zugleich die dingliche Einigung. Sie nimmt zudem unmissverständlich auf die in derselben Urkunde enthaltene Vereinbarung über die mit dem Tod der Berechtigten endende („lebenslänglich“) Rentenzahlungsverpflichtung Bezug, zu deren Sicherung die Reallast bestellt werden sollte. Die nächstliegende Bedeutung der abgegebenen Erklärungen kann bei objektiver Betrachtung nur darin gesehen werden, dass schuldrechtliche Verpflichtung und dingliche Belastung aufeinander bezogen und in gleicher Weise durch die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt sein sollten (vgl. Senat, Beschluss vom 6.12.1993, 2 Wx 44/93, Rpfleger 1994, 292). In dem vorstehend zitierten Fall hatte die Auslegung durch den Senat ergeben, dass die Erben einen Anspruch auf Zahlung von zu Lebzeiten der Berechtigten fällig gewordenen, aber noch nicht ausgezahlten Rentenleistungen haben sollten. Ob den Erben überhaupt ein Anspruch auf derartige Rückstände zukommen sollte, ist im vorliegenden Fall bereits fraglich. Denn während es in jenem Fall im Vertrag hieß: „Die Erben der Berechtigten haben keinen Anspruch auf Weiterzahlung der Rente“, haben die Vertragsparteien hier geregelt: „An die bzw. von den Erben der Verkäuferin sind keine Leistungen zu erbringen“. Die Verwendung des – umfassenden – Wortes „Leistungen“ anstelle von „Weiterzahlung“ mag dafür sprechen, dass die Erben auch keinen – der Sicherung durch die Reallast unterfallenden – Anspruch auf zu Lebzeiten angefallene Rückstände haben sollten. Bei einem solchen Verständnis wäre der Unrichtigkeitsnachweis bereits unabhängig von § 23 GBO geführt: Kommen nämlich Rückstände nicht in Betracht, ermöglicht bereits allein der Todesnachweis die Löschung (BGHZ 117, 390). Dies bedarf aber keiner weiteren Vertiefung. Denn auch wenn den Erben ein solcher Anspruch hätte zukommen sollen, wäre ihre Löschungsbewilligung nach § 23 Abs. 1 GBO entbehrlich:

**13** Die vereinbarte Beschränkung der Reallast auf die Lebenszeit der Berechtigten war rechtlich möglich. Die Reallast ist auch mit diesem Inhalt im Grundbuch eingetragen worden. Insoweit nimmt der Senat auf seine fortgeltenden Ausführungen im genannten Beschluss Bezug:

„Eine subjektiv-persönliche Reallast (...), wie sie hier vorliegt, ist nicht von Gesetzes wegen auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt; eine solche Reallast ist vielmehr vererblich, kann aber durch Rechtsgeschäft oder, weil sich eine solche Beschränkung aus der Natur der zu erbringenden Leistungen ergibt, auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkt sein (...). Die Beschränkung so, wie sie hier vorgenommen worden ist, betrifft die inhaltliche Ausgestaltung des Rechts als ein auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränktes Recht (...).

Sie bedeutet keine Bestellung der Reallast unter einer auflösenden Bedingung (...). Eine auflösende Bedingung bewirkt (...), dass die Wirkung des bedingten Rechtsgeschäfts mit dem Eintritt der Bedingung endet. Die Wirkungen einer Reallast, die auf die Lebenszeit des Berechtigten in der Weise beschränkt ist, dass nach dem Tode des Berechtigten Rückstände von bereits fällig ge-

wordenen Leistungen bestehen können, die an die Erben des Berechtigten zu erbringen sind, enden nicht mit dem Tod des Berechtigten. In diesen Fällen besteht das dingliche Recht auch wegen der Rückstände, es erlischt erst, wenn die Rückstände beglichen sind (so schon Motive zum BGB, Bd. III, S. 206, 207).

Darin liegt der Sinn der Regelung des (...) [Anm. der Schriftleitung: § 23 GBO]. Gerade weil das Recht im Hinblick auf die möglichen Rückstände weiterbestehen kann, reicht der Nachweis des Todes des Berechtigten für eine Löschung ohne Bewilligung (...) nicht aus. Vielmehr ist (...) grundsätzlich eine Löschungsbewilligung des Rechtsnachfolgers erforderlich. Das Gesetz trägt allerdings – sofern keine Vorlöschungsklausel (...) eingetragen ist – dem Interesse des Eigentümers an einer baldigen Löschung des Rechts und dem entgegenstehenden Interesse des Rechtsnachfolgers des Berechtigten daran, dass eine Löschung nicht erfolge, ohne dass sein etwaiger Anspruch auf rückständige Leistungen befriedigt ist, in der Weise Rechnung, dass es dem Rechtsnachfolger eine Frist von einem Jahr zur Geltendmachung seiner Rechte und zur Erhebung des Widerspruchs gegen die Löschung einräumt (vgl. schon Motive a. a. O., S. 207). Das Gesetz nimmt damit in Kauf, dass unter Umständen eine wegen vorhandener Rückstände fortbestehende Reallast nach Fristablauf – oder (...) wegen eingetragener Vorlöschungsklausel – alleine aufgrund des Nachweises des Todes des Berechtigten gelöscht wird.

Da eine Bedingung oder Befristung der Reallast hier demnach nicht vereinbart war, musste die zeitliche Beschränkung des Rechts (...) nicht nach Maßgabe der bereits zitierten Auffassung in Rspr. und lit. im Grundbuch eingetragen werden. Für die inhaltliche Ausgestaltung des Rechts genügte die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung. Die Reallast ist deshalb mit ihrer Eintragung mit den genannten inhaltlichen Beschränkungen entstanden.“

**14** Da die Jahresfrist (...) abgelaufen ist, ohne dass die Rechtsnachfolger der Berechtigten der Löschung der Reallast beim Grundbuchamt widersprochen haben, und da der Tod der Berechtigten durch Vorlage der beglaubigten Abschrift der Sterbeurkunde nachgewiesen ist, darf die Löschung mit der in der Zwischenverfügung gegebenen Begründung nicht abgelehnt werden.

**15 b)** Im Zusammenhang mit der beantragten Löschung der Auflassungsvormerkung scheidet der Unrichtigkeitsnachweis nach § 22 Abs. 1 GBO aus, sodass es der Bewilligung nach § 19 GBO bedarf. Fehl geht die Auffassung der Beschwerde, die rechtlichen Bewertungen (verglichen mit denjenigen zur Reallast) würden sich nicht unterscheiden. Denn auf die vorliegende Vormerkung findet § 23 Abs. 1 GBO keine Anwendung. An einer Beschränkung auf die Lebenszeit des Begünstigten im Sinne der Vorschrift fehlt es, wenn die Vormerkung fortbestehen und einen auf die Erben übergegangenen Rückkaufanspruchsanspruch sichern soll. Bei dem Rückkaufanspruchsanspruch handelt es sich nicht um mögliche Rückstände, sondern um das Recht selbst, mag auch sein Fortbestand nach Fristablauf wegen der vereinbarten Bedingungen die Ausnahme bilden; hier müssen die Interessen der Berechtig-

ten im Vordergrund stehen (BGHZ 130, 385). Ein Ausschluss der Vererblichkeit des Rückkaufanspruchs und/oder der Vormerkung und damit ein Erlöschen mit dem Tode der Berechtigten ist den vertraglichen Vereinbarungen nicht zu entnehmen. Ein Unrichtigkeitsnachweis in Bezug auf die akzessorische Vormerkung würde daher, wie das Grundbuchamt zutreffend angenommen hat, den Nachweis voraussetzen, dass die Bedingungen des Rückkaufanspruchs nicht eingetreten sind. Als Bedingungen waren hier ein Zahlungsrückstand der Käufer mit der Rentenverpflichtung und eine Inanspruchnahme der Berechtigten durch die Darlehensgläubigerin vorgesehen. Es ist nicht ersichtlich, wie der Nichtertritt dieser Bedingungen in grundbuchmäßiger Form nachzuweisen sein sollte, sodass es bei dem Erfordernis der Bewilligung durch die Erben der Berechtigten verbleibt.

## BÜRGERLICHES RECHT – FAMILIENRECHT

### 11. Geschäfts- und natürliche Einsichtsfähigkeit bei Betreuervorschlag

BGH, Beschluss vom 28.3.2018, XII ZB 558/17 (Vorinstanz: LG Limburg, Beschluss vom 29.9.2017, 7 T 156/17)

FamFG § 295 Abs. 1 Satz 1

#### LEITSATZ:

Ein Betreuervorschlag nach § 1897 Abs. 4 Satz 1 BGB erfordert weder die Geschäftsfähigkeit noch die natürliche Einsichtsfähigkeit des Betroffenen. Vielmehr genügt, dass der Betroffene seinen Willen oder Wunsch kundtut, eine bestimmte Person solle sein Betreuer werden. Auch die Motivation des Betroffenen ist für die Frage, ob ein betreuungsrechtlich beachtlicher Vorschlag vorliegt, ohne Bedeutung. Etwaigen Missbräuchen und Gefahren wird hinreichend durch die begrenzte, letztlich auf das Wohl des Betroffenen abstellende Bindungswirkung eines solchen Vorschlags begegnet (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 19.7.2017, XII ZB 57/17, FamRZ 2017, 1612).

### 12. Vollständiger Ausschluss des Versorgungsausgleichs wegen grober Unbilligkeit

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.7.2018, 8 UF 221/17

BGB § 1587c Nr. 3

FamFG § 84

VersAusglG §§ 3, 27

#### LEITSATZ:

Ein vollständiger Ausschluss des Versorgungsausgleichs wegen grober Unbilligkeit (§ 27 VersAusglG) ist gerechtfertigt, wenn die Ehegatten in den letzten acht Jahren

einer 21-jährigen Ehezeit auch räumlich voneinander getrennt lebten und der überwiegend ausgleichsberechtigte Ehegatte während dieser Zeit seine Unterhaltspflicht gegenüber dem gemeinsamen Kind gröblich verletzt hat.

### 13. Keine familiengerichtliche Genehmigungspflicht für Beitritt von minderjährigen Gesellschaftern in eine reine Vermögensverwaltungs-KG

OLG Dresden, Beschluss vom 25.4.2018, 17 W 160/18

BGB § 1822 Nr. 3

HGB § 105 Abs. 2, § 161 Abs. 2

#### LEITSATZ:

Der Eintritt von minderjährigen Gesellschaftern in eine bestehende Gesellschaft (hier: reine Vermögensverwaltungs-KG) unterliegt nach § 1822 Nr. 3 Alt. 2 BGB nur dann der Genehmigung durch das Familiengericht, wenn die Gesellschaft den Betrieb eines Erwerbsgeschäftes bezweckt, sodass nicht an die Rechtsform der Gesellschaft, sondern allein daran anzuknüpfen ist, ob der Gesellschaftsvertrag inhaltlich auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gerichtet ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

#### SACHVERHALT:

1 I. Die betroffene Kommanditgesellschaft ist seit 11.12.2017 in das Handelsregister eingetragen. Ihr Gesellschaftszweck richtet sich alleine auf die Verwaltung des eigenen Vermögens. Nach dem Gesellschaftsvertrag erfolgt der Eintritt neuer Kommanditisten erst mit Wirkung ab Eintragung in das Handelsregister. Die Einlagen summieren sich auf insgesamt 3.823 €.

2 Die Beteiligten zu 4 bis 8 sind die bisherigen Kommanditisten der Kommanditgesellschaft. Die Beteiligte zu 8 ist die Mutter der Beteiligten zu 1 bis 3. Die Beteiligte zu 5 hat ihre Einlagen i. H. v. 2.023 € vollständig erbracht und schenkte den minderjährigen Beteiligten zu 1 bis 3 und der (gerade) volljährigen Beteiligten zu 9 Kommanditanteile entsprechend Einlagen von je 360 €. Die Beteiligten zu 1 bis 9 ließen am 2.1.2018 (...) die Anmeldung des Kommanditistenwechsels im Wege der Sonderrechtsnachfolge zur Eintragung in das Handelsregister notariell beglaubigen. Die Beteiligten haben über den Notar am 19.1.2018 den Vollzug der Anmeldung im Handelsregister und am 22.1.2018 den Vollzug einer weiteren Anmeldung (zum Ausscheiden der Beteiligten zu 5 als Kommanditistin) beantragt.

3 Das Registergericht des AG hat mit Zwischenverfügung vom 26.1.2018 die Vorlage einer familiengerichtlichen Genehmigung nach § 1643 Abs. 1, § 1822 Ziffer 3 Fall 2 BGB verlangt. Die Genehmigungspflicht bestehe auch dann, wenn der Unternehmenszweck ausschließlich in der Verwaltung eigenen Vermögens bestehe, da die Genehmigungspflicht nicht vom Zweck der Gesellschaft, sondern von der Rechtsform abhängt; ansonsten entstünden unlösbare Abgrenzungsschwierigkeiten. Der Eintritt eines Minderjährigen in eine Kommanditgesellschaft sei genehmigungspflichtig, weil ihn das Risiko einer Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB treffe, wenn die Einlage an ihn zurückgezahlt werde oder er Gewinnanteile entnehme. Zudem gehe er als Mitgesellschafter eine langfristige Bindung mit einer Vielzahl von Rechten und Pflichten ein.

4 Am 5.2.2018 haben die Beteiligten zu 1 bis 9 Beschwerde erhoben. Sie stehen auf dem Standpunkt, dass eine familiengerichtliche Genehmigung nicht erforderlich sei, weil es sich um eine reine Vermögensverwaltungs-KG handele und weil die Schenkung der Kommanditanteile für die Beteiligten zu 1 bis 3 lediglich rechtlich vorteilhaft sei, da die Kommanditeinlagen erbracht seien und die neuen Kommanditisten erst mit Wirkung ab ihrer Eintragung in das Handelsregister in die Kommanditgesellschaft eintreten.

5 Das Registergericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

## AUS DEN GRÜNDEN:

6 II. Die Beschwerde hat Erfolg.

(...)

8 2. Die Beschwerde ist begründet. Die in der Zwischenverfugung erhobenen Beanstandungen sind nicht berechtigt. Die angemeldete Änderung der Kommanditisten bedarf keiner familiengerichtlichen Genehmigung. Sie erfüllt schon nicht den Tatbestand des § 1822 Ziffer 3 BGB.

9 a) Der Kreis der genehmigungspflichtigen Geschäfte ist um der Rechtssicherheit willen im Grundsatz formal zu bestimmen. § 1643 Abs. 1, § 1822 Ziffer 3 Fall 2 BGB bestimmen, dass Eltern die Genehmigung des Familiengerichts benötigen, wenn sie im Namen ihrer minderjährigen Kinder einen Gesellschaftsvertrag zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts schließen. Nach seinem Wortlaut erfasst § 1822 Ziffer 3 BGB nicht den Beitritt des Minderjährigen zu einer schon existierenden Gesellschaft. Vertreten wird aber auch die Ansicht, dass der Eintritt in eine Gesellschaft wegen des gleichen Schutzbedürfnisses ebenso genehmigungsbedürftig ist wie der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.5.2008, 20 W 123/08, juris; BayObLG, Beschluss vom 4.7.1989, BReg 1 a Z 7/89, juris; Palandt/Götz, 77. Aufl. 2018, § 1822 Rdnr. 9). Höchstrichterliche Rechtsprechung zur Anwendung des § 1822 Ziffer 3 BGB auf den Beitritt in eine Kommanditgesellschaft ist bislang nicht ergangen. Für die GmbH hat der BGH entschieden, die Anteilsübertragung unterfalle nicht der Genehmigungspflicht, weil der unentgeltliche Erwerb des Geschäftsanteils einer GmbH etwas anderes sei als der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages (BGH, Urteil vom 20.2.1989, II ZR 148/88, juris Rdnr. 13).

10 b) Letztlich kann die Frage hier aber offen bleiben. Denn der Eintritt von minderjährigen Gesellschaftern in eine bestehende Gesellschaft unterliegt nach § 1822 Ziffer 3 Fall 2 BGB nur dann der Genehmigung durch das Familiengericht, wenn die Gesellschaft den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts bezweckt. Damit knüpft das Gesetz die Genehmigungsbedürftigkeit nicht an die Rechtsform der Gesellschaft, sondern daran, ob der Gesellschaftsvertrag inhaltlich auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gerichtet ist (OLG München, Beschluss vom 6.11.2008, 31 Wx 76/08, juris Rdnr. 8; MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, 7. Aufl. 2017, § 1822 Rdnr. 12 und 22; juris PK-BGB/Lafontaine, 8. Aufl. 2016, § 1822 Rdnr. 48; Staudinger/Veit, Neub. 2014, § 1822 Rdnr. 75 f.).

11 aa) Dass die Beteiligten zu 1 bis 3 einer Kommanditgesellschaft beitreten wollen, macht für sich betrachtet den Beitritt daher nicht genehmigungsbedürftig. Allerdings stand bis zur Handelsrechtsreform im Jahr 1998 die Rechtsform der Kom-

manditgesellschaft nur solchen Gesellschaften offen, die ein Handelsgewerbe betrieben. Nunmehr erlauben § 161 Abs. 2, § 105 Abs. 2 HGB aber auch Kommanditgesellschaften, die nur eigenes Vermögen verwalten. Wenn die Vermögensverwaltungs-Kommanditgesellschaften nicht zugleich auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäftes gerichtet sind, ist der Beitritt zu ihnen genehmigungsfrei. So liegt es hier.

12 bb) Anders ist es bei einer auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäftes ausgerichteten Kommanditgesellschaft, etwa wenn diese Vermögensverwaltungsgesellschaft eine geschäftsmäßige, gleichsam berufliche Tätigkeit erfordert, die Gesellschafter ein unternehmerisches Risiko übernehmen, die Gesellschaft die Verwaltung, Vermietung und Verwertung gewerblich nutzbarer Immobilien von erheblichem Wert zum Gegenstand hat (OLG München, Beschluss vom 6.11.2008, 31 Wx 76/08, juris Rdnr. 7 m. w. N.; OLG Bremen, Beschluss vom 16.6.2008, 2 W 38/08, juris; im Ergebnis ebenso, wenn auch mit dogmatisch wenig nachvollziehbarer Begründung OLG Thüringen, Beschluss vom 22.3.2013, 2 WF 26/13, juris Rdnr. 24, 35; LG Münster, FamRZ 1997, 842; MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, § 1822 Rdnr. 21; juris PK-BGB/Lafontaine, § 1822 Rdnr. 45; Staudinger/Veit, § 1822 Rdnr. 75 ff.). Dann ist der Beitritt Minderjähriger genehmigungsbedürftig. Für einen solchen Fall spricht hier aus Sicht des Senates nichts. Der Gesellschaftsvertrag liegt dem Beschwerdegericht zwar nicht vor. Die Beteiligten tragen aber unwidersprochen vor, es handele sich um eine reine Vermögensverwaltungs-KG. So spiegelt es sich auch in ihrem Namen wider. Die geringe Höhe der Kommanditeinlagen, die personelle Zusammensetzung der KG ausschließlich aus Familienmitgliedern (mit der fünftbeteiligten Apothekerin und ihrem viertbeteiligten Ehemann, dem einzig persönlich haftenden Gesellschafter, als den beiden Gründern) sowie schließlich das Verbot gewerblicher Tätigkeit, das sich die Gesellschaft selbst auferlegt hat, unterstreichen zusätzlich den vermögensverwaltenden, weder erwerbswirtschaftlich ausgerichteten noch mit erheblichen unternehmerischen Risiken verbundenen Charakter der KG.

13 c) Nach einer Gegenmeinung, der das Registergericht folgt, soll die Genehmigungsbedürftigkeit auch für Kommanditgesellschaften gelten, die nur ihr eigenes Vermögen verwalten, weil bei ihr der Kommanditist in gleicher Weise mit einem finanziellen Risiko belastet sei und weil eine inhaltliche Unterscheidung danach, welches Risiko die von der Kommanditgesellschaft getätigten Geschäfte mit sich bringen, nicht praktikabel sei (MünchKomm-HGB/Grunewald, 3. Aufl. 2012, § 161 Rdnr. 23 m. w. N.; Krafa/Kühn, Registerrecht, 10. Aufl. 2017, Rdnr. 751; Werner, GmbHR 2006, 737, 740). Das widerspricht zunächst schon dem Wortlaut des § 1822 Ziffer 3 BGB. Auch Abgrenzungsschwierigkeiten sieht der Senat nicht. Den Gesellschaftszweck kann das Registergericht dem Gesellschaftsvertrag entnehmen. Es kann die Anmeldenden auch zur Stellungnahme auffordern, über welches Vermögen die Kommanditgesellschaft verfügt und wie sie ihren Betrieb konkret gestaltet. Die Frage nach Art und Umfang der Risiken, die der Minderjährige eingeht, stellt sich erst, wenn feststeht, dass der Beitritt zur Gesellschaft genehmigungsbedürftig ist. Denn die Risiken für die Minderjährigen berücksichtigt das Familiengericht im Rahmen seines Genehmigungsverfahrens.



14 d) Sofern die betroffene Kommanditgesellschaft abweichend von dem ursprünglichen Gesellschaftszweck eine anders gelagerte, erheblich umfangreichere Vermögensverwaltung aufnehmen möchte, die dann als Erwerbsgeschäft anzusehen ist, ändert sie ihren Gesellschaftsvertrag in wesentlicher Weise. Gehören ihr dann minderjährige Gesellschafter an, ist diese Änderung genehmigungspflichtig und entfaltet ohne Genehmigung keine Wirkung für und gegen die Minderjährigen (OLG München, Beschluss vom 6.11.2008, 31 Wx 76/08, juris Rdnr. 11).

(...)

#### HINWEIS DER SCHRIFTLEITUNG:

Siehe zu dieser Entscheidung auch den Aufsatz von **Menzel**, MittBayNot 2019, 222 (in diesem Heft)

•

## 14. Unentgeltlicher Erwerb einer voll eingezahlten Kommanditbeteiligung als lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft

OLG Köln, Beschluss vom 26.3.2018, 4 Wx 2/18

BGB § 107

HGB §§ 171, 172, 176

#### LEITSÄTZE:

1. Die Prüfung der Frage, ob für die Eintragung von Minderjährigen als Gesellschafter die Mitwirkung eines Ergänzungspflegers und die Genehmigung des Familiengerichts erforderlich sind, obliegt als Vorfrage der Eintragung dem Registergericht selbst. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Der unentgeltliche Erwerb einer voll eingezahlten Kommanditbeteiligung unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung ist ein für den erwerbenden Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft. Gegenteiliges lässt sich weder mit der Möglichkeit des Wiederauflebens der Kommanditistenhaftung gemäß § 172 Abs. 4 HGB noch damit begründen, dass sich aus der Gesellschafterstellung jedenfalls auch eine Treuepflicht für den Minderjährigen ergibt. (Leitsatz der Schriftleitung)

#### SACHVERHALT:

1 I. Gegenstand der mit Gesellschaftsvertrag vom 4.3.2016 von den Beteiligten zu 1 und 2 gegründeten Kommanditgesellschaft ist das Halten und Verwalten eigenen Vermögens. Die Beteiligte zu 2 ist mit einer Kommanditeinlage von 5.000 € an der Gesellschaft beteiligt. Nach dem Gesellschaftsvertrag wurden die von den Gründungsgesellschaftern übernommenen Einlagen erbracht.

2 Die Beteiligten zu 1 und 2 sind die Eltern der Beteiligten zu 3 bis 5. Die Beteiligten zu 4 und 5 sind noch minderjährig, sie wurden im Jahre 2002 bzw. 2001 geboren.

3 Unter dem 20.12.2017 haben sämtliche Beteiligten eine Erklärung unterschrieben, mit der zum Handelsregister angemeldet wurde, dass die Beteiligte zu 2 mit Wirkung auf den Zeitpunkt der Eintra-

gung jeweils einen Anteil von 1.500 € auf jedes ihrer drei Kinder, die Beteiligten zu 3 bis 5, übertragen hat und diese im Wege der Sonderrechtsnachfolge in die Gesellschaft eingetreten sind. Sie gaben die Versicherung ab, dass der Beteiligten zu 2 für die übertragenen Anteile keinerlei Abfindung für die von ihr aufgegebenen Rechte aus dem Gesellschaftsvermögen gewährt und ihr solche auch nicht versprochen worden sind.

4 Mit Beschluss vom 7.2.2018 hat das Handelsregister im Wege der Zwischenverfügung die beantragte Eintragung davon abhängig gemacht, dass für die noch minderjährigen Beteiligten zu 4 und 5 ein Ergänzungspfleger bestellt sowie die Übertragung gemäß § 1822 Nr. 3 BGB familiengerichtlich genehmigt oder ein Negativattest des zuständigen Familiengerichts vorgelegt wird.

5 Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten. Darin wird die Auffassung vertreten, dass der Erwerb der Kommanditbeteiligung durch die Beteiligten zu 4 und 5 für diese lediglich rechtlich vorteilhaft sei und es deshalb weder der Beteiligung eines Ergänzungspflegers noch der Genehmigung durch das Familiengericht bedürfe.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

6 II. 1. Die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Handelsregisters ist gemäß § 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG statthaft. Sie ist auch im Übrigen zulässig.

7 2. Entgegen der im angefochtenen Beschluss anklingenden Auffassung des Handelsregisters gehört die Prüfung der Frage, ob die Mitwirkung eines Ergänzungspflegers und die Genehmigung des Familiengerichts erforderlich sind, in seine Zuständigkeit und ist nicht dem Familiengericht vorbehalten. Es handelt sich hierbei um eine Vorfrage der Eintragung, nämlich die Beurteilung der materiellrechtlichen Wirksamkeit des einzutragenden Wechsels in der Gesellschafterstellung. Die Beurteilung derartiger Vorfragen obliegt aber dem Registergericht selbst (vgl. RGZ 140, 174, 181; OLG Frankfurt a. M., Rpfleger 1979, 60; Keidel/Sternal, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 26 Rdnr. 56; Keidel/Heinemann, FamFG, § 381 Rdnr. 4; Bahrenfuß/Rüntz, FamFG, 3. Aufl. 2017, § 26 Rdnr. 20 und ausdrücklich für die hier interessierende Frage der Genehmigungsbedürftigkeit *Bumiller/Harders/Schwamb*, FamFG, 11. Aufl. 2015, § 381 Rdnr. 3).

8 3. Die Zwischenverfügung des Handelsregisters ist auch in der Sache nicht berechtigt. Der Erwerb der Kommanditbeteiligung stellt für die Beteiligten zu 4 und 5 jeweils lediglich einen rechtlichen Vorteil i. S. d. § 107 BGB dar, sodass diese bei Abschluss der Schenkungsverträge und der Abtretung der Anteile wirksam für sich selbst handeln konnten. Es bedurfte von daher weder einer Vertretung durch die Eltern gemäß § 1629 BGB bzw. eines Ergänzungspflegers (§ 1795 Abs. 1 Nr. 1, § 1629 Abs. 2 BGB) noch – mangels Vertretung der Beteiligten zu 4 und 5 – der Genehmigung durch das Familiengericht (§ 1822 Nr. 3 BGB).

9 a) Der Senat folgt der inzwischen wohl überwiegenden Auffassung, wonach der unentgeltliche Erwerb einer voll eingezahlten Kommanditbeteiligung unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung ein für den erwerbenden Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft ist (vgl. OLG Bremen, Beschluss vom 16.6.2008, 2 W 38/08, NZG 2008, 521 f.; OLG Jena, Beschluss vom 22.3.2013, 2 WF 26/13, ZEV 2013, 521, 522; MünchKomm-HGB/Grunewald, 3. Aufl. 2012, § 161 Rdnr. 24; Oetker/Lieder, HGB, 5. Aufl. 2017,



§ 105 Rdnr. 17; Staudinger/*Klump*, Neub. 2017, § 107 Rdnr. 59; Erman/*Müller*, BGB, 15. Aufl. 2017, § 107 Rdnr. 8; Erman/*Schulte-Bunert*, BGB, § 1822 Rdnr. 10; Palandt/*Ellenberger*, 77. Aufl. 2018, § 107 Rdnr. 4 a. E.). Die Abgabe einer Willenserklärung ist dann für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft i. S. d. § 107 BGB, wenn er in deren Folge mit Verpflichtungen belastet wird, für deren Erfüllung er nicht nur mit dem erworbenen Vermögensgegenstand, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet (BGH, Beschluss vom 30.9.2010, V ZB 206/10, NJW 2010, 3643 Rdnr. 6). Eine solche persönliche Haftung der Beteiligten zu 4 und 5 infolge des Erwerbs der Kommanditbeteiligung ihrer Mutter ist aber ausgeschlossen. Gegenüber der KG ist ein Kommanditist nur verpflichtet, die Kommanditeinlage und evtl. weitere übernommene Beiträge zu leisten. Die Kommanditeinlage ist von der Beteiligten zu 2 bereits aufgebracht worden, sodass insoweit eine Inanspruchnahme der Beteiligten zu 4 und 5 durch die KG nicht möglich ist; ihr stünde der Einwand der Erfüllung (§ 362 BGB) entgegen. Weitere Beitragspflichten sieht der Gesellschaftsvertrag nicht vor. Auch vonseiten etwaiger Gläubiger der KG ist eine Inanspruchnahme wegen Gesellschaftsschulden nicht zu besorgen. Im Hinblick auf den in das Handelsregister einzutragenden Vermerk der Sonderrechtsachfolge könnte etwaigen Gläubigern entgegengehalten werden, dass die Einlage erbracht und damit die Haftung ausgeschlossen ist (§ 171 Abs. 1 Hs. 2 HGB). Die für die Eintragung des Sonderrechtsnachfolgevermerks erforderliche Erklärung, dass die (teilweise) ausscheidende Beteiligte zu 2 im Zusammenhang mit der Übertragung des Kommanditanteils weder ihre Einlage noch sonstige Leistungen oder Versprechungen von Seiten der Gesellschaft erhalten hat (vgl. *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 10. Aufl. 2017, Rdnr. 750), liegt vor. Schließlich besteht auch nicht die Gefahr einer persönlichen Haftung gemäß § 176 Abs. 2 HGB, weil der Erwerb der Kommanditbeteiligung nur unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung in das Handelsregister erfolgt.

**10** Die weiterhin verbreitete Gegenansicht, dass der Erwerb einer Kommanditbeteiligung trotzdem nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sei (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.5.2008, 20 W 123/08, NZG 2008, 749; Staub/*Schäfer*, HGB, 5. Aufl. 2009, § 105 Rdnr. 86 f.; Röhrich/*Graf von Westphalen/Haas/Haas/Mock*, HGB, 4. Aufl. 2014, § 173 Rdnr. 12; Ebenroth/*Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, HGB, 3. Aufl. 2014, § 105 Rdnr. 220; Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts/*Piehler/Schulte*, Bd. 2, 4. Aufl. 2014, § 35 Rdnr. 16; Münch-Komm-BGB/*Kroll-Ludwigs*, 7. Aufl. 2017, § 1822 Rdnr. 16) vermag dagegen nicht zu überzeugen. Dies lässt sich weder mit der Möglichkeit des Wiederauflebens der Kommanditistenhaftung gemäß § 172 Abs. 4 HGB noch damit begründen, dass sich aus der Gesellschafterstellung jedenfalls auch eine Treuepflicht für den Minderjährigen ergibt. Es ist zwar möglich, dass die Einlagepflicht des minderjährigen Kommanditisten gemäß § 172 Abs. 4 HGB wieder auflebt, jedoch ist dies keine unmittelbare Folge des Erwerbs der Kommanditistenstellung. Weitere Voraussetzung ist vielmehr, dass die Einlage zurückgezahlt oder ein Gewinnanteil entnommen wird, während sein Kapitalanteil unter den Betrag der geleisteten Einlage herabgemindert ist. Erst diese Handlungen wären rechtlich nicht lediglich vorteilhaft und könnten deshalb von

dem Minderjährigen allein nicht wirksam vorgenommen werden. Richtig ist dagegen, dass auch den minderjährigen Kommanditisten Treuepflichten treffen. Das ist aber eine Verpflichtung, die jedem Rechtsverhältnis immanent ist. Derartige Verpflichtungen schließen ein lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft deshalb nur dann aus, wenn sich daraus für das Vermögen des Minderjährigen ein mehr als nur unerhebliches Gefährdungspotenzial ergibt (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, NJW 2005, 415, 418; Staudinger/*Klump*, § 107 Rdnr. 18; Palandt/*Ellenberger*, § 107 Rdnr. 3). Davon kann aber im konkreten Fall nicht ausgegangen werden. Es sind nicht einmal theoretisch Fälle von Verletzungen der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht der Beteiligten zu 4 und 5 denkbar, die eine ihr sonstiges Vermögen berührende Schadensersatzverpflichtung gegenüber der KG oder den Mitgesellschaftern auslösen könnten.

**11** Schließlich stellt auch die in § 6 des Gesellschaftsvertrages enthaltene Verpflichtung, mit Ehepartnern eine modifizierte Zugewinngemeinschaft und einen gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzicht zu vereinbaren, keinen rechtlichen Nachteil i. S. d. § 107 BGB dar. Bei einem Verstoß gegen diese Verpflichtung droht den Gesellschaftern lediglich der Verlust der Gesellschafterstellung infolge Ausschlusses aus der Gesellschaft. Eine Beeinträchtigung ihres sonstigen Vermögens kann sich auch hieraus nicht ergeben.

(...)

#### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe zu dieser Entscheidung auch den Aufsatz von **Menzel**, MittBayNot 2019, 222 (in diesem Heft)

## BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

### 15. Vertretung eines Testamentsvollstreckers durch Generalvollmacht

KG, Beschluss vom 13.11.2018, 1 W 323/18, mitgeteilt von **Ronny Müller**, Richter am KG

BGB §§ 164, 167, 664, 2218  
GBO § 35

#### LEITSATZ:

**Der Testamentsvollstrecker ist grundsätzlich befugt, sich für die Besorgung einzelner Geschäfte eines Vertreters zu bedienen. Auch die Erteilung einer Generalvollmacht ist jedenfalls dann nicht ausgeschlossen, wenn der Erblasser keine abweichenden Anordnungen getroffen hat und der Generalbevollmächtigte lediglich widerruflich bestellt worden ist (Fortführung von Senat, Beschluss vom 24.10.1929, 1 X 613/29, JFG 7, 279).**

#### SACHVERHALT:

**1** Die ursprünglich eingetragene Eigentümerin verstarb am 21.4.2004 und wurde durch ihren am 12.3.2007 nachverstorbenen Sohn (im

Folgenden: Erblasser) als Alleinerben beerbt (Erbschein [...] 2009). Die Erben des Erblassers sind inzwischen auf Anweisung des Senats im Verfahren 1 W 219/13 in Erbengemeinschaft in Abt. I des Grundbuchs eingetragen. Zur Testamentsvollstreckerin bis zum 31.12.2030 ist ausweislich der in den Grundakten befindlichen Ausfertigung des Testamentsvollstreckerverzeichnisses (...) 2007 die Beteiligte zu 1 berufen.

**2** Am 18.11.2011 erteilte die Beteiligte zu 1 der Beteiligten zu 2 zur UR-Nr. 1(...) des Notars Dr. L Generalvollmacht, sie

„in allen meinen Angelegenheiten zu vertreten, soweit das Gesetz eine Vertretung zulässt“.

**3** Die Beteiligte zu 2 bewilligte und beantragte zur UR-Nr. 4(...) des Notars v B am 29.3.2017 im Namen der Beteiligten zu 1 für diese in dem im Beschlusseingang bezeichneten Grundbuch ein lebenslanges Nießbrauchsrecht sowie ein aufschiebend auf den Tod der Beteiligten zu 1 bedingtes, mit Ablauf des 31.12.2030 erlöschendes Nießbrauchsrecht für sich und die Beteiligte zu 3 einzutragen. Gegenüber dem Notar wies sich die Beteiligte zu 1 durch Vorlage der Ausfertigung der UR-Nr. 1(...) aus, von der eine beglaubigte Kopie der UR-Nr. 4(...) beigelegt wurde.

**4** Am 19.10.2017 hat der Notar v B seine UR-Nr. 4(...) bei dem AG zum Vollzug des darin enthaltenen Antrags eingereicht. Das Grundbuchamt hat zunächst mit Zwischenverfügung vom 25.10.2017 unter Fristsetzung darauf hingewiesen, es sei nachzuweisen,

„dass im vorliegenden Fall die Eintragung der beantragten Nießbrauchsrechte rechtlich zulässig und geboten ist“.

Mit weiterer Zwischenverfügung vom 15.2.2018 hat das Grundbuchamt die Auffassung vertreten, die Beteiligte zu 2 könne aufgrund der ihr erteilten Vollmacht nicht auch die Tätigkeiten der Beteiligten zu 1 als Testamentsvollstreckerin ausüben und die Bewilligungsbefugnis der Beteiligten zu 1 sei nicht nachgewiesen.

**5** Mit Beschluss vom 21.8.2018 hat das Grundbuchamt den Antrag vom 29.3.2017 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1 vom 26.9.2018, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 1.10.2018 nicht abgeholfen hat.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**6** Die allein im Namen der Beteiligten zu 1 erhobene Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO, und hat auch in der Sache Erfolg.

**7** 1. Wurde den Beteiligten im Rahmen einer Zwischenverfügung unter Fristsetzung Gelegenheit gegeben, ein der Eintragung entgegenstehendes Hindernis zu beseitigen, hat das Grundbuchamt den Antrag nach Ablauf der Frist zurückzuweisen, wenn nicht inzwischen die Hebung des Hindernisses nachgewiesen ist, § 18 Abs. 2 Satz 2 GBO. Die Zurückweisung des Antrags setzt in diesem Fall voraus, dass das von dem Grundbuchamt aufgezeigte Hindernis tatsächlich auch besteht. Das ist vorliegend nicht der Fall. Die dem angefochtenen Beschluss vorangegangenen Zwischenverfügungen des Grundbuchamtes waren nicht gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO veranlasst.

**8** a) Allerdings ist es im Ausgang nicht zu beanstanden, dass das Grundbuchamt den Nachweis der Bewilligungsbefugnis der Beteiligten zu 1 in grundbuchtauglicher Form für erforderlich erachtet hat. Hierauf hat der Senat bereits in seiner auf eine Beschwerde der Beteiligten zu 1 beruhenden Entscheidung vom 22.5.2014 (1 W 219/13) hingewiesen.

**9** Zum Nachweis der Befugnis eines Testamentsvollstreckers zur Verfügung über einen Nachlassgegenstand ist regelmäßig

die Vorlage eines Testamentsvollstreckerverzeichnisses gemäß § 2368 BGB erforderlich, aber auch ausreichend, § 35 Abs. 2 Hs. 1 GBO. Ein solches Testamentsvollstreckerverzeichnis befindet sich in Ausfertigung bei den Akten. Damit hat es sein Bestehen.

**10** aa) Im Grundbuchverfahren kommt dem Testamentsvollstreckerverzeichnis wie dem Erbschein volle Beweiskraft zu, § 35 Abs. 1 und 2 GBO (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 3464; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 35 Rdnr. 62). Jedoch wird das Zeugnis mit der Beendigung des Amtes kraftlos, § 2368 Abs. 3 Hs. 2 BGB. Dies kann auch im Verfahren vor dem Grundbuchamt nicht unberücksichtigt bleiben (OLG München, ZEV 2006, 173, 174).

**11** Allerdings muss die Beendigung der Testamentsvollstreckung zur vollen Überzeugung des Grundbuchamts feststehen (Senat, Beschluss vom 9.12.2014, 1 W 266-269/14, FGPraxis 2015, 104, 105). Deshalb kann das Grundbuchamt die Testamentsvollstreckung als fortdauernd ansehen, wenn keine Anhaltspunkte für eine Beendigung des Amtes vorliegen (*Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 61). So ist es hier.

**12** bb) Es ist insbesondere nicht ersichtlich, dass das Amt der Beteiligten zu 1 aus den in §§ 2225, 2201 BGB aufgeführten Gründen beendet sein könnte.

**13** Gegen die Annahme einer Betreuerbestellung spricht schon die zur Vermeidung einer solchen ausdrücklich erteilte Vorsorgevollmacht zur UR-Nr. 1(...) und in der Geschäftsfähigkeit beschränkt kann die im Jahr 1936 geborene Beteiligte zu 1 nicht sein, vgl. § 106 BGB.

**14** Es bestehen auch keine ernsthaften, auf Tatsachen beruhenden Zweifel an der Geschäftsfähigkeit der Beteiligten zu 1 (vgl. *Demharter*, GBO, § 1 Rdnr. 46; *Meikel/Hertel*, GBO, 11. Aufl., § 29 Rdnr. 135). Eine andere Bewertung folgt nicht aus der der Beteiligten zu 2 erteilten Vollmacht oder dem Umstand, dass diese unter Ausnutzung der Vollmacht für die Beteiligte zu 1 hier gehandelt hat. Die unter Ziffer I. der UR-Nr. 1(...) aufgeführte „Generalvollmacht“ steht unter keinerlei Vorbehalt und ist der Beteiligten zu 2 danach unbedingt erteilt worden. Lediglich die unter Ziffer II. erteilte „Vorsorgevollmacht“ setzt den Eintritt dort näher benannter Bedingungen voraus. Darauf kommt es aber nicht an, weil die insoweit der Beteiligten zu 2 eingeräumte Vertretungsmacht lediglich nichtvermögensrechtliche Angelegenheiten wie Gesundheitsfürsorge und Aufenthaltsbestimmung betrifft. Darum geht es hier aber gerade nicht. Danach unterfallen die im Namen der Beteiligten zu 1 abgegebenen Erklärungen der Generalvollmacht zu Ziffer I., die ausdrücklich unbeschränkt – in den Grenzen des gesetzlich Möglichen – erteilt worden ist.

**15** b) Die von der Beteiligten zu 2 im Namen der Beteiligten zu 1 erklärte Bewilligung wirkt für und wider diese, § 164 Abs. 1, § 167 BGB, auch in deren Eigenschaft als Testamentsvollstreckerin über den Nachlass des Erblassers.

**16** Gemäß § 2218 Abs. 1, § 664 Abs. 1 Satz 1 BGB hat der Testamentsvollstreckter sein Amt selbst zu führen und darf es im Zweifel nicht einem Dritten übertragen (vgl. *Palandt/Weidlich*, 77. Aufl., § 2218 Rdnr. 2; *Zimmermann*, Die Testamentsvollstreckung, 4. Aufl., Rdnr. 313). Hiervon zu unterscheiden

ist die Bevollmächtigung Dritter durch den Testamentsvollstrecker.

**17 aa)** Der Senat hat seit jeher den Testamentsvollstrecker für befugt angesehen, sich für die Besorgung einzelner Geschäfte eines Vertreters zu bedienen (Senat, Beschluss vom 11.1.1904, 1 Y 1411/03, KGJ 27, 197, 199; Beschluss vom 16.5.1906, 1 Y 463/06, KGJ 32, 91, 93). Auch die Erteilung einer Generalvollmacht ist jedenfalls dann nicht ausgeschlossen, wenn der Erblasser keine abweichenden Anordnungen getroffen hat und der Generalbevollmächtigte lediglich widerrufen bestellt worden ist (Senat, Beschluss vom 24.10.1929, 1 X 613/29, JFG 7, 279, 281). Dann tritt kein anderer an die Stelle des Testamentsvollstreckers, vielmehr bleibt dieser berechtigt, neben dem Bevollmächtigten persönlich aus eigenem Recht Rechtsgeschäfte für den Nachlass vorzunehmen (Senat, a. a. O., 282).

**18** Hiervon abzuweichen, besteht im vorliegenden Fall kein Grund (ebenso *Demharter*, GBO, § 52 Rdnr. 19; *Zimmermann*, Die Testamentsvollstreckung, Rdnr. 317; Mayer/Bonefeld/*J. Mayer*, Testamentsvollstreckung, 4. Aufl., § 15 Rdnr. 15; BeckOK-BGB/*Lange*, § 2218 Rdnr. 6). Die gegenteilige Ansicht (*Winkler*, Der Testamentsvollstrecker, 22. Aufl., Rdnr. 468) übersieht, dass bei einer widerrufen erteilten Generalvollmacht regelmäßig kein Anhalt gegeben ist, der Testamentsvollstrecker entziehe sich seiner aus dem Amt folgenden Obliegenheiten.

**19 bb)** Danach bestehen gegen die Wirksamkeit der von der Beteiligten zu 1 der Beteiligten zu 2 erteilten Generalvollmacht keine Bedenken.

**20** Der Erblasser hat die Erteilung von Vollmachten, auch von Generalvollmachten in seinen letztwilligen Verfügungen, insbesondere seinem zur UR-Nr. 1 (...) des Notars S errichteten Testament vom 19.8.2003 nicht ausgeschlossen. Vielmehr verhält sich das Testament hierzu nicht. Im Hinblick darauf, dass er die Beteiligte zu 2 ersatzweise für die Beteiligte zu 1 zur Testamentsvollstreckerin bestimmt hat, ist die Annahme gerechtfertigt, dass der Erblasser gegen die hier erteilte Generalvollmacht keine Einwendungen erhoben hätte.

**21** Die Generalvollmacht ist nicht unwiderruflich erteilt worden, wobei dahinstehen kann, ob ein Widerruf bei einer solchen Vollmacht überhaupt zulässig hätte ausgeschlossen werden können (BGH, WM 2010, 1218, 1220).

**22** Das Amt der Beteiligten zu 1 als Testamentsvollstreckerin wird vom Umfang der Generalvollmacht erfasst. Dagegen spricht nicht, dass das Amt in der Vollmacht nicht erwähnt wird. Das ist nicht erforderlich, weil bereits die Bezeichnung als „Generalvollmacht“ für eine umfassend erteilte Vertretungsmacht spricht (Senat, Beschluss vom 17.11.2016, 1 W 562/16, MittBayNot 2017, 368, 369). Aber auch inhaltlich besteht insoweit kein Zweifel. Die Beteiligte hat ausdrücklich zur UR-Nr. 1 (...) den Umfang dahin bestimmt, dieser betreffe alle ihre Angelegenheiten „soweit das Gesetz eine Vertretung zulässt“. Im Gegensatz zu den unter Ziffer II. aufgeführten und hier nicht betroffenen Aufgabenkreisen enthält die unter Ziffer I. aufgeführte Generalvollmacht keine weiteren Einschränkungen. Sie geht auch ersichtlich über den Zweck der „Vorsorgevollmacht“ zu Ziffer II., die Bestellung eines Betreuers

zu vermeiden, hinaus. Die Generalvollmacht soll auch für die Erben der Beteiligten zu 1, also transmortal (vgl. Palandt/*Weidlich*, Vor § 2197 Rdnr. 9) gelten. Nach dem Tod der Beteiligten zu 1 kommt aber die Bestellung eines Betreuers für sie nicht mehr in Betracht bzw. erlischt ein solches Amt mit dem Tod des Betroffenen automatisch von selbst (Palandt/*Götz*, § 1896 Rdnr. 26).

**23 2.** Weitere Hindernisse stehen der beantragten Eintragung eines Nießbrauchs zugunsten der Beteiligten zu 1 bzw. eines aufschiebend bedingten und befristeten Nießbrauchs für die Beteiligten zu 2 und 3 nicht entgegen. Der Senat hat in seiner diesem Verfahren voran gehenden Entscheidung vom 22.5.2014 (1 W 219/13) darauf hingewiesen, dass es sich bei der Erfüllung eines Vermächtnisses durch den dazu berufenen Testamentsvollstrecker nicht um eine unentgeltliche Verfügung im Sinne des § 2205 Satz 3 BGB handelt, weil sie den Erben einen Vermögensvorteil durch Befreiung von einer Nachlassverbindlichkeit bringt. So ist es hier. Der Erblasser hat der Beteiligten zu 1 in seinem Testament vom 19.8.2003 ein lebenslanges Nießbrauchsrecht an dem Grundstück vermacht und bestimmt, dass dieses Recht nach deren Tod den Beteiligten zu 2 und 3 zustehen und nur bezogen auf Letztere zum 31.12.2030 erlöschen solle. Dem entsprechen Bewilligung und Antrag vom 29.3.2017.

#### ANMERKUNG:

Von Notar a. D. Prof. Dr. **Wolfgang Reimann**, Regensburg

#### 1. Substitutionsverbot bei Testamentsvollstreckung

In dem Beschluss des KG geht es um das sog. Substitutionsverbot bei Testamentsvollstreckungen. Gesetzliche Grundlage dafür ist § 2218 Abs. 1 BGB, wo auf § 664 Abs. 1 Satz 1 BGB verwiesen wird. Dort heißt es:

„Der Beauftragte darf im Zweifel die Ausführung des Auftrags nicht an einen Dritten übertragen.“

Das Substitutionsverbot ist gemäß § 2220 BGB zwingendes Recht, selbst der Erblasser kann von den Verpflichtungen der §§ 2215, 2216, 2218 und 2219 BGB nicht befreien. Übertragung im Sinne von § 664 Abs. 1 Satz 1 BGB bedeutet, dass der Beauftragte die Besorgung der ihm überantworteten Geschäfte vollständig oder teilweise einem Dritten zur selbstständigen Ausführung in dessen eigener Verantwortung überlässt.<sup>1</sup> Der Testamentsvollstrecker darf sein Amt gemäß § 2218 Abs. 1, § 664 Abs. 1 Satz 1 BGB somit nicht im Ganzen auf einen Dritten übertragen, dies folgt bereits aus der höchstpersönlichen Natur seines Amtes.

#### 2. Befreiungsmöglichkeit durch den Erblasser

Die Grenzen des Substitutionsverbots sind fließend. „Im Zweifel“ bedeutet zunächst, dass der Erblasser die Substitution, vor allem im Rahmen einer Verwaltungsanordnung gemäß § 2216 Abs. 2 BGB, gestatten kann. Es besteht scheinbar ein Widerspruch zwischen § 2220 BGB einer-

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 17.12.1992, III ZR 133/91, NJW 1993, 1704.

seits, wonach selbst der Erblasser den Testamentsvollstrecker von den dort genannten Vorschriften, also auch vom Substitutionsverbot, nicht befreien kann und andererseits der durch § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB eröffneten Möglichkeit, dem Testamentsvollstrecker die Substitution zu gestatten, sei es ausdrücklich, sei es konkludent. Der Widerspruch ist dadurch zu lösen, dass vorrangig eine mögliche Gestattung durch den Erblasser zu ermitteln ist. Liegt diese vor, reduziert sich lediglich die Haftung des Testamentsvollstreckers gemäß § 664 Abs. 1 Satz 2 BGB auf ein Verschulden, das ihn bei der Übertragung der Verpflichtung trifft; auch für das Verschulden eines Gehilfen bleibt er verantwortlich (§ 664 Abs. 1 Satz 3 BGB). Von diesen Folgen kann selbst der Erblasser den Testamentsvollstrecker nicht befreien (§ 2220 BGB).

Darüber hinaus ist der Testamentsvollstrecker auch ohne eine derartige Gestattung unter Umständen im Rahmen seiner Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Verwaltung gemäß § 2216 Abs. 1 BGB zu einer Übertragung einzelner Obliegenheiten berechtigt; es kann sich sogar eine Verpflichtung hierzu ergeben, wenn ansonsten, etwa wegen eigener Krankheit, die Verwaltung des Nachlasses gefährdet wäre.

Das Substitutionsverbot ist mithin nachgeordnet zu den Möglichkeiten, die sich aus § 2218 Abs. 1 i. V. m. § 664 Abs. 1 Satz 3 BGB und aus § 2216 Abs. 1 und 2 BGB (ordnungsmäßige Verwaltung, Verwaltungsanordnung) ergeben.

### 3. Generalvollmacht als Alternative

Von der Übertragung der Verpflichtungen des Testamentsvollstreckers auf Dritte ist deren Bevollmächtigung durch ihn zu unterscheiden. Diese Bevollmächtigung Dritter bedeutet noch nicht, dass der Testamentsvollstrecker ihnen insoweit auch die Führung der Geschäfte überlässt. Auch eine Generalvollmacht wird allgemein als zulässig erachtet, sofern sie nicht vom Erblasser durch letztwillige Verfügung untersagt wurde und dem Testamentsvollstrecker das Recht des jederzeitigen Widerrufs zusteht.<sup>2</sup> Es wird allerdings einschränkend darauf hingewiesen,<sup>3</sup> dass die Unterscheidung zwischen Vollübertragung und Bevollmächtigung in der Praxis fließend ist, wenn der Testamentsvollstrecker einen Generalbevollmächtigten weitgehend selbstständig agieren lässt. Die Problematik ist aus dem Gesellschaftsrecht bekannt, wo der Grundsatz gilt, dass die von einem GmbH-Geschäftsführer erteilte Generalvollmacht dessen Organstellung, Zuständigkeit und Verantwortung nicht beseitigen darf.<sup>4</sup>

### 4. Umfang der Generalvollmacht eines Testamentsvollstreckers

Der Beschluss des KG entspricht insoweit dem herrschenden Meinungsspektrum. Problematisch wird er dort, wo es um die Vollmacht selbst geht. Im vorliegenden Fall handelte es sich um eine persönliche Generalvollmacht des Testamentsvollstreckers, in der die Testamentsvollstreckung in keiner Weise erwähnt wurde. Laut Sachverhalt hatte die Generalvollmacht den Inhalt, die Testamentsvollstreckerin

„in allen meinen Angelegenheiten zu vertreten, soweit das Gesetz eine Vertretung zulässt“.

Das KG akzeptierte diese Vollmacht *als Vollmacht des Testamentsvollstreckers* im Hinblick darauf, dass sie als Generalvollmacht bezeichnet war. Fraglich musste im vorliegenden Fall allerdings sein, ob die Angelegenheiten der Erben, welche die Testamentsvollstreckerin zu erledigen hatte, tatsächlich ihre Angelegenheiten waren. Der Testamentsvollstrecker ist Träger eines Amtes, er handelt im eigenen Namen, er ist aber nicht Rechtsträger der zum Nachlass gehörenden Gegenstände, er ist nicht legal owner. Er handelt mit Wirkung für die Erben, soweit der Nachlass, der von ihm zu verwalten ist, betroffen ist. Die Rechtstellung des Testamentsvollstreckers nähert sich derjenigen eines gesetzlichen Vertreters soweit an, dass die Vorschriften der §§ 181, 211, 278, 254 BGB und § 241 ZPO auf ihn entsprechend angewandt werden. Mit dem Vertreter hat der Testamentsvollstrecker auch gemeinsam, dass er sich als solcher bezeichnen muss, wenn er vermeiden will, aus den Rechtsgeschäften, die er in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker vornimmt, persönlich haftbar gemacht zu werden.<sup>5</sup> Die Vollmacht entsprach damit nicht dem Repräsentationsprinzip des § 164 BGB; dieses bedeutet, dass zwar der Vertreter der rechtsgeschäftlich Handelnde ist, dieser aber nur denjenigen repräsentiert, bei dem die Wirkungen des Handelns aufgrund Vollmacht eintreten sollen und der dann auch zu bezeichnen ist.

Die Aussage des KG kann aber im entschiedenen Fall gleichwohl zutreffen: Auch Vollmachten sind Willenserklärungen, die auslegungsfähig sind und für welche die allgemeinen Auslegungsgrundsätze gelten (§ 133 BGB). Eine derartige Auslegung ist im vorliegenden Fall möglich, da die Vollmacht nach Antritt des Testamentsvollstreckeramts ausgestellt wurde. Wäre sie vor dem Amtsantritt erteilt worden, hätte eine Auslegung zum gegenteiligen Ergebnis führen müssen, es sei denn, es wären weitere Anhaltspunkte, etwa für eine demnächst bevorstehende Übernahme einer Testamentsvollstreckung, gegeben gewesen.

2 Vgl. Palandt/Weidlich, 78. Aufl. 2019, § 2218 Rdnr. 2; Münch-Komm-BGB/Zimmermann, 7. Aufl. 2017, § 2218 Rdnr. 7; Staudinger/Reimann, Neub. 2016, § 2218 Rdnr. 15.

3 Bengel/Reimann/Pauli, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 6. Aufl. 2017, § 6 Rdnr. 26; generell ablehnend Winkler, Der Testamentsvollstrecker, 22. Aufl. 2016, Rdnr. 468.

4 Vgl. Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 35 Rdnr. 15.

5 Palandt/Weidlich, Vor § 2197 Rdnr. 2.



## 16. Keine Ausschlagungsfiktion im Falle eines Vorausvermächtnisses

OLG München, Urteil vom 26.7.2017, 7 U 302/17

BGB § 197 Abs. 1 Nr. 2, § 883 Abs. 1, §§ 1943, 1944, 2147, 2150, 2180 Abs. 1, §§ 2305, 2306, 2307 Abs. 2 Satz 2

EGBGB Art. 229 § 23

GBO §§ 13, 19, 39 Abs. 1

### LEITSÄTZE:

- 1. Die Ausschlagungsfiktion des § 2307 Abs. 2 Satz 2 BGB kann im Falle eines Vorausvermächtnisses nicht eintreten, wenn der mit dem Vorausvermächtnis bedachte Miterbe die Erbschaft bereits angenommen hat.**
- 2. Die Verjährungsfrist für den Anspruch aus einem Grundstücksvermächtnis beträgt nach geltendem Recht zehn Jahre.**

### SACHVERHALT:

**1** A. Die Parteien streiten im einstweiligen Verfügungsverfahren um eine Auflassungsvormerkung zur Sicherung eines Vermächtnisanspruchs.

**2** Der Kläger und seine beiden Brüder sind Erben zu gleichen Teilen gemäß dem Testament der am (...) 2006 verstorbenen G vom 27.9.1994. Durch dieses Testament hat die Erblasserin dem Kläger das streitgegenständliche Grundstück als Vorausvermächtnis zugewendet. Mit notariellem Vertrag vom 25.2.2011 verkauften und übertrugen die Brüder des Klägers ihre Erbteile an die Beklagte. Der Kläger und die Beklagte sind als Eigentümer des streitgegenständlichen Grundstücks in ungeteilter Erbengemeinschaft in das Grundbuch eingetragen. Die Beklagte betreibt beim AG (...) die Teilungsversteigerung des streitgegenständlichen Grundstücks. Diesbezüglich ist ein Teilungsversteigerungsvermerk ins Grundbuch eingetragen.

**3** Mit Schreiben vom 23.12.2011 forderte die Beklagte den Kläger auf, das Vermächtnis bis spätestens 15.1.2012 geltend zu machen. Eine Reaktion des Klägers erfolgte nicht.

**4** Der Kläger hat beantragt,

eine einstweilige Verfügung zu erlassen mit dem Inhalt, dass im Grundbuch (...) zulasten des Miteigentums der im Grundbuch eingetragenen Antragsgegnerin eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Antragstellers auf Auflassung und Eintragung zu Alleineigentum eingetragen wird.

**5** Die Beklagte hat beantragt,

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung (...) als unbegründet zurückzuweisen.

**6** Die Beklagte hat (...) ihre Passivlegitimation bezweifelt, da sie nicht als Miteigentümerin (sondern nur als Mitglied einer Gesamthandsgemeinschaft) ins Grundbuch eingetragen sei; daher sei der Anspruch auch auf eine unmögliche Leistung gerichtet. Die Beklagte ist der Rechtsauffassung, dass kein Verfügungsanspruch bestehe, weil das Vermächtnis nach § 2307 Abs. 2 BGB als ausgeschlagen gelte. Schließlich wendet sie Verjährung ein. Auch sei das Rechtsschutzziel des Klägers durch die begehrte einstweilige Verfügung nicht zu erreichen, weil der eingetragene Teilungsversteigerungsvermerk einer eventuellen Vormerkung im Rang vorgehe.

**7** Das LG hat nach durchgeführter mündlicher Verhandlung die begehrte einstweilige Verfügung mit dem beantragten Inhalt erlassen. (...)

**8** Das Grundbuchamt (...) hat die Eintragung der Vormerkung aufgrund dieses Urteils abgelehnt. Die hiergegen gerichtete Grundbuchbeschwerde blieb erfolglos.

**9** Mit ihrer zulässigen, insbesondere form- und fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung verfolgt die Beklagte die Abweisung der Verfügungsklage weiter.

(...)

**11** Der Kläger beantragt,

das bezeichnete Urteil unter Zurückweisung der Berufung abzuändern und eine einstweilige Verfügung mit dem Inhalt zu erlassen, dass im Grundbuch (...) zulasten des Gesamthandseigentums der im Grundbuch eingetragenen Erbengemeinschaft (...) eine Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Klägers auf Auflassung und Eintragung zu Alleineigentum an den Kläger eingetragen wird.

(...)

### AUS DEN GRÜNDEN:

**13** B. Die Berufung des Beklagten hat keinen Erfolg. Vielmehr war im Ergebnis die einstweilige Verfügung des LG nach Maßgabe der (...) gestellten Anträge zu bestätigen.

**19** II. Der Kläger hat aus dem Vorausvermächtnis einen Anspruch auf Übereignung des vermachten Gegenstandes, also das gegenständliche Grundstück (§§ 2147, 2150, 2174 BGB). Dieser Anspruch kann durch eine Vormerkung gesichert werden (§ 883 Abs. 1 BGB). Hieraus ergibt sich der Verfügungsanspruch im Sinne von §§ 916, 935, 940 ZPO.

**20** 1. Der Vermächtnisanspruch richtet sich gegen den Beschwerten (§ 2174 BGB), also mangels anderer Bestimmung durch die Erblasserin gegen die Erben (§ 2147 Satz 2 BGB). Das ist vorliegend die Erbengemeinschaft, bestehend aus dem Kläger und der Beklagten. Dem trägt der in der Berufungsinstanz gestellte Antrag des Klägers Rechnung.

**21** Allerdings wäre der erstinstanzliche Antrag des Klägers in der dort gestellten Form (Vormerkung zulasten des Miteigentumsanteils der Beklagten) zurückzuweisen gewesen. Neben der dargestellten erbrechtlichen Lage war die Eintragung einer Vormerkung zulasten eines Miteigentumsanteils der Beklagten auch aus grundbuchrechtlicher Sicht nicht möglich, weil ein solcher nicht voreingetragen war. Denn eine Eintragung ins Grundbuch setzt neben dem Antrag eines Antragsberechtigten (§ 13 GBO) und der Bewilligung des Betroffenen (§ 19 GBO) auch dessen Voreintragung voraus (§ 39 Abs. 1 GBO). Dabei ersetzt eine entsprechende einstweilige Verfügung zwar die Bewilligung des Betroffenen, vermag aber am Erfordernis von dessen Voreintragung nichts zu ändern (vgl. dazu Palandt/Weidlich, 76. Aufl., § 885 Rdnr. 14). Dieses Problem stellt sich in der Berufungsinstanz aufgrund des neuen klägerischen Antrags nicht mehr. (...)

**22** 2. Der Vermächtnisanspruch ist nicht durch (fingierte) Ausschlagung des Vermächtnisses gemäß § 2307 Abs. 2 BGB untergegangen.

**23** a) Dies ergibt sich zwar nicht schon daraus, dass der Kläger das Vermächtnis zur Zeit der Fristsetzung nach § 2307 Abs. 2 BGB längst angenommen habe und daher eine Ausschlagung ohnehin nicht mehr in Betracht gekommen sei (vgl. § 2180 Abs. 1 BGB). Die erstmals in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat aufgestellte Behauptung des Klä-

gers, das Vermächtnis bereits angenommen gehabt zu haben, ist erstens als verspätet im Sinne von § 531 Abs. 2 BGB zurückzuweisen, zweitens eine reine Rechtsbehauptung, ohne durch entsprechenden Tatsachenvortrag untermauert zu sein, und drittens vom Beklagtenvertreter bestritten worden, ohne dass der Kläger Beweis, geschweige denn präsenten Beweis, angeboten hätte.

**24 b)** Der Senat teilt jedoch die Auffassung des LG, dass sich die Beklagte nicht auf die Ausschlagungsfiktion des § 2307 Abs. 2 BGB berufen kann, weil diese Vorschrift, die zwar vom Wortlaut her einschlägig wäre, nach ihrem Sinn und Zweck für Fälle der vorliegenden Art nicht gilt.

**25** Richtig ist zunächst der Ausgangspunkt des LG, wonach für die Ausschlagung des Vermächtnisses – anders als für die Ausschlagung der Erbschaft (vgl. § 1944 BGB) – eine gesetzliche Frist nicht vorgesehen ist. Im gesetzlichen Normalfall steht es also im Belieben des Vermächtnisnehmers, ob und wann er seinen Vermächtnisanspruch geltend macht; mit dieser Unsicherheit muss der Beschwerde – bis zum Eintritt der Verjährung – leben.

**26** § 2307 Abs. 2 BGB stellt von diesem Grundsatz eine Ausnahme insoweit dar, als der beschwerte Erbe dem Vermächtnisnehmer eine angemessene Frist zur Entscheidung über die Annahme des Vermächtnisses setzen kann, widrigenfalls das Vermächtnis als ausgeschlagen gilt. Diese Möglichkeit besteht aber schon nach dem Wortlaut nur, wenn der Vermächtnisnehmer „Pflichtteilsberechtigter“ ist, und ist deshalb und auch nach ihrer systematischen Stellung im Gesetz im Kontext des Pflichtteilsrechts auszulegen.

**27** Gemäß § 2303 BGB besteht ein Pflichtteilsanspruch nur, wenn der grundsätzlich Berechtigte (Abkömmling, Ehegatte, Elternteil des Erblassers) „durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen ist“. Einen Pflichtteilsanspruch nach dem Erblasser hat daher grundsätzlich nicht, wer sein Erbe oder Vermächtnisnehmer ist. Von diesem Grundsatz finden sich jedoch Ausnahmen in §§ 2305-2307 BGB. Wer auf ein Erbteil eingesetzt ist, welches wertmäßig hinter dem Pflichtteilsanspruch zurückbleibt, kann die Differenz als Zusatzpflichtteil verlangen (§ 2305 BGB). Wer als Erbe eingesetzt, aber (insbesondere durch Testamentsvollstreckung oder Nacherbfolge) beschränkt oder (mit einem Vermächtnis oder einer Auflage) beschwert ist, kann die Erbschaft ausschlagen und stattdessen den Pflichtteil verlangen (§ 2306 BGB). Wer mit einem Vermächtnis bedacht ist, kann dieses ausschlagen und stattdessen den Pflichtteil verlangen (§ 2307 Abs. 1 BGB). Wer Erbe und Vermächtnisnehmer ist, muss in der Gesamtschau der Regelungen beides ausschlagen, um den Pflichtteil verlangen zu können.

**28** § 2307 Abs. 2 BGB hat vor diesem Hintergrund eindeutig den Zweck, dem mit einem Vermächtnis beschwerten Erben Klarheit darüber zu verschaffen, ob er dem mit einem Vermächtnis bedachten Pflichtteilsberechtigten das Vermächtnis oder den Pflichtteil schuldet. Dieser Zweck ist vorliegend nicht einschlägig. Denn selbst wenn der Kläger das Vermächtnis ausgeschlagen hätte bzw. dies fingiert würde, bliebe er Erbe (die Erbschaft gilt – und galt im Dezember 2011 – längst zumindest durch Zeitablauf als angenommen und konnte nicht

mehr ausgeschlagen werden, §§ 1943, 1944 BGB) und hat damit keinen Pflichtteilsanspruch (als Erbe zu  $\frac{1}{3}$  bei einer Pflichtteilsquote zu  $\frac{1}{6}$  auch keinen Anspruch auf den Zusatzpflichtteil). Für die Beklagte bestand daher im Zeitpunkt ihrer Fristsetzung im Dezember 2011 nicht die Ungewissheit, ob sie (bzw. die Erbengemeinschaft) dem Kläger das Vermächtnis oder den Pflichtteil schuldet, sondern nur die Ungewissheit, ob und wann der Kläger seinen Vermächtnisanspruch geltend machen werde. Insofern bestand kein Pflichtteilsbezug, sondern die Lage stellte sich nicht anders dar als bei einem Vermächtnisnehmer, der nicht zum Kreis der grundsätzlich Pflichtteilsberechtigten gehört. Diese allgemeine Unsicherheit muss der Beschwerde, also die Beklagte hinnehmen, weil eine gesetzliche Frist für die Ausschlagung des Vermächtnisses nicht vorgesehen ist.

**29 c)** Kein anderes Ergebnis rechtfertigt die Überlegung des Beklagten, dass der Kläger (das Vermächtnis und) die Erbschaft hätte ausschlagen können und dann – wegen der zunächst angeordneten Testamentsvollstreckung – den vollen Pflichtteilsanspruch gehabt hätte. Letzteres trifft nach § 2306 BGB zwar zu (auch nach dem im Zeitpunkt des Erbfallendes § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB damaliger Fassung, weil der testamentarische Erbteil des Klägers höher war als seine Pflichtteilsquote). Entscheidend ist aber, dass der Kläger die Erbschaft nicht ausgeschlagen hat und dies im Zeitpunkt der Fristsetzung gemäß § 2307 Abs. 2 BGB wegen zwischenzeitlichen Verstreichens der Ausschlagungsfrist nicht mehr konnte.

**30** 3. Der Vermächtnisanspruch des Klägers ist nicht verjährt, wie das LG zutreffend erkannt hat.

**31 a)** Der Anspruch entstand mit dem Erbfall im Jahr 2006. Nach damals geltendem Verjährungsrecht (§ 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB a. F.) wäre er als erbrechtlicher Anspruch in dreißig Jahren ab dem Erbfall, also im Jahr 2036 verjährt.

**32 b)** Die Vorschrift wurde jedoch durch das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom 24.9.1999 (BGBl. 3142 I) aufgehoben. Die Auswirkungen auf die bereits laufende Verjährungsfrist im gegenständlichen Fall regelt Art. 229 § 23 EGBGB. Hiernach tritt Verjährung mit Ablauf des 31.12.2019 ein.

**33 aa)** Art. 229 § 23 Abs. 1 Satz 1 EGBGB verweist für am 1.1.2010 noch offenen Verjährungen auf die Vorschriften des BGB über die Verjährung in der am 1.1.2010 geltenden Fassung. Nach dem Wortlaut der Übergangsvorschrift, der nicht nur auf die §§ 195, 199 BGB, sondern auf alle geltenden Verjährungsvorschriften verweist, beträgt die Verjährungsfrist für den gegenständlichen Vermächtnisanspruch, der auf Übereignung eines Grundstücks gerichtet ist, also zehn Jahre (§ 196 BGB).

**34** Entgegen der Auffassung des Beklagten lässt sich den vorgelegten Gesetzesmaterialien (BT-Drucks. 16/8954; BT-Drucks. 16/13543) ein entgegenstehender Wille des Gesetzgebers nicht entnehmen. Dort ist zwar wiederholt die Rede davon, dass erbrechtliche Ansprüche der Regelverjährung unterliegen sollten. Mit Grundstücksvermächtnissen befassen sich die Materialien aber nicht. Es kann daher nicht der Schluss gezogen werden, dass nach dem Willen des Gesetzgebers – entgegen dem von ihm gewählten Wortlaut der Übergangs-

vorschrift – auch für Grundstücksvermächtnisse eine Verjährungsfrist von drei Jahren gelten sollte.

**35** Entgegen *Damrau*, ZERB 2015, 333 sieht der Senat auch keine Anhaltspunkte für eine anderweitige systematische Auslegung. Zwar mag es sein, dass unter Geltung des § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB diese erbrechtliche Verjährungsregelung als vorrangig gegenüber § 196 BGB zu verstehen war. Dieses Verhältnis von zwei Spezialvorschriften zueinander gibt aber kein Argument dafür, dass nurnmehr – entgegen dem Wortlaut der Übergangsvorschriften und dem allgemeinen Spezialitätsgrundsatz – die allgemeine Vorschrift des § 195 BGB der Spezialvorschrift des § 196 BGB vorgehen sollte.

**36** bb) Die somit einschlägige zehnjährige Verjährungsfrist ist nach Art. 229 § 23 Abs. 2 EGBGB ab dem 1.1.2010 zu rechnen. Verjährung des streitgegenständlichen (Verfügungs-) Anspruchs tritt daher (frühestens) mit Ablauf des 31.12.2019 ein.

**37** III. Die Darlegung eines Verfügungsgrundes war für den Kläger wegen § 885 Abs. 1 Satz 2 BGB entbehrlich. Soweit die Beklagte die hiernach bestehende Vermutung für einen Verfügungsgrund damit widerlegen will, dass eine eventuelle Auflassungsvormerkung die Teilungsversteigerung nicht hindern könne, weil der bereits eingetragene Teilungsversteigerungsvermerk vorrangig sei, kann ihr nicht gefolgt werden.

**38** Richtig ist zwar, dass der Rang des mit der Vormerkung gesicherten Rechts nach der Eintragung der Vormerkung (§ 883 Abs. 3 BGB), also nach der Reihenfolge der Eintragungen (§ 879 BGB) richtet. Eine Vormerkung wäre vorliegend also tatsächlich nachrangig und würde mit dem Zuschlag in der Teilungsversteigerung erlöschen (vgl. Palandt/*Weidlich*, § 883 Rdnr. 27). Der Kläger würde aber auch in diesem Fall am Erlösverteilungsverfahren teilnehmen, wobei der Erlös bis zur Erlangung eines rechtskräftigen Hauptsachetitels des Klägers zu hinterlegen wäre (Palandt/*Weidlich*, § 883 Rdnr. 27). Dem Kläger kann also ein Sicherheitsbedürfnis nicht abgesprochen werden.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessorin **Ann-Kathrin Schmelter**, Hengersberg

### 1. Sachverhalt

Der Kläger und seine beiden Brüder beerbten die Erblasserin mit deren Tod im Jahre 2006 gemäß deren Testament zu gleichen Teilen. Dem Kläger hatte die Erblasserin ein Grundstück als Vorausvermächtnis zugewendet.

Die Brüder verkauften und übertrugen ihre Erbteile im Jahre 2011 an die Beklagte. Der Kläger und die Beklagte sind als Eigentümer des streitgegenständlichen Grundstücks in ungeteilter Erbengemeinschaft im Grundbuch eingetragen.

Die Beklagte setzte dem Kläger im Dezember 2011 eine Frist zur Erklärung über die Annahme des Vermächtnisses. Der Kläger reagierte darauf nicht. Seit 2013 betreibt die Beklagte die Teilungsversteigerung des Grundstücks.

Der Kläger beantragte im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zur Sicherung seines Vermächtnisanspruchs „zulasten des Miteigentums“<sup>1</sup> der im Grundbuch eingetragenen Beklagten. Das LG München I erließ die einstweilige Verfügung mit dem beantragten Inhalt.<sup>2</sup> Das Grundbuchamt lehnte jedoch die Eintragung der Vormerkung ab; die dagegen gerichtete Grundbuchbeschwerde blieb erfolglos. Die Beklagte verfolgte mit ihrer Berufung die Abweisung der Verfügungsklage weiter.

### 2. Auftretende Rechtsfragen

#### a) Fehlende Voreintragung eines Miteigentumsanteils der Beklagten

In der vorliegenden Entscheidung hatte sich der Senat auch mit den Grundsätzen des Grundbuchrechts zu befassen. Er bestätigte die Entscheidung des LG im Ergebnis; jedoch hätte der erstinstanzliche klägerische Antrag in der dort gestellten Form zurückgewiesen werden müssen: Die einstweilige Verfügung ersetze zwar die Bewilligung des Betroffenen, es fehle aber an der Voreintragung eines Miteigentumsanteils der Beklagten.<sup>3</sup>

#### b) Keine Ausschlagungsfiktion im Falle eines Vorausvermächtnisses nach Annahme der Erbschaft

Grundsätzlich existiert für die Ausschlagung eines Vermächtnisses, anders als für die Ausschlagung der Erbschaft, keine Ausschlagungsfrist. Dies zeigt § 2180 Abs. 3 BGB, der nicht auf § 1944 BGB verweist. Eine analoge Anwendung des § 1944 BGB scheidet mangels planwidriger Regelungslücke aus.<sup>4</sup>

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz bildet § 2307 Abs. 2 BGB: Hiernach kann der mit dem Vermächtnis beschwerte Erbe dem Vermächtnisnehmer eine angemessene Frist zur Erklärung über die Annahme des Vermächtnisses setzen. Nach erfolglosem Fristablauf gilt das Vermächtnis als ausgeschlagen.

Drei Voraussetzungen müssen für die Anwendbarkeit dieser Ausschlagungsfiktion nach dem Wortlaut der Norm gegeben sein:

(1) Der Vermächtnisnehmer ist gleichzeitig Pflichtteilsberechtigter, gehört also zum Kreis der in § 2303 BGB genannten Angehörigen und ist nicht durch § 2309 BGB ausgeschlossen.<sup>5</sup>

1 Richtigerweise: zulasten des Gesamthandseigentums der Erbengemeinschaft.

2 Lediglich in den Entscheidungsgründen führte das LG aus, dass der Wortlaut des klägerischen Antrags nicht korrekt, die einstweilige Verfügung aber wie die Bewilligung einer Auslegung zugänglich sei und daher als Eintragungsgrundlage dienen könne, vgl. LG München I, Urteil vom 19.12.2016, 41 O 19643/16, BeckRS 2016, 125340 Rdnr. 20.

3 Rdnr. 21 der besprochenen Entscheidung.

4 Vgl. BGH, Urteil vom 12.1.2011, IV ZR 230/09, NJW-Spezial 2011, 200.

5 So wird auch der Begriff „Pflichtteilsberechtigter“ als Gläubiger eines Pflichtteilsergänzungsanspruchs gemäß § 2325 Abs. 1 BGB definiert, vgl. hierzu Palandt/*Weidlich*, 78. Aufl. 2019, § 2325 Rdnr. 4.

(2) Der beschwerte Erbe hat dem Vermächtnisnehmer eine angemessene Frist gesetzt.

(3) Die Frist ist erfolglos abgelaufen.

Obwohl der Kläger als Sohn der Erblasserin pflichtteilsberechtigt ist und die Voraussetzungen (2) und (3) erfüllt sind, lehnte der Senat die Anwendung des § 2307 Abs. 2 BGB ab:

Sinn und Zweck des § 2307 Abs. 2 BGB sei es,

„dem mit einem Vermächtnis beschwerten Erben Klarheit darüber zu verschaffen, ob er dem mit einem Vermächtnis bedachten Pflichtteilsberechtigten das Vermächtnis oder den Pflichtteil schuldet.“<sup>6</sup>

Diese Unsicherheit habe für die Beklagte zum Zeitpunkt der Fristsetzung nicht bestanden:

Da der Kläger Miterbe nach seiner Mutter geworden ist, hätte er – selbst wenn er das Vermächtnis ausschlagen würde – einen Pflichtteilsanspruch nur, wenn er auch die Erbschaft gemäß § 2306 BGB fristgemäß ausgeschlagen hätte; diese galt jedoch im Dezember 2011 zumindest durch Zeitablauf als angenommen. Als Miterbe zu 1/3 stand dem Kläger bei einer Pflichtteilsquote von 1/6 auch kein Anspruch auf den Zusatzpflichtteil zu.

Der Beklagten stelle sich somit nicht die Frage „Schulde ich das Vermächtnis oder den Pflichtteil?“, sondern lediglich die Frage „Macht der Kläger das Vermächtnis geltend und wenn ja, wann?“. Die mit der zweiten Frage verbundene Unsicherheit müsse die Beklagte mangels gesetzlicher Frist für die Ausschlagung von Vermächtnissen hinnehmen.<sup>7</sup>

Die Voraussetzung (1) des obigen Prüfungsschemas muss nach Auffassung des Senats mithin wie folgt erweitert werden:

(1) Der Vermächtnisnehmer ist gleichzeitig Pflichtteilsberechtigter und hätte zum Zeitpunkt der Fristsetzung durch den Erben tatsächlich einen (Zusatz-)Pflichtteilsanspruch, wenn er das Vermächtnis ausschlagen würde.

### c) Verjährungsfrist für grundstücksbezogene Vermächtnisse

Das OLG München hatte sich zudem mit der Frage zu befassen, ob grundstücksbezogene Vermächtnisansprüche der dreijährigen Regelverjährung oder der zehnjährigen Verjährung gemäß § 196 BGB unterliegen.

Durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat der Gesetzgeber die allgemeine Verjährungsfrist auf drei Jahre verkürzt; für erbrechtliche Ansprüche verblieb es aber bei der 30-jährigen Frist gemäß § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB a. F.<sup>8</sup> Nachdem die Erblasserin im Jahre 2006 verstorben war, galt für den Vermächtnisanspruch des Klägers nach dem damals geltenden Verjährungsrecht diese 30-jährige Verjährungsfrist gemäß § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB a. F.

Der Gesetzgeber hob diese Norm durch das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts mit Wirkung zum 1.1.2010 auf, um „die Verjährung der (...) erbrechtlichen Ansprüche in das System der Regelverjährung (...) zu integrieren“.<sup>9</sup> Dabei übersah er anscheinend, dass grundstücksbezogene Vermächtnisansprüche nach Abschaffung des § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB a. F. gerade nicht der dreijährigen Regelverjährung im Sinne des § 195 BGB unterfallen würden, sondern der zehnjährigen Verjährungsfrist des spezielleren § 196 BGB. In der Gesetzesbegründung findet sich kein Wort dazu, ob grundstücksbezogene Vermächtnisansprüche aus dem tatbestandlich einschlägigen Anwendungsbereich des § 196 BGB ihrem Sinn und Zweck nach auszunehmen sind, sodass für sie die dreijährige Regelverjährung gelten kann.<sup>10</sup>

Aufgrund dieser Gesetzgebungsgeschichte vertritt *Damrau* eine teleologische Reduktion des § 196 BGB und damit eine Unanwendbarkeit dieser Norm auf grundstücksbezogene Vermächtnisansprüche.<sup>11</sup>

Der Senat dagegen wendet auf das grundstücksbezogene Vermächtnis § 196 BGB an, da nach Abschaffung des § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB a. F. § 196 BGB gegenüber § 195 BGB die speziellere Vorschrift darstelle und dem Gesetzgeber ein entgegenstehender Wille nicht unterstellt werden könne.<sup>12</sup>

### 3. Fazit und Auswirkungen auf die Praxis

Die unbefristete Möglichkeit der Vermächtnisausschlagung bringt für den Beschwerkten Rechtsunsicherheiten mit sich, die er hinnehmen muss, da das Gesetz für diesen Fall keine Ausschlagungsfrist vorsieht. Die in § 2307 Abs. 2 BGB normierte Ausnahmeregelung ist eng auszulegen und dient nur dazu, dem Erben Klarheit darüber zu verschaffen, ob er das Vermächtnis oder den Pflichtteil schuldet. Steht dem Vermächtnisnehmer zum Zeitpunkt der Fristsetzung gar kein Pflichtteilsanspruch zu, befindet sich der Erbe nicht in der aufgezeigten Schwebelage und § 2307 Abs. 2 Satz 2 BGB gilt zu Recht nicht.

Durch vorsorgende Testamentsgestaltung kann die Ungewissheit des Beschwerkten, die die unbefristete Möglichkeit der Vermächtnisausschlagung mit sich bringt, vermieden werden: Der Erblasser muss hierzu das Vermächtnis unter der aufschiebenden Bedingung anordnen, dass die Annahme innerhalb einer bestimmten Frist erklärt wird.<sup>13</sup>

Die zahlreichen, von Erbrechtsanwälten verfassten Anmerkungen zur besprochenen Entscheidung zeigen, welche große Relevanz die Frage, welcher Verjährungsfrist grundstücksbezogene Vermächtnisansprüche unterliegen, für die

6 Rdnr. 28 der besprochenen Entscheidung.

7 Rdnr. 27 ff. der besprochenen Entscheidung.

8 Palandt/*Ellenberger*, Vor § 194 Rdnr. 1 ff.

9 BT-Drucks. 16/13543, S. 1; vgl. auch Palandt/*Ellenberger*, § 197 Rdnr. 1.

10 Vgl. BT-Drucks. 16/8954; BT-Drucks. 16/13543.

11 *Damrau*, ZERb 2015, 333.

12 Rdnr. 34 f. der besprochenen Entscheidung.

13 *Damrau/Tanck/Linnartz*, Praxiskommentar Erbrecht, 3. Aufl. 2014, § 2180 BGB Rdnr. 6.



Praxis hat.<sup>14</sup> Der Senat entschied sich zu Recht für die zehnjährige Verjährung, da § 196 BGB den Gläubiger vor grundbuchvollzugsbedingten Zeitverzögerungen schützen soll,<sup>15</sup> von denen auch der Gläubiger eines grundstücksbezogenen Vermächtnisses betroffen ist.<sup>16</sup> Von einer teleologischen Reduktion sollte bei den formalistischen Verjährungsvorschriften, die gerade der Rechtssicherheit dienen sollen, Abstand genommen werden.

Die Frage ist jedoch angesichts der aufgezeigten Gesetzgebungsgeschichte in der Literatur umstritten.

Da das besprochene Berufungsurteil im Verfahren der einstweiligen Verfügung erging, ist der weitere Rechtsweg zum BGH gemäß § 542 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen. Eine höchstrichterliche Klärung dieser umstrittenen Frage steht somit aus. Um dem Gebot des sichersten Weges gerecht zu werden, sollte die Klageerhebung durch den Vermächtnisnehmer zur Hemmung der Verjährung innerhalb der dreijährigen Verjährungsfrist erfolgen.

14 Dies gilt insbesondere auch für in der Praxis häufig vorkommende Wohnungsrechts- oder Nießbrauchsvermächtnisse.

15 MünchKomm-BGB/Grothe, 8. Aufl. 2019, § 196 Rdnr. 1.

16 Vgl. auch LG München I, Urteil vom 19.12.2016, 41 O 19643/16, BeckRS 2016, 125340 Rdnr. 30.

## 17. Nachweis der Rechtsnachfolge im Handelsregister

KG, Beschluss vom 16.7.2018, 22 W 17/18

BGB § 2091

GBO § 35 Abs. 1 Satz 2

HGB § 12 Abs. 1 Satz 4, §§ 107, 108 Satz 1, §§ 143, 161 Abs. 2, § 162 Abs. 3

### LEITSÄTZE:

- Zum Nachweis der Rechtsnachfolge im Handelsregister reicht die Vorlage einer öffentlichen Urkunde, die eine Verfügung von Todes wegen enthält, mit der Eröffnungsniederschrift zwar grundsätzlich aus. Das ist aber dann nicht der Fall, wenn die Verfügung auslegungsbedürftig ist und zur Auslegung auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände heranzuziehen sein könnten.**
- Soll einer von mehreren Erben nach der Teilungsanordnung den Kommanditanteil alleine übernehmen, so sind gleichwohl zunächst auch die Miterben in das Handelsregister einzutragen.**

## 18. Berücksichtigung einer Ausschlagung im Grundbucheintragungsverfahren

OLG Hamm, Beschluss vom 22.3.2017, 15 W 354/16, mitgeteilt von **Stefan Tegenthoff**, Richter am OLG Hamm

BGB §§ 1943, 1944

GBO § 35 Abs. 1 Satz 2

### LEITSATZ:

**Eine Erbfolge, die sich erst unter Berücksichtigung der Ausschlagungserklärung eines Beteiligten ergibt, kann im Grundbucheintragungsverfahren nicht allein aufgrund der formgerechten Ausschlagungserklärung festgestellt werden.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** Die Beschwerde ist nach den §§ 71 ff. GBO zulässig, hat in der Sache aber keinen Erfolg. Das Grundbuchamt hat der Beteiligten mit der Zwischenverfügung vom 19.5.2016 zu Recht die Vorlage eines Erbscheins aufgegeben.

**2** Für die beantragte Grundbuchberichtigung (§ 22 GBO) ist der Nachweis der Erbfolge nach der am 16.12.2015 verstorbenen C in der Form des § 35 Abs. 1 GBO erforderlich. Nach dieser Vorschrift ist der Nachweis der Erbfolge grundsätzlich durch einen Erbschein zu führen (§ 35 Abs. 1 Satz 1 GBO). Beruht jedoch die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt es gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO, wenn an Stelle des Erbscheins die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden und sich aus diesen Urkunden die Erbfolge nachweisen lässt.

**3** Dabei reichen in formaler Hinsicht die Vorlage beglaubigter Abschriften oder die Angabe des Aktenzeichens der beim AG geführten Nachlassakte, in der sich die letztwillige Verfügung und das Eröffnungsprotokoll befinden, aus (*Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 35 Rdnr.45). Ergeben sich bei der Prüfung der Verfügung von Todes wegen keine Zweifel tatsächlicher Art, so ist die Auflage, das Erbrecht durch Vorlage eines Erbscheins nachzuweisen, nicht gerechtfertigt. Die Prüfungspflicht nach § 35 GBO umfasst dabei nicht nur Form und Inhalt der Verfügung von Todes wegen. Das Grundbuchamt hat die Verfügung von Todes wegen auch dann selbst auszulegen, wenn rechtlich schwierige Fragen zu beurteilen sind. Bei der Auslegung sind auch außerhalb der Verfügung liegende Umstände zu berücksichtigen. Es entspricht der herrschenden Meinung, dass zum Nachweis der Erbfolge im Fall des § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO außer der öffentlichen Verfügung von Todes wegen auch andere öffentliche Urkunden im Sinn von § 29 GBO, die das Grundbuchamt auch sonst berücksichtigen muss, herangezogen werden können und müssen (*Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 40). Es ist daher anerkannt, dass es Aufgabe des Grundbuchamtes ist, das gesamte Urkundenmaterial der ihm vorgelegten oder beizuziehenden Nachlassakte als Nachweis zu verwerten (OLG Hamm, NJW-RR 1997, 1095 f.). Die Grenze der Prüfungspflicht ist aber dort erreicht, wo hinsichtlich des behaupteten Erbrechts Zweifel tatsächlicher Art verbleiben, die nur durch weitere Ermittlungen – etwa über die

tatsächlichen Verhältnisse – geklärt werden können; zu solchen Ermittlungen ist das Grundbuchamt weder verpflichtet noch berechtigt (OLG München, RNotZ 2016, 683-686; FamRZ 2016, 1400 ff.).

**4** Im gegebenen Fall hat das Grundbuchamt in der angefochtenen Zwischenverfügung zu Recht ein Eintragungshindernis angenommen, weil es anhand der Eintragungsunterlagen und der weiteren von ihm zu berücksichtigen Urkunden eine abschließende Feststellung des Erbrechts der Beteiligten nicht treffen kann. Es besteht vorliegend die Besonderheit, dass sich die Erbfolge nicht ausschließlich aus dem für die Erbfolge nach C maßgeblichen notariellen Testaments vom 20.10.2011 (...) entnehmen lässt. Denn danach war als Alleinerbe zunächst der Enkel U benannt worden und die Tochter, die Beteiligte, nur als Ersatzerbin. Der Eintritt des Ersatzerbfalles, der vorliegend die Wirksamkeit der Ausschlagung des Erben erfordert, ist nicht in grundbuchrechtlich zulässiger Form nachgewiesen. Deshalb bedarf es zum Nachweis der Rechtsnachfolge der Beteiligten der Vorlage eines Erbscheins.

**5** Dass der eingesetzte Erbe die Ausschlagung erklärt hat, ergibt sich vorliegend aus der notariell beglaubigten Ausschlagungserklärung des Erben vom 23.2.2016 und damit einer öffentlichen Urkunde des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO. Dass die Ausschlagung fristgerecht innerhalb der Ausschlagungsfrist gegenüber dem Nachlassgericht erklärt worden ist, ist nach der auch vom Grundbuchamt beigezogenen Nachlassakte des AG Lünen (...) akten- und offenkundig. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfall und dem Grunde der Berufung Kenntnis erlangt hat (§ 1944 Abs. 2 Satz 1 BGB). Ist der Erbe durch Verfügung von Todes wegen berufen, so beginnt die Frist nicht vor der Verkündung der Verfügung (§ 1944 Abs. 2 Satz 2 BGB). Der frühestmögliche Fristbeginn ist folglich derjenige der Eröffnung der letztwilligen Verfügung, die hier ausweislich der Niederschrift über die Eröffnung (§ 35 Abs. 1 Satz 2 GBO) am 18.1.2016 erfolgt ist. Danach ist die Ausschlagung durch den Erben mit Eingang beim Nachlassgericht am 24.2.2016 offenkundig form- und fristgerecht erfolgt. Für die Feststellung der Wirksamkeit der Ausschlagung genügt dies allerdings noch nicht. Denn der förmliche Nachweis über Form und Frist der Ausschlagung deckt nicht weitere tatsächliche Fragen zur Wirksamkeit der Ausschlagung ab. Insbesondere kann vorliegend nicht ausgeschlossen werden, dass der zum Erben berufene Enkel der Erblasserin nach deren Tod am 16.12.2015 und vor seiner Ausschlagungserklärung vom 23.2.2016 das Erbe bereits angenommen hatte. Gemäß § 1943 BGB schließt eine zuvor – auch schlüssig – erklärte Annahme die Ausschlagung aus. Auch wenn im gegebenen Fall keine Anhaltspunkte für eine vorangegangene Annahme der Erbschaft gegeben sind, kann die Möglichkeit, dass der Erbe bereits vor seiner Ausschlagung die Erbschaft angenommen hat, zum Beispiel indem er Verfügungen über Nachlassgegenstände tätigte, die erkennen ließen, dass er sich als Rechtsnachfolger der Erblasserin verstanden hatte, nicht außer Betracht bleiben. Derartige Fälle, in denen sich ein Erbe erst nach der Annahme der Erbschaft zur Ausschlagung entschließt, kommen, wie dem auch mit Nachlasssachen betrauten Senat durch eigene Erfahrung bekannt ist, durchaus vor.

(...)

## ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Daniel Widmann**, München

Die Entscheidung des OLG Hamm betrifft eine Frage, die im Rahmen der Nachlassabwicklung und damit in der notariellen Praxis eine zentrale Rolle spielt, nämlich die Berichtigung des Grundbuchs zugunsten des Erben gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO. Das Gesetz spricht der öffentlichen Urkunde hier einen besonderen Wert zu und ermöglicht die Eintragung der Erbfolge im Grundbuch auch ohne Erbschein<sup>1</sup> – und spart den Beteiligten damit sehr oft Zeit, Nerven und Geld. Nur sofern das Grundbuchamt die Erbfolge durch die öffentliche Urkunde nebst Eröffnungsniederschrift nicht für nachgewiesen erachtet, kann es die Vorlage von Erbschein oder Europäischem Nachlasszeugnis verlangen.<sup>2</sup> Die Entscheidung des OLG Hamm zielt damit genau in den Kern der Vorschrift – nämlich welche Umstände das Vertrauen in die durch die öffentliche Urkunde gestaltete Erbfolge erschüttern können.<sup>3</sup>

Im Zentrum der Diskussion steht daher die Frage, von welcher Qualität denn diese Zweifel zu sein haben, um die Verwendung als Erbnachweis im Grundbuchverfahren auszuschließen. Ausgangspunkt ist dabei der (Beweis-)Wert, welcher der öffentlichen Urkunde nach §§ 29, 35 Abs. 1 Satz 2 GBO zugemessen wird. § 29 GBO beschränkt die Wahl der Beweismittel erheblich, um über den Weg des Strengbeweises die Richtigkeit des Grundbuchs zu schützen.<sup>4</sup> Welcher Beweiswert der öffentlichen Urkunde im Ausgangspunkt zugemessen wird, zeigt sich insbesondere an dem Prüfungsumfang, der dem Grundbuchamt zugestanden wird und der denkbar eng ist: Liegt eine öffentliche Urkunde vor, so ist sowohl der Beweis der Echtheit der Urkunde als auch der Beweis der Wahrheit der bezeugten Tatsache als erbracht anzusehen.<sup>5</sup> Die Beweiskraft der öffentlichen Urkunde folgt gewissermaßen „aus sich heraus“.<sup>6</sup>

Indes: Keine Regel ohne Ausnahme – hier: § 35 GBO. Während er zunächst den Grundsatz des Nachweises der Erbfolge durch Erbschein für Grundbuchzwecke um die Verfügung von Todes wegen in notarieller Urkunde erweitert, schränkt er diese Erweiterung im Falle von Zweifeln sogleich wieder ein.<sup>7</sup> Gerade im Hinblick auf notarielle Urkunden zeigt ein Blick auf die Zeitschiene den Hintergrund auf. Denn

- 1 Vgl. allgemein Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 788 ff.; ausführlich zum Begriff der öffentlichen Urkunde KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 2018, § 29 GBO Rdnr. 96 ff.
- 2 Zur Differenzierung „primärer“ und „sekundärer“ Unrichtigkeitsnachweis siehe Krug/Rudolf/Kroiß, Anwaltformulare Erbrecht, 2. Aufl. 2003, Kap. 10 Rdnr. 11 ff. sowie Bauer/Schaub/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, § 35 Rdnr. 179.
- 3 Überblick etwa bei Bauer/Schaub/Schaub, GBO, § 35 Rdnr. 141 ff. sowie BeckOK-GBO/Wilsch, Stand: 1.3.2019, § 35 Rdnr. 111 ff.
- 4 KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, § 29 GBO Rdnr. 4.
- 5 BayObLG, Beschluss vom 8.11.1971, BReg. 2 Z 57/71, BayObLGZ 1971, 336, 342.
- 6 So KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, § 29 GBO Rdnr. 156.
- 7 BeckOK-GBO/Wilsch, § 35 Rdnr. 83 ff.

selbst bei penibelster Beachtung der notariellen Amtspflichten kann der Notar zwar insbesondere die gehörige Erforschung des wahren Willens des Erblassers, die Überprüfung der Geschäfts- und Testierfähigkeit und den Ausschluss etwaiger Willensmängel weitgehend gewährleisten, sein Einfluss endet aber mit dem Abschluss der Beurkundungsverhandlung. Zeitlich danach liegende Umstände liegen außerhalb der Einflussosphäre des Notars, bei Vorliegen solcher ist der gesteigerte Beweiswert der Urkunde nicht mehr anzuerkennen (wie § 35 Abs. 1 Satz 2 HS. 2 GBO eindringlich zeigt).<sup>8</sup> Aber anders gewendet darf man auch schließen: Liegt eine letztwillige Verfügung in Form einer öffentlichen Urkunde vor, so hat die Grundbuchberichtigung im Grunde nach deren Vorgaben zu erfolgen. Will man diese gesetzgeberische Grundentscheidung nicht vollkommen aushöhlen, muss dies zu einer engen Auslegung von § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO führen.<sup>9</sup>

Im vorliegenden Fall wird aufgrund der nach dem Erbfall erklärten (und unstreitig fristgerechten) Ausschlagung des letztwillig eingesetzten Erben in der Tat auf die Erbfolge Einfluss genommen, indem der Erbe der Ersatzerbin zur Erbschaft verhilft. Das Gericht lehnt eine Grundbuchberichtigung ab mit dem Hinweis, es sei nicht auszuschließen, dass bereits zuvor eine (konkludente) Annahme der Erbschaft erfolgt und eine Ausschlagung mithin ausgeschlossen sei. Nach meiner Überzeugung ist dem Gericht hier nicht zuzustimmen. Es stellt maßgeblich darauf ab, dass die Ausschlagung derartige Zweifel säe, dass der Beweiswert der notariellen Urkunde im Grundbuchverfahren vernichtet sei – führt aber keine *konkreten* Anhaltspunkte dafür an, sondern gibt ausdrücklich zu, dass ein konkreter Zweifel gerade nicht bestehe und verweist allgemein auf eine vermeintliche, nicht näher spezifizierte Erfahrung des Senats, dass zuvor oftmals eine die wirksame Ausschlagung verhindernde (konkludente) Annahme der Erbschaft erfolgt sei. Der Konzeption von § 35 Abs. 1 GBO wird das nicht gerecht;<sup>10</sup> das Gericht verwehrt der öffentlichen Urkunde den ihr vom Gesetzgeber zugemessenen Beweiswert gewissermaßen „ins Blaue hinein“. Man führe die Argumentation des Gerichts einmal in die Überspitzung: Kann dann nicht auch die allgemein durch §§ 2253, 2254 BGB eröffnete Möglichkeit eines Widerrufs die Erbscheinsvorlage rechtfertigen?<sup>11</sup> Dem Senat werden sicherlich Fälle bekannt sein, in denen ein notarielles Testament einmal durch Privattestament widerrufen worden sein mag.

<sup>8</sup> Vgl. KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, § 35 GBO Rdnr. 106.

<sup>9</sup> So im Grunde auch die bisherige Literatur und Rspr., nach der ein Erbschein nur verlangt werden darf, wenn sich derartige Zweifel ergeben, die nur im Erbscheinsverfahren ausgeräumt werden können – siehe dazu die Nachweise bei Bauer/Schaub/Schaub, GBO, § 35 Rdnr. 141 und Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 778; auch KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, § 29 GBO Rdnr. 107 a. E.

<sup>10</sup> A. A. BeckOK-GBO/Wisch, § 35 Rdnr. 123 b ff. sowie zuvor bereits OLG München, Beschluss vom 24.8.2016, 34 Wx 216/16, RNotZ 2016, 683 und OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 8.1.2018, 20 W 215/17, MittBayNot 2019, 46.

<sup>11</sup> Zu Recht verneinend Bauer/Schaub/Schaub, GBO, § 35 Rdnr. 141, 144 m. w. N.

Für den (potenziellen) Erblasser ist die Lage freilich misslich – das OLG Hamm beeinträchtigt das Vertrauen der Recht- und Rechtssicherheit Suchenden in die Vereinfachung der Nachlassbereinigung durch notarielle Mitwirkung bei der Errichtung der letztwilligen Verfügung. Der beratende Notar wird in geeigneten Fällen daher noch mehr als bisher anzuraten haben, die letztwillige Verfügung durch eine Vorsorgevollmacht zu flankieren, um über diesen Umweg<sup>12</sup> notfalls eine schnelle und kostengünstige Lösung zu ermöglichen.

<sup>12</sup> Zur Problematik beim Alleinerben vgl. Herrler, DNotZ 2017, 508.

## HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

### 19. Beitritt der Gesellschafter der beteiligten Rechtsträger bei der Verschmelzung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung

BGH, Urteil vom 6.11.2018, II ZR 199/17 (Vorinstanz: OLG Dresden, Urteil vom 26.10.2016, 13 U 1493/15)

BGB § 826

GmbHG § 9 Abs. 1 Satz 1, § 56 Abs. 2

HGB § 323 Abs. 1 Satz 3

UmwG § 4 Abs. 1 Satz 1, § 13 Abs. 1 Satz 1, § 36 Abs. 2 Satz 2, § 55 Abs. 1, § 69 Abs. 1 Satz 1

#### LEITSÄTZE:

1. Die Gesellschafter der beteiligten Rechtsträger trifft bei der Verschmelzung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung im Wege der Aufnahme mit Kapitalerhöhung beim übernehmenden Rechtsträger im Fall der Überbewertung des Vermögens des übertragenden Rechtsträgers keine Differenzhaftung.
2. Ein existenzvernichtender Eingriff kann darin liegen, dass die Verschmelzung eines insolvenzreifen übertragenden Rechtsträgers als Gestaltungsmittel für dessen liquidationslose Abwicklung eingesetzt und hierdurch die Insolvenz des übernehmenden Rechtsträgers herbeiführt oder vertieft wird.

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2019, 224

## 20. Haftung des Erwerbers eines nach Teilung übertragenen GmbH-Anteils für fällige Einlagepflichten des Veräußerers

BGH, Urteil vom 18.9.2018, II ZR 312/16 (Vorinstanz:  
OLG Jena, Urteil vom 26.10.2016, 2 U 544/15)

BGB §§ 195, 199

GmbHG §§ 16, 19 Abs. 6, §§ 21, 22, 24, 40

InsO § 17 Abs. 2 Satz 1

### LEITSÄTZE:

1. **Übriger Gesellschafter im Sinne des § 24 GmbHG ist auch derjenige, der seine Gesellschafterstellung erst nach Fälligkeit der Einlageforderung, derentwegen das Kaduzierungsverfahren eingeleitet wurde, erworben hat. Das gilt auch, wenn sein Geschäftsanteil durch Teilung des Anteils des bisherigen Alleingesellschafters, der seine fällige Einlageschuld nicht erbracht hat, entstanden und ihm übertragen worden ist.**
2. **Auch ein Gesellschafter, der seine Gesellschafterstellung nur in der Zeit zwischen der Fälligkeit der Einlageforderung, derentwegen das Kaduzierungsverfahren betrieben wird, und dem Eintritt der Voraussetzungen der §§ 21 bis 23 GmbHG innehatte (sog. Zwischenerwerber), haftet nach § 24 GmbHG.**
3. **Der Anspruch aus § 24 GmbHG verjährt gemäß §§ 195, 199 BGB.**

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2019, 118

## 21. Sacheinlagefähigkeit von Gesellschaftsanteilen eines in Mehrheitsbesitz der Gesellschaft stehenden Unternehmens

OLG Jena, Beschluss vom 30.8.2018, 2 W 260/18

GmbHG § 33

### LEITSÄTZE:

1. **Anteile an Gesellschaften sind grundsätzlich einlagefähig. An der Sacheinlagefähigkeit ändert sich nichts, wenn es sich um einen Anteil eines in Mehrheitsbesitz der Gesellschaft stehenden Unternehmens handelt. Allein entscheidend ist, ob der Gesellschaft ein tatsächlicher wirtschaftlicher Wert, mithin tatsächlich neues Kapital real zufließt. Dies ist grundsätzlich auch bei Gesellschaftsanteilen eines in Mehrheitsbesitz der Gesellschaft stehenden Unternehmens der Fall, wenn es sich um Anteile Dritter handelt und wechselseitige Beteiligungen der Unternehmen nicht vorliegen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

2. **Die Frage, wie hoch der zufließende wirtschaftliche Wert tatsächlich ist, weil der Wert der („Unter- bzw. Tochter“-)Gesellschaft zumindest teilweise vom Wert der („Ober- bzw. Mutter“-)Gesellschaft abhängt, ist von der Frage zu unterscheiden, ob grundsätzlich Sacheinlagefähigkeit besteht. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### SACHVERHALT:

1 I. Mit Schreiben vom 8.3.2018 meldete die Antragstellerin durch ihren bevollmächtigten Notar unter anderem die Erhöhung des Stammkapitals (...) durch Sacheinlagen an. Dabei handelte es sich um neu gebildete Geschäftsanteile in Form von (...) Namensaktien (...) an der „T-AG“, die zu gleichen Teilen (...) von den sieben Gesellschaftern der Antragstellerin, die auch Gesellschafter der „T-AG“ sind, persönlich gehalten werden (sollen). Die Antragstellerin ist im Übrigen (zu 51 %) Mehrheitsgesellschafterin der „T-AG“. Die „T-AG“ hält ihrerseits keine Anteile an der Antragstellerin.

2 Das AG hat mit Beschluss vom 12.6.2018 die Anmeldung zurückgewiesen und dies damit begründet, dass der Gegenstand der Sacheinlage nicht einlagefähig sei, da es sich um Anteile an einem abhängigen bzw. im Mehrheitsbesitz der Gesellschaft stehenden Unternehmen handele.

3 Gegen den ihr am 19.6.2018 zugestellten Beschluss richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin vom 19.6.2018. Das Registergericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

### AUS DEN GRÜNDEN:

4 II. Die nach § 382 Abs. 4 Satz 2, § 374 Nr. 1 FamFG statthafte Beschwerde ist zulässig. Zwar ist das Schreiben des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin vom 19.6.2018 nicht ausdrücklich als Beschwerde bezeichnet. Es nimmt aber Bezug auf den „nunmehr eingetretenen Fall der Zurückweisung“ und auf ein Schreiben vom 1.6.2018, in dem für den Fall, dass die Anmeldung zurückgewiesen werden sollte, namens der Beteiligten Beschwerde eingelegt wurde. Bei verständiger Würdigung ist deshalb in dem Schreiben vom 19.6.2018 die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde gegen den Zurückweisungsbeschluss vom 12.6.2018 zu sehen.

5 Die Beschwerde ist auch soweit begründet, als das Registergericht die Anmeldung nicht mit der Begründung zurückweisen durfte, dass die Anteile an der im Mehrheitsbesitz der Antragstellerin stehenden „T-AG“ nicht sacheinlagefähig sind.

6 Einlagefähig sind grundsätzlich alle Vermögensgegenstände, deren wirtschaftlicher Wert feststellbar ist (vgl. § 27 Abs. 2 Hs. 1 AktG). Dies ist bei der Verkehrsfähigkeit einer Sache stets gegeben. Auch Anteile an Gesellschaften sind deshalb grundsätzlich einlagefähig (Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 5 Rdnr. 19; vgl. auch BGH, NZG 2015, 1396 Rdnr. 18 zur stillen Gesellschaft).

7 An der Sacheinlagefähigkeit ändert sich nichts, wenn es sich um einen Anteil eines in Mehrheitsbesitz der Gesellschaft stehenden Unternehmens handelt (*Klein*, GmbHR 2016, 461; anders: – ohne Begründung – *Baumbach/Hueck/Zöllner/Fastrich*, GmbHG, § 56 Rdnr. 7). Allein entscheidend ist nämlich, ob der Gesellschaft ein tatsächlicher wirtschaftlicher Wert, mithin tatsächlich neues Kapital real zufließt. Dies ist aber grundsätzlich auch bei Gesellschaftsanteilen eines in



Mehrheitsbesitz der Gesellschaft stehenden Unternehmens der Fall, wenn es sich, wie im vorliegenden Falle, um Anteile Dritter, nämlich der Gesellschafter, handelt und wechselseitige Beteiligungen der Unternehmen nicht vorliegen. Der vorliegende Fall ist insoweit auch nicht mit der bislang von *Lieder* (in: MünchKomm-GmbHG, § 55 Rdnr. 119) in Bezug genommenen Situation vergleichbar, dass ein abhängiges oder in Mehrheitsbesitz befindliches Unternehmen Geschäftsanteile an der beherrschenden Gesellschaft übernehmen soll.

**8** Für die Sacheinlagefähigkeit spricht eine vergleichende Betrachtung mit § 33 GmbHG. Hier ist anerkannt, dass ein Erwerb von Geschäftsanteilen an der Untergesellschaft durch die mehrheitlich beteiligte Muttergesellschaft nicht unter die Beschränkungen des § 33 GmbHG fällt (Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, GmbHG, § 33 Rdnr. 61; MünchKomm-GmbHG/Löwisch, § 33 Rdnr. 81; Scholz/Westermann, GmbHG, § 33 Rdnr. 13; GK-GmbHG/Hohner/Paura, § 33 Rdnr. 115).

**9** Die Frage, wie hoch der zufließende wirtschaftliche Wert tatsächlich ist, weil der Wert der („Unter- bzw. Tochter“-)Gesellschaft zumindest teilweise vom Wert der („Ober- bzw. Mutter“-)Gesellschaft abhängt, ist von der Frage zu unterscheiden, ob grundsätzlich Sacheinlagefähigkeit besteht.

**10** Daher war der Beschluss des AG aufzuheben, soweit er die Anmeldung aus dem Grunde zurückweist, dass Sacheinlagefähigkeit nicht bestünde. Unter Berücksichtigung dieser Rechtsauffassung des Senats wird das AG die ausreichende reale Werthaltigkeit der Anteile zu überprüfen und danach über die Anmeldung erneut zu entscheiden haben.

(...)

## 22. Prüfung der Gesellschafterliste durch das Registergericht

KG, Beschluss vom 12.6.2018, 22 W 15/18

*AktG § 67 Abs. 5 Satz 1*

*BeurkG § 44a Abs. 2*

*FamFG § 58 Abs. 1*

*GmbHG § 16 Abs. 1 Satz 1, § 40 Abs. 1 und 3*

### LEITSATZ:

**Die Prüfungspflicht des Registergerichts in Bezug auf eine GmbH-Gesellschafterliste schließt jedenfalls die Prüfung ein, ob die Liste von einem Einreichungsberechtigten erstellt und unterschrieben worden ist. Einreichungsberechtigt ist der im Register eingetragene Geschäftsführer.**

### SACHVERHALT:

**1** I. Die Gesellschaft ist seit dem 3.11.2000 im Handelsregister des AG eingetragen. Auf der Grundlage einer Anmeldung vom 19.1.2018 ist am 29.1.2018 das Ausscheiden des Beteiligten zu 2 als Geschäftsführer und die Bestellung des bei der Beteiligten zu 1

als Vertretungsorgan angegebenen G als Geschäftsführer in das Register eingetragen worden. Mit dem Anmeldedatum erstellte der Notar wegen eines von ihm beurkundeten Abtretungsvorgangs vom 11.1.2018 eine Gesellschafterliste zur Aufnahme in den Registerordner, die nunmehr die S SA aus Luxemburg statt der in der letzten Gesellschafterliste angegebenen M C Limited aus Malta als Inhaber der vier Geschäftsanteile ausweist. Die Liste wurde am 23.1.2018 in den Registerordner aufgenommen. Der Beteiligte zu 2 erstellte und unterschrieb am 24.1.2018 eine Gesellschafterliste, die die bisherige Gesellschafterin als Inhaberin der vier Anteile ausweist. Die Aufnahme dieser Liste lehnte das AG mit einem Beschluss vom 29.1.2018 ab, weil es an der notwendigen Unterschrift des Geschäftsführers fehle. Der Beteiligte zu 2 sei seit dem 19.1.2018 abberufen. Am 6.2.2018 nahm das Registergericht dann aber eine von dem Notar stammende Gesellschafterliste vom 1.2.2018 in den Registerordner auf, die wiederum die ursprüngliche Gesellschafterin als Alleininhaberin der Geschäftsanteile auswies. Die Liste enthielt den Vermerk, dass seine vorherige Liste zu berichtigen war, weil der Rechtsanwalt der Gesellschaft erklärt habe, die der Abtretung zugrunde liegende Vollmacht sei unwirksam bzw. widerrufen. Am 8.2.2018 nahm das Registergericht dann wieder eine von dem Notar am 6.2.2018 erstellte Gesellschafterliste in den Registerordner auf, die der Liste vom 19.1.2018 entspricht und die S SA aus Luxemburg als Inhaber aller Geschäftsanteile ausweist.

**2** Zur gleichen Zeit hat der Beteiligte zu 2 seine Bestellung zum Geschäftsführer und die Abberufung des eingetragenen Geschäftsführers angemeldet und einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss vorgelegt. Als Gesellschafterin ist dort die M C Limited aus Malta aufgetreten. Mit der Anmeldung hat er eine Gesellschafterliste eingereicht, die wiederum diese Gesellschaft als Alleingesellschafter ausweist. Die Aufnahme der Liste in den Registerordner hat das AG mit einem Beschluss abgelehnt. Hiergegen hat der Beteiligte zu 2 im eigenen Namen und im Namen der Beteiligten zu 1 Beschwerde eingelegt. Das Registergericht hat nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

### AUS DEN GRÜNDEN:

**3** II. 1. Die Beschwerden sind nach § 58 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Die Rechtsmittel sind form- und fristgerecht eingelegt worden. Der Beteiligte zu 2 konnte insoweit auch für die Beteiligten zu 1 Beschwerde einlegen. Er ist zwar nicht (mehr) im Register als Geschäftsführer und damit als Vertretungsorgan der Beteiligten eingetragen. Ob der Beteiligte zu 2 noch Geschäftsführer ist, betrifft aber Tatsachen, die sowohl für die Zulässigkeit als auch für die Begründetheit der Beschwerde von Bedeutung sind, sog. doppelrelevanten Tatsachen. Nach dem daher für die Prüfung der Zulässigkeit zugrunde zu legenden Tatsachenvortrag ist die Abtretung vom 11.1.2018 wegen der fehlenden Bevollmächtigung des Herrn L (...) aber unwirksam. Dann ist auch weder die Bestellung des neuen Geschäftsführers noch die Abberufung des Beteiligten zu 2 als Geschäftsführer der Beteiligten zu 1 wirksam. Für beide Beteiligten fehlt es auch nicht an einer Beschwerdebefugnis nach § 59 Abs. 1 FamFG. Bezüglich des Beteiligten zu 2 folgt diese aus seiner – zu unterstellenden – Stellung als Geschäftsführer. Denn ein Geschäftsführer ist unter den Voraussetzungen des § 40 Abs. 1 GmbHG verpflichtet und wegen einer Berichtigung einer bereits vorliegenden Liste jedenfalls auch berechtigt eine neue Liste einzureichen. Diese Verpflichtung ist persönlicher Art, wie sich aus § 40 Abs. 3 GmbHG ergibt (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 12.2.2013, 7 W 72/12, juris Rdnr. 12; OLG Thüringen, Beschluss vom 5.7.2011, 6 W 82/11, juris Rdnr. 19). Die Be-

schwerdebefugnis der Beteiligten zu 1 ist ebenfalls gegeben. Auch wenn derartige Einreichungspflichten der GmbH nicht bestehen, wird ein Schuldverhältnis angenommen, aus dem heraus sich eine Verpflichtung der Gesellschaft gegenüber dem jeweiligen durch die Änderung der Liste betroffenen Gesellschafter ergibt (vgl. Baumbach/Hueck/Noack, GmbHG, 21. Aufl., § 40 Rdnr. 84; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner, GmbHG, 6. Aufl., § 40 Rdnr. 52). Dann aber sind eigene Rechte berührt, wenn die Aufnahme einer Liste abgelehnt wird.

**4 2.** Die Beschwerden haben aber keinen Erfolg. Das AG hat die Aufnahme der Liste vom 8.2.2018 zu Recht abgelehnt.

**5 a)** Das Registergericht ist in Bezug auf die Gesellschafterlisten nach § 40 GmbHG in erster Linie Verwahrstelle (vgl. BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, BGHZ 199, 270-281 Rdnr. 7; Beschluss vom 20.9.2011, II ZB 17/10, BGHZ 191, 84-95 Rdnr. 10; Baumbach/Noack, GmbHG, § 40 Rdnr. 75; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner, GmbHG, § 40 Rdnr. 44; BT-Drucks. 16/6140, S. 44). Dies bedeutet allerdings nicht, dass alle eingereichten Listen ungeprüft in den Registerordner übernommen werden müssten. Dies widerspricht der Bedeutung der Übernahme einer Gesellschafterliste in den Registerordner, wie sie sich etwa aus § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ergibt. Das danach gleichwohl bestehende Prüfungsrecht bezieht sich darauf, ob die eingereichte Liste den Anforderungen des § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG entspricht (vgl. BGH, Beschluss vom 20.9.2011, II ZB 17/10, BGHZ 191, 84-95 Rdnr. 10; OLG München, Beschluss vom 8.9.2009, 31 Wx 82/09, juris Rdnr. 5; OLG Bamberg, Beschluss vom 2.2.2010, 6 W 40/09, juris Rdnr. 12; OLG Thüringen, Beschluss vom 22.3.2010, 6 W 110/10, juris Rdnr. 12). Dies schließt die Prüfung ein, ob die Liste auch von einem Einreichungsberechtigten erstellt und unterschrieben worden ist.

**6 b)** Danach hat das AG hier zu Recht die Übernahme der Liste in den Registerordner verweigert. Denn die Liste ist nicht von dem aus dem Registerblatt ersichtlichen Geschäftsführer unterschrieben worden. Soweit die Beteiligten unter Vorlage des Teilurteils des LG, das im Rahmen eines von der früheren Gesellschafterin gegen die Beteiligte zu 1 und die S SA aus Luxemburg eingeleiteten einstweiligen Verfügungsverfahrens ergangen ist, geltend machen, die der Abtretungsvereinbarung zugrunde liegende Vollmacht sei unwirksam gewesen, ändert dies nichts. Es kann dahinstehen, ob auf der Grundlage dieser Entscheidung und den weiteren eingereichten eidesstattlichen Versicherungen von einer Unwirksamkeit der Abtretung vom 11.1.2018 auszugehen ist. Dies bedeutete zwar, dass der Beteiligte zu 2 weiterhin Geschäftsführer der Beteiligten zu 1 wäre und damit im Grundsatz auch befugt wäre, eine Gesellschafterliste zu unterschreiben. Eine dahin gehende Prüfung ist dem Registergericht aber versagt. Mit der Einführung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG und der Änderung des § 40 GmbHG durch das MoMiG vom 23.10.2008 (BGBl. I, S. 2026) ist die Prüfung der Richtigkeit des Gesellschafterbestands auf die Geschäftsführer übergegangen und – im Anwendungsbereich des § 40 Abs. 2 GmbHG – auf die Notare. Das Registergericht selbst ist von einer (umfassenden) Prüfung ausgeschlossen. Das bedeutet aber auch, dass das Gericht auch in Bezug auf die Berechtigung zur Einreichung grundsätzlich keine umfassende Prüfung durchführen muss,

sondern allein nach formalen Aspekten entscheiden darf. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Unrichtigkeit der Liste und die Richtigkeit der behaupteten Gesellschafterstellung nicht offenkundig sind. Dies bedeutet hier, dass das Registergericht allein aus der Tatsache, dass der Beteiligte zu 2 nicht als Geschäftsführer eingetragen ist, von seiner fehlenden Einreichungsberechtigung ausgehen darf. Von einer Offenkundigkeit kann hier nicht ausgegangen werden. Die Unwirksamkeit der Vollmacht, die Grundlage der Abtretungsvereinbarung vom 11.1.2018 gewesen ist, ist zwischen den Parteien heftig umstritten und einige Gesichtspunkte sprechen dabei auch für eine wirksame Vollmacht. Eine offenkundige Geschäftsführerstellung ergibt sich auch nicht aus der Anmeldung vom 6.2.2018. Mit dieser Anmeldung hat der Beteiligte zu 2 zwar einen Gesellschafterbeschluss der Altgesellschafterin vom 6.2.2018 über seine Geschäftsführerbestellung eingereicht. Zu diesem Zeitpunkt befand sich im Registerordner als aktuellste Liste auch eine diese Gesellschaft als Gesellschafterin ausweisende Liste, nämlich die berichtigte Liste des Notars vom 1.2.2018. Dies reicht aber nicht aus, um von einer Wirksamkeit der Beschlussfassung auszugehen. Denn hier bleibt unklar, ob die Liste überhaupt zu Recht in den Ordner aufgenommen worden ist. Entgegen der Auffassung der Beteiligten ist davon auszugehen, dass bei einer Berichtigung die von dieser Betroffenen zuvor Gelegenheit zur Stellungnahme erhalten. Dies folgt in Bezug auf die Gesellschafterliste aus einer entsprechenden Anwendung des § 67 Abs. 5 Satz 1 AktG (vgl. BT-Drucks. 16/6140, S. 44; BGH, Urteil vom 17.12.2013, II ZR 21/12, juris Rdnr. 36). Die von den Beteiligten in Bezug genommenen Ausführungen des BGH beziehen sich auf die Frage, wie zu verfahren ist, wenn ein Widerspruch gegen die Berichtigung erhoben worden ist (vgl. dazu BGH, Urteil vom 17.12.2013, II ZR 21/12, juris Rdnr. 37 f.). Darauf kommt es hier nicht an. Ob hier der S SA vor der Einreichung der Berechtigung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden ist, ist nicht ersichtlich. Das war hier schon deshalb nicht entbehrlich, weil sich aus dem Vermerk der berichtigten Liste vom 7.2.2018, die wieder die S SA als Gesellschafter vorsah, ergab, dass diese Berichtigung nunmehr nach Rücksprache mit den Urkundsbeteiligten erfolgt ist. Aus den oben genannten Gründen kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die S SA in jedem Fall nur Scheingesellschafter gewesen ist. Auf die weitere Frage, ob der Notar überhaupt zu einer Berichtigung befugt war, die über die Berichtigung von offenbaren Unrichtigkeiten nach § 44a Abs. 2 BeurkG hinausgeht, kommt es damit nicht an.

**7** Der Beteiligte zu 2 und die (frühere) Gesellschafterin werden mit dieser Prüfungsbeschränkung auch nicht rechtlos gestellt. Die Altgesellschafterin kann zwar zunächst wegen § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG nicht mehr ihre Gesellschafterrechte wahrnehmen. Dies kann durchaus zu Beeinträchtigungen führen, wenn etwa durch die in der Liste aufgeführte (Schein-)Gesellschafterin Satzungsänderungen durchgeführt werden oder im Rahmen der Geschäftsführung nachteilige Maßnahmen ergriffen werden. Dagegen kann sich die Altgesellschafterin – wie sie dies auch hier getan hat – im Zivilprozess mit einer einstweiligen Verfügung wehren. Dies reicht aus. Ein weitergehender Schutz ist nicht erforderlich.

(...)

## ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

### 23. Zwangsversteigerung eines Miteigentumsanteils

BGH, Beschluss vom 7.6.2018, V ZB 221/17 (Vorinstanz: LG Flensburg, Beschluss vom 29.9.2017, 5 T 150/17)

BewG § 9 Abs. 2

BGB § 1010 Abs. 1, § 2205 Satz 3, §§ 2311, 2325

ZVG § 9 Nr. 1, § 74a Abs. 5 Satz 1

#### LEITSÄTZE:

1. Bei der Zwangsversteigerung eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück sind die übrigen Miteigentümer jedenfalls dann als Beteiligte im Sinne von § 9 Nr. 1 ZVG anzusehen, wenn das Grundstück mit einem Grundpfandrecht belastet ist.
2. Bei der Zwangsversteigerung entspricht der Verkehrswert eines Miteigentumsanteils grundsätzlich dessen rechnerischem Anteil an dem Verkehrswert des gesamten Grundstücks.

#### SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligten zu 4 und 5 (Gläubigerinnen) betreiben die Zwangsversteigerung des eingangs genannten, mit einem Wohnhaus bebauten Grundstücks, das im je hälftigen Miteigentum des Beteiligten zu 1 (nachfolgend: Schuldner) und der Beteiligten zu 2 steht. Das Zwangsversteigerungsverfahren wurde hinsichtlich der Beteiligten zu 2 einstweilen eingestellt. Zur Ermittlung des Verkehrswerts des Miteigentumsanteils des Schuldners holte das AG ein Sachverständigengutachten ein. Der Sachverständige bewertete das Gesamtgrundstück mit 215.000 € und den hälftigen Miteigentumsanteil des Schuldners mit 107.500 €.

2 Das AG hat den Verkehrswert für den Miteigentumsanteil des Schuldners in entsprechender Höhe festgesetzt. Die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde der Beteiligten zu 2 hat das LG zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde will die Beteiligte zu 2 weiterhin eine Herabsetzung des Verkehrswerts um mindestens 15 % erreichen.

3 II. Das Beschwerdegericht meint, der Verkehrswert eines ideellen Miteigentumsanteils sei entsprechend dem Anteil an dem Wert des Gesamtgrundstücks festzusetzen. Entgegen der Ansicht der Beteiligten zu 2 sei kein Abschlag wegen mit dem Erwerb eines ideellen Miteigentumsanteils verbundener Beschränkungen für den Erwerber und schwieriger Marktgängigkeit vorzunehmen.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

4 III. Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

5 1. Das Beschwerdegericht sieht die sofortige Beschwerde der Beteiligten zu 2 – unausgesprochen – zutreffend als zulässig an, insbesondere ist die Beteiligte zu 2 beschwerdebefugt. Das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde nach § 74a Abs. 5 Satz 3 ZVG gegen die Festsetzung des Verkehrswerts steht grundsätzlich allen Beteiligten des Zwangsversteigerungsverfahrens im Sinne von § 9 ZVG offen; eine Ausnahme

gilt nur, wenn feststeht, dass die Rechtsstellung des Beteiligten durch die Wertfestsetzung nicht berührt sein kann (vgl. Senat, Beschluss vom 5.7.2007, V ZB 8/07, WM 2007, 1748 Rdnr. 8).

6 a) Die Beteiligte zu 2 ist nach § 9 Nr. 1 ZVG als Verfahrensbeteiligte anzusehen, weil sie zur Zeit der Eintragung des Vollstreckungsvermerks als Miteigentümerin des mit Grundschulden belasteten Grundstücks im Grundbuch eingetragen war. Allerdings ist umstritten, ob in dem Zwangsversteigerungsverfahren über einen Grundstücksbruchteil die übrigen Miteigentümer aufgrund ihrer Eintragung im Grundbuch als Beteiligte anzusehen sind.

7 aa) Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht sind die Miteigentümer, deren Bruchteile nicht zur Versteigerung stehen, nur dann als Beteiligte anzusehen, wenn auf dem in Vollstreckung befindlichen Miteigentumsanteil gemäß § 1010 Abs. 1 BGB eine Regelung über das Verhältnis der Miteigentümer untereinander eingetragen ist (vgl. *Böttcher*, ZVG, 6. Aufl., § 9 Rdnr. 8b; *Kindl/Meller-Hannich/Wolf/Sievers*, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 3. Aufl., § 9 ZVG Rdnr. 9; *ders.*, Rpfleger 1990, 335, 337; *Schneider*, ZfR 2012, 613, 617).

8 bb) Die herrschende Meinung wendet hingegen § 9 Nr. 1 ZVG auf weitere Miteigentümer unmittelbar an (*Hintzen/Wolf/Hintzen*, Zwangsvollstreckung, Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, Rdnr. 11.64; *Jaeckel/Güthe*, ZVG, 7. Aufl., § 9 Rdnr. 3; *Löhnig/Rachlitz*, ZVG, § 9 Rdnr. 11; *Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer*, ZVG, 15. Aufl., § 9 Rdnr. 11; *Steiner/Hagemann*, ZVG, 9. Aufl., Bd. 1 § 9 Rdnr. 47; *Stöber*, ZVG, 21. Aufl., § 9 Rdnr. 3.1).

9 cc) Ob die letztgenannte Ansicht generell zutrifft, bedarf hier keiner Entscheidung. Jedenfalls sind bei der Zwangsversteigerung eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück die übrigen Miteigentümer dann als Beteiligte im Sinne von § 9 Nr. 1 ZVG anzusehen, wenn das Grundstück – wie hier – mit einem Grundpfandrecht belastet ist.

10 (1) Der Wortlaut der Vorschrift schließt ein solches Verständnis nicht aus. Danach gelten außer dem Gläubiger und dem Schuldner als Beteiligte diejenigen, für welche „zur Zeit der Eintragung des Vollstreckungsvermerks ein Recht im Grundbuch eingetragen oder durch Eintragung gesichert ist“. Zwar werden hiermit in erster Linie Rechte an dem Vollstreckungsgegenstand selbst erfasst, wie etwa ein Grundpfandrecht an dem zu versteigernden Miteigentumsanteil (vgl. zu einer solchen Konstellation Senat, Urteil vom 20.12.1974, V ZR 72/73, juris Rdnr. 15, insoweit nicht abgedruckt in NJW 1975, 445). Ein solches Recht steht einem weiteren Miteigentümer nicht zu. Auch für ihn ist aber „ein Recht im Grundbuch eingetragen“, nämlich sein ideeller Anteil an demselben, insgesamt mit einer Grundschuld oder Hypothek belasteten Grundstück; sein Recht und sein Interesse gehen also aus dem Grundbuch hervor (zutreffend *Stöber*, ZVG, § 9 Rdnr. 3.19).

11 (2) Die Einbeziehung der weiteren Miteigentümer eines mit einem Grundpfandrecht belasteten Grundstücks in das Verfahren über die Versteigerung eines Miteigentumsanteils ist geboten, denn ihr Recht an dem Grundstück wird durch die Versteigerung des Bruchteils zumindest mittelbar berührt.



Dies folgt schon daraus, dass sämtliche Miteigentümer für das Pfandrecht dinglich mithaften (Stöber, ZVG, § 9 Rdnr. 3.19). Bestellen – wie hier – mehrere Miteigentümer eine Grundschuld an dem Grundstück, so handelt es sich nämlich um eine Gesamtgrundschuld an den Miteigentumsanteilen (vgl. Senat, Urteil vom 18.11.1988, V ZR 75/87, BGHZ 106, 19, 22; Urteil vom 20.11.2009, V ZR 68/09, ZfR 2010, 93 Rdnr. 12; dies gilt ebenso für die Hypothek). In einer solchen Konstellation kann sich die Versteigerung eines Miteigentumsanteils daher für die weiteren Miteigentümer auswirken; dies gilt insbesondere, wenn – wie hier – die Vollstreckung aus dem Gesamtpfandrecht betrieben wird (vgl. § 1181 Abs. 2 BGB).

**12 b)** Der Beteiligten zu 2 fehlt auch nicht (ausnahmsweise) das Rechtsschutzbedürfnis für eine Anfechtung der Wertfestsetzung. Insbesondere kann die Verkehrswertfestsetzung unabhängig davon angefochten werden, ob eine Herauf- oder eine Herabsetzung des Grundstückswerts erstrebt wird (vgl. Senat, Beschluss vom 18.5.2006, V ZB 142/05, WM 2006, 1727 Rdnr. 7; vgl. auch BGH, Beschluss vom 27.2.2004, IXa ZB 185/03, WM 2004, 1040).

**13 2.** Auch in der Sache hält die Entscheidung des Beschwerdeggerichts rechtlicher Nachprüfung stand. Es ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das Vollstreckungsgericht den Verkehrswert für den Miteigentumsanteil des Schuldners auf die Hälfte des – sachverständig ermittelten und auch von der Beteiligten zu 2 mit der Rechtsbeschwerde nicht in Zweifel gezogenen – Werts des gesamten Grundstücks festgesetzt hat.

**14 a)** Allgemeine, für alle Rechtsgebiete geltende Grundsätze dazu, ob und wann bei einem Miteigentumsanteil an einem Grundstück wegen dessen eingeschränkter Verkehrsfähigkeit und Verwertbarkeit Wertabschläge vorzunehmen sind, lassen sich nicht aufstellen (vgl. BGH, Urteil vom 24.2.2016, IV ZR 342/15, NJW-RR 2016, 457 Rdnr. 12). Der Verkehrswert (Marktwert) eines Grundstücks wird nach § 194 BauGB durch den Preis bestimmt, der in dem Zeitpunkt, auf den sich die Ermittlung bezieht, im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach den rechtlichen Gegebenheiten und tatsächlichen Eigenschaften, der sonstigen Beschaffenheit und der Lage des Grundstücks oder des sonstigen Gegenstands der Wertermittlung ohne Rücksicht auf ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse zu erzielen wäre (vgl. auch § 9 Abs. 2 BewG). Eine generelle Verpflichtung, bei Miteigentumsanteilen einen Wertabschlag vorzunehmen, lässt sich dieser Vorschrift nicht entnehmen. Vielmehr kommt es auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalles an. Neben dem konkret zu beurteilenden Objekt ist insbesondere der Sinn und Zweck der jeweils anzuwendenden Rechtsnorm zu berücksichtigen, um zu beurteilen, wie ein Miteigentumsanteil wertmäßig anzusetzen ist (vgl. BGH, Urteil vom 24.2.2016, IV ZR 342/15, a. a. O.).

**15 b)** In den einzelnen Rechtsbereichen werden zur Bewertung von Miteigentumsanteilen teilweise unterschiedliche Auffassungen vertreten.

**16 aa)** So wird in der Literatur zu dem Pflichtteilsanspruch nach § 2311 BGB die Ansicht vertreten, dass für den Verkehrswert eines zum Nachlass gehörenden Miteigentumsanteils ein deutlicher Abschlag von dessen prozentualen Anteil

am Verkehrswert des Grundstücks vorgenommen werden müsse, weil ein Miteigentumsanteil in der Regel kaum veräußerlich sei (vgl. MünchKomm-BGB/Lange, 7. Aufl. 2015, § 2311 Rdnr. 32; Staudinger/Stephanie Herzog, § 2311 Rdnr. 118; vgl. auch AG Andernach, FamRZ 2008, 190, 192). Vereinzelt wird auch vertreten, jedenfalls der Miteigentumsanteil an einem Grundstück, das mit einem bewohnten Einfamilienhaus bebaut sei, habe überhaupt keinen Verkehrswert, weil ein Käufer wegen der geringen Nutzungsmöglichkeit nicht gefunden werden könne (so Schopp, ZMR 1994, 552, 553; dagegen Bissmaier, ZMR 1995, 106). In der obergerichtlichen Rechtsprechung wird ein solcher Abschlag hingegen teils ausdrücklich abgelehnt (vgl. OLG Schleswig, OLGR 2000, 241, 243). Auch der BGH ist für den Pflichtteilsergänzungsanspruch bei Schenkung nach §§ 2311, 2325 BGB davon ausgegangen, dass der Wert eines hälftigen Miteigentumsanteils an einem Grundstück dem hälftigen Grundstückswert entspricht (BGH, Urteil vom 8.4.1992, IV ZR 2/91, NJW 1992, 2887, 2888). Ausdrücklich hat er einen Wertabschlag bei der Berechnung des Pflichtteilsanspruchs für den Fall abgelehnt, dass der Alleinerbe eines hälftigen Miteigentumsanteils bereits Eigentümer der anderen ideellen Miteigentumshälfte ist (vgl. BGH, Urteil vom 13.5.2015, IV ZR 138/14, NJW 2015, 2336 Rdnr. 11 ff.). Ebenso hat er im Rahmen von § 2205 Satz 3 BGB bei der Beurteilung der (Teil-)Unentgeltlichkeit der Verfügung eines Testamentsvollstreckers entschieden, der einen in den Nachlass fallenden Miteigentumsanteil persönlich erworben hatte und bei planmäßiger Durchführung des Vertrages Eigentümer aller Miteigentumsanteile geworden wäre (Urteil vom 24.2.2016, IV ZR 342/15, NJW-RR 2016, 457 Rdnr. 16).

**17 bb)** Auch im Familienrecht und bei der insolvenzrechtlichen Anfechtung nimmt der BGH bei Miteigentumsanteilen keine Wertabschläge vor (vgl. etwa BGH, Urteil vom 28.2.2007, XII ZR 156/04, NJW 2007, 1744 Rdnr. 14; BGH, Urteil vom 8.12.2011, IX ZR 33/11, NJW 2012, 1217 Rdnr. 49; vgl. aus der obergerichtlichen Rechtsprechung zur Gläubigerbenachteiligung auch OLG Brandenburg, OLGR 2009, 354, 355).

**18 cc)** In der Literatur zum Zwangsvollstreckungsrecht wird für den Fall, dass ein zu gleichen Anteilen im Eigentum mehrerer Bruchteilseigentümer stehendes Grundstück insgesamt versteigert wird, angenommen, dass der Wertanteil jedes Bruchteils dem rechnerischen Anteil am Wert des Gesamtgrundstücks entspricht, sodass nur dieser festzusetzen ist, nicht aber für die Grundstücksbruchteile einzeln unterteilt zu werden braucht (Böttcher, ZVG, § 74a Rdnr. 30; Depré/Bachmann, ZVG, § 74a Rdnr. 19; Stöber, ZVG, § 74a Rdnr. 7.10; ders., ZVG-Handbuch, 9. Aufl., Rdnr. 378; Stumpe/Tillmann, Versteigerung und Wertermittlung, 2. Aufl., S. 123). Die Frage, ob ein Wertabschlag vorzunehmen ist, wenn nur einer von mehreren Bruchteilen zur Versteigerung kommt, wird – soweit ersichtlich – nicht behandelt.

**19 c)** Der Senat hat die Frage bislang offen gelassen (vgl. Urteil vom 2.5.1969, V ZR 32/66, WM 1969, 836 unter 2. zum auffälligen Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung nach § 138 Abs. 2 BGB; Urteil vom 12.1.2001, V ZR 420/99, WM 2001, 997, 998 für den Anspruch aus § 16 Abs. 1 InVorG). Er entscheidet sie nunmehr dahin gehend, dass bei der Zwangsversteigerung der Verkehrswert eines Miteigen-



tumsanteils grundsätzlich dessen rechnerischem Anteil an dem Verkehrswert des gesamten Grundstücks entspricht.

**20 aa)** Nach § 74a Abs. 5 Satz 1 ZVG wird der Grundstücks- wert (Verkehrswert) vom Vollstreckungsgericht, nötigenfalls nach Anhörung von Sachverständigen, festgesetzt. Bei der gemeinsamen Versteigerung mehrerer rechtlich selbstständiger Grundstücke oder grundstücksgleicher Rechte sind diese einzeln auszubieten (§ 63 Abs. 1 Satz 1 ZVG) und somit jeweils gesonderte Verkehrswerte festzusetzen (Dassler/Schiff- hauer/*Hintzen*, ZVG, § 74a Rdnr. 36; Stöber, ZVG, § 74a Rdnr. 7.10; *Stumpe/Tillmann*, Versteigerung und Wertermitt- lung, S. 123); erst recht bedarf es der gesonderten Festset- zung, wenn – wie hier – ein ideeller Miteigentumsanteil an einem Grundstück allein versteigert wird (vgl. § 864 Abs. 2 ZPO).

**21** Die Regelung des § 74a Abs. 5 Satz 1 ZVG enthält keine Vorgaben zur Wertfestsetzung bei der Zwangsvollstreckung in den Bruchteil eines Grundstücks. Auch die Verordnung über die Grundsätze für die Ermittlung der Verkehrswerte von Grundstücken vom 19.5.2010 (ImmoWertV, BGBl. I, S. 639), die – ohne Bindungswirkung für die Gerichte – allgemein aner- kannte Grundsätze der Verkehrswertermittlung enthält (vgl. Senat, Urteil vom 25.1.2013, V ZR 222/12, BGHZ 196, 111 Rdnr. 15), schweigt hierzu. Im Ausgangspunkt ist es daher nicht zu beanstanden, wenn das Vollstreckungsgericht den Wert des Bruchteils nach dessen Anteil am Wert des Gesamt- grundstücks bemisst.

**22 bb)** Auch der Sinn und Zweck der Wertermittlung und -fest- setzung im Zwangsversteigerungsverfahren gebietet keinen generellen Abschlag. Diese soll einer Verschleuderung des be- schlagnahmten Grundstücks entgegenwirken (vgl. §§ 74a, 85a Abs. 1 ZVG) und den Bietinteressenten eine Orientie- rungshilfe für ihre Entscheidung geben; sie muss daher auf eine sachgerechte Bewertung des Grundstücks ausgerichtet sein (vgl. Senat, Beschluss vom 7.12.2017, V ZB 86/16, WM 2018, 182 Rdnr. 10; Beschluss vom 18.5.2006, V ZB 142/05, NZM 2006, 678 Rdnr. 9 m. w. N.). Eine Regel, wonach die sachgerechte Bewertung eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück es generell erfordert, von dem rechnerischen An- teil am Wert des Gesamtgrundstücks einen Abschlag vorzu- nehmen, besteht nicht und wäre auch nicht gerechtfertigt.

**23 (1)** Ein genereller Abschlag ist nicht deswegen angezeigt, weil ein Miteigentumsanteil aufgrund der eingeschränkten Nutzungsmöglichkeit und Fungibilität für sich genommen auf dem Immobilienmarkt weniger leicht verkäuflich ist als das gesamte Grundstück, sodass für den Anteil als Kaufpreis in der Regel nicht die Hälfte des Kaufpreises erzielt werden kann, der für das Grundstück auf dem Markt erzielt werden könnte. Dabei kann dahinstehen, ob diese Annahme stets zutrifft. Häufig wird der Eigentümer der anderen Grundstückshälfte ein Interesse an dem Erwerb des zur Versteigerung stehenden Anteils haben. Entscheidend ist aber, dass der Ersteher eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück die eingeschränkte Nutzungs- und Veräußerungsmöglichkeit nicht hinnehmen muss. Mit dem Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft aus § 749 BGB steht ihm ein Weg zur Verfügung, den seinem Miteigentumsanteil innewohnenden anteiligen Grundstücks- wert in einer dem Anteil entsprechenden Höhe zu realisieren (vgl. OLG Schleswig, OLGR 2000, 241, 243).

**24 (a)** Ist das Grundstück ohne Wertminderung real teilbar, kann der Ersteher (Miteigentümer) nach §§ 749, 752 Satz 1 BGB dessen Teilung verlangen. Hierdurch wird er Eigentümer eines Grundstücks, das der Größe nach seinem vorherigen Miteigentumsanteil am Gesamtgrundstück entspricht, und das nach der Teilung für sich genommen als eigenständiges Grundstück keinen Beschränkungen hinsichtlich der Nutzung und der faktischen Marktgängigkeit unterliegt. Diese Möglich- keit wird vornehmlich bei unbebauten Grundstücken in Be- tracht kommen, die hinreichend groß sind, um sie in jeweils einzeln bebaubare Teile zu zerlegen.

**25 (b)** Ist das Grundstück nicht real teilbar, kann der Ersteher nach §§ 749, 753 Abs. 1 Satz 1 BGB die Zwangsversteige- rung und Teilung des Erlöses (Teilungsversteigerung, §§ 180 ff. ZVG) verlangen. Bei der Teilungsversteigerung ist das Einzel- ausgebot der Miteigentumsanteile (§ 63 Abs. 1 Satz 1 ZVG) unzulässig, da das Verfahren auf die vollständige und end- gültige Aufhebung der Gemeinschaft gerichtet ist (vgl. Senat, Beschluss vom 7.5.2009, V ZB 12/09, NJW-RR 2009, 1026 Rdnr. 20 f.). Versteigert wird folglich das Gesamtgrundstück, und die Miteigentümer erhalten einen ihrem jeweiligen Mitei- gentumsanteil entsprechenden Teil des Erlöses.

**26 (2)** Soweit sich aus den Ausführungen des Senats in dem Urteil vom 2.5.1969 (V ZR 32/66, WM 1969, 836 unter 2. b)) etwas anderes ergeben sollte, wird hieran nicht festgehalten. Entscheidend ist nicht, ob der Ersteher eines Miteigentums- anteils in einer Teilungsversteigerung auch den oder die weitere(n) Miteigentumsanteil(e) erwerben könnte, sondern dass er durch die Teilungsversteigerung einen seinem Mitei- gentumsanteil entsprechenden Anteil am Erlös für das Ge- samtgrundstück erhält. Angesichts dieser Möglichkeit besteht kein Grund dafür, bei der Versteigerung einzelner Miteigentums- anteile im Rahmen der Wertfestsetzung generell einen Ab- schlag vorzunehmen. Das schließt nicht aus, dass es im Einzelfall Gründe geben kann, die einen Wertabschlag recht- fertigen.

(...)

## 24. Ein Rücktrittsrecht für den Insolvenzfall in einem Grundstückskaufvertrag ist nicht gläubigerbenachteiligend

BGH, Urteil vom 12.10.2017, IX ZR 288/14 (Vorinstanz: OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 21.11.2014, 19 U 108/14)

*BGB §§ 138, 320, 322, 346 Abs. 1, § 347 Abs. 2  
GesO § 9 Abs. 1 Satz 3*

*InsO §§ 47, 103, 106, 119, 129 Abs. 1, § 133 Abs. 1, § 140 Abs. 1, § 146 Abs. 2*

*SachenRBERG § 3 Abs. 1, § 32*

*ZPO §§ 561, 563 Abs. 3*

### LEITSÄTZE:

1. Ein in einem Grundstückskaufvertrag zugunsten des Verkäufers vereinbartes Rücktrittsrecht für den In-

**solvenzfall ist nicht gläubigerbenachteiligend, wenn das Rücktrittsrecht von vornherein Bestandteil des gegenseitigen Vertrags ist, der Schuldner Rechte an der Sache ausschließlich aufgrund dieses Vertrags erworben hat, die Rücktrittsklausel den Berechtigten in den Stand setzt, einen Zugriff der Gläubiger auf die Sache jederzeit abwehren zu können, und die Rücktrittsklausel freie Verfügungen des Schuldners zugunsten einzelner Gläubiger ausschließt.**

2. Die Verpflichtung des Schuldners in einem Grundstückskaufvertrag zur unentgeltlichen Rückübertragung im Fall des Rücktritts ist gläubigerbenachteiligend. Der Verwalter kann in diesem Fall verlangen, dass die Masse so gestellt wird, wie wenn dem Schuldner die gesetzlichen Ansprüche aus dem Rückgewährschuldverhältnis zustünden.

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2018, 365.

## BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

### 25. Verschmelzungsvorgang mit ausländischem Notar – Echtheit einer Unterschrift

KG, Beschluss vom 26.7.2018, 22 W 2/18

*BeurkG §§ 8, 13, 17 Abs. 1 Satz 1*

*EGBGB Art. 11 Abs. 1*

*EStDV § 54*

*GmbHG § 9 c*

*UmwG §§ 6, 13*

#### LEITSATZ:

**Die Beurkundung der Gründung einer deutschen GmbH durch einen Schweizer Notar mit Amtssitz im Kanton Basel erfüllt jedenfalls dann die Anforderungen nach §§ 6, 13 UmwG und kann im Eintragungsverfahren durch das Registergericht nicht beanstandet werden, wenn die Niederschrift in Gegenwart des Notars den Beteiligten vorgelesen, von ihnen genehmigt und eigenhändig unterschrieben worden ist.**

#### SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligte, eine GmbH, ist seit dem 11.6.2015 im Handelsregister B des AG Charlottenburg eingetragen, nachdem durch einen Gesellschafterbeschluss vom 22.4.2015 der Sitz der Gesellschaft von Köln nach Berlin verlegt worden war. Am 22.8.2017 gingen im elektronischen Gerichtspostfach des Gerichts eine Anmeldung vom 10.8.2017 über die Verschmelzung der Beteiligten als übernehmender Rechtsträger mit der P GmbH als übertragender Rechtsträger, die Protokolle über die Gesellschafterversammlungen der beiden Gesellschaften ebenfalls vom 10.8.2017, in denen über die Zustimmung zur Verschmelzung entschieden wurde, und der Jahresabschluss der übertragenden Gesellschaft für das Jahr 2016 ein. Sowohl die Beglaubigung der Anmeldung als auch die Beurkundungen des Verschmelzungsvertrags und der Gesellschafterversammlungen sind durch die Notarin (...) mit Amtssitz in Basel/Schweiz vorgenommen worden. Die jeweiligen Urkunden sind mit Apostillen versehen. Mit

diesen Unterlagen ging ein mit Dienstsiegel versehenes Anschreiben des Notars (...) mit Amtssitz in Düsseldorf ein, in dem dieser erklärte, die Anmeldung und Anlagen als Bote einzureichen. Zugleich bat er um Mitteilungen an die Beteiligte und sich. Weiter enthält das Schreiben den gesiegelten Hinweis, dass er die Anmeldung nach § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG auf Eintragungsfähigkeit geprüft habe.

2 Insoweit hat das Registergericht (...) der Gesellschaft und dem Notar in Düsseldorf mitgeteilt, dass die Beurkundung durch eine Schweizer Notarin des Kantons Basel die Formerfordernisse nach den §§ 6, 13 UmwG nicht erfülle. Nach dem Eingang weiterer Stellungnahmen durch den Notar (...) hat das Registergericht die Anmeldung mit einem Beschluss vom 26.10.2017 zurückgewiesen. Dieser Beschluss ist der Gesellschaft am 1.11.2017 zugestellt worden. Am 27.11.2017 ist Beschwerde der Gesellschaft eingegangen. Dieser hat das Registergericht nicht abgeholfen und die Sache dem Senat mit Beschluss vom 2.1.2018 zur Entscheidung vorgelegt.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

3 II. A. Die durch den Geschäftsführer im Namen der Beteiligten eingelegte Beschwerde ist nach § 58 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. (...)

4 B. Die Beschwerde hat auch Erfolg. Das AG hat die Anmeldung vom 10.8.2017 zu Unrecht wegen der fehlenden Einhaltung der Beurkundungserfordernisse des Verschmelzungsvertrages nach § 6 UmwG und der Verschmelzungsbeschlüsse nach § 13 UmwG zurückgewiesen.

5 1. Nicht zu beanstanden ist, wovon auch das Registergericht ausgeht, dass die nach § 12 Abs. 1 Satz 1 HGB notwendige Beglaubigung der Anmeldung durch eine Schweizer Notarin vorgenommen worden ist. Auch insoweit gilt allerdings, dass die entsprechende Beurkundung – hier die Echtheit der Unterschrift einer bestimmten Person – der Beurkundung in Deutschland funktional gleichwertig sein muss (vgl. OLG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 28.2.2001, 7 Wx 05/00, juris Rdnr. 16; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 22.1.1999, 3 W 246/98, juris Rdnr. 2). Dies ist hier der Fall. Denn aus dem Beglaubigungsvermerk ergibt sich, dass die vor der Notarin vollzogene Unterschrift (vgl. dazu § 40 Abs. 1 BeurkG) einer genau benannten Person zugeordnet wird (siehe § 40 Abs. 3 Satz 1 BeurkG). Der Beglaubigungsvermerk enthält auch Angaben zu dem Personalausweispapier, sodass geschlossen werden kann, wie sich die Notarin Kenntnis über die Identität des Unterschreibenden verschafft hat. Genau diese Aufgaben sind nach dem insoweit anzuwendenden Notariatsgesetz des Kantons Basel-Stadt (vgl. § 43 NotariatsG Basel) von dem Notar auch nach Schweizer Recht vorzunehmen.

6 2. Soweit das AG aber weiter angenommen hat, die Beurkundung des Verschmelzungsvertrages und der Verschmelzungsbeschlüsse erfülle nicht die Formerfordernisse der §§ 6, 13 Abs. 2 Satz 1 UmwG, teilt der Senat diese Auffassung nicht.

7 a) Dies beruht allerdings nicht darauf, dass für die Beurkundung der genannten Vorgänge die Ortsform ausreichend wäre. Wie der Senat in seinem Beschluss vom 24.1.2018 näher ausgeführt hat, gilt im Zusammenhang mit statusrelevanten gesellschaftsrechtlichen Vorgängen das sog. Wirkungstatut nach Art. 11 Abs. 1 Alt. 1 EGBGB (vgl. Beschluss vom 24.1.2018, 22 W 25/16, juris Rdnr. 16 m. w. N.; ebenso Cramer, DStR 2018, 747, 748; Cziupka, EWIR 2018, 137;

*Heckschen*, DB 2018, 685, 687; *Hermanns*, RNotZ 2018, 271; *Lieder*, ZIP 2018, 805, 808; *Stelmaszczyk* GWR 2018, 103; *Weber*, MittBayNot 2018, 215; *Wicke*, GmbHR 2018, 380). Das Wirkungsstatut ist damit auch in dem hier zu beurteilenden Umwandlungsvorgang maßgebend.

**8 b)** Die Anwendung des Wirkungsstatuts schließt aber entgegen einer teilweise vertretenen Auffassung eine Beurkundung durch einen ausländischen Notar nicht generell aus (so aber zur GmbH-Gründung: *Cziupka*, EWiR 2018, 137, 138; *Stelmaszczyk*, GWR 2018, 103, 105). Dies folgt bereits aus dem Wortlaut des Art. 11 Abs. 1 EGBGB, der lediglich die Einhaltung der Formerfordernisse des Rechts verlangt, das auf das seinen Gegenstand bildende Rechtsverhältnis anzuwenden ist, während andere Vorschriften auf die Einhaltung der Formalien im Inland abstellen, vgl. Art. 13 Abs. 4 Satz 1, Art. 17 Abs. 2 EGBGB. Eine Vorschrift, die als Formerfordernis bei einer Umwandlung die Beurkundung durch eine deutsche Notarperson verlangt, fehlt. Ein solches Erfordernis kann insbesondere nicht dem § 54 EStDV entnommen werden, nach dem das zuständige FA über bestimmte steuerrelevante Vorgänge, wie etwa die Gründung einer Gesellschaft oder einen Umwandlungsvorgang, durch Übersendung einer Abschrift der Urkunde zu informieren ist (so wohl aber *Cramer*, DStR 2018, 746, 750; *Weber*, MittBayNot 2018, 215, 221; *Wicke*, GmbHR 2018, 380). Denn die insoweit maßgebliche Ermächtigungsnorm des § 51 EStG sieht eine Beschränkung des Art. 11 Abs. 1 EGBGB nicht vor, sodass eine entsprechende Auslegung nicht möglich ist, vgl. Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG. Auch § 18 GrEStG, der eine Anzeigepflicht für grunderwerbsteuerrelevante Vorgänge vorsieht, kann ein Vorrang gegenüber der allgemeinen Norm des Art. 11 EGBGB nicht entnommen werden.

**9 c)** Ob die in den §§ 6, 13 Abs. 2 Satz 1 UmwG genannten notariellen Beurkundungen auch durch eine Beurkundung im Ausland ersetzt werden können, hängt von einer unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Beurkundung zu ermittelnden Gleichwertigkeit der ausländischen Beurkundung ab (vgl. BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, BGHZ 199, 270-281 Rdnr. 14; Beschluss vom 16.2.1981, II ZB 8/80, BGHZ 80, 76-80 Rdnr. 5; der Sache nach auch BGH, Urteil vom 22.5.1989, II ZR 211/88, juris Rdnr. 19). Gleichwertigkeit ist dabei dann gegeben, wenn die ausländische Urkundsperson nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübt und für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten ist, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht (vgl. BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, BGHZ 199, 270-281 Rdnr. 14; Beschluss vom 16.2.1981, II ZB 8/80, BGHZ 80, 76-80 Rdnr. 5; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2.3.2011, I-3 Wx 236/10, juris Rdnr. 15). Dabei ist für die Schweiz zu beachten, dass das Beurkundungsrecht von Kanton zu Kanton unterschiedlich sein kann (vgl. dazu auch Senat, Beschluss vom 24.1.2018, 22 W 25/16, juris Rdnr. 23 zu einer Beurkundung vor einem Berner Notar). Insoweit ist hier eine Gleichwertigkeit zu bejahen.

**10 aa)** Eine Notarperson im Kanton Basel-Stadt übt nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit einer

deutschen Notarperson vergleichbare Tätigkeit aus. Nach § 2 Satz 2 Notariatsgesetz Basel vom 18.1.2006 (im Folgenden NotGB) ist die Notartätigkeit in Basel als amtliche Tätigkeit anzusehen. Die Notarpersonen sind nach § 2 Satz 1 NotGB für die Beurkundung aller Geschäfte und Tatsachen zuständig, die das Gesetz vorsieht oder für die die Parteien eine Beurkundung wünschen. Die Notarperson muss eine entsprechende Prüfung ablegen (§ 3 NotGB), wobei ein juristisches Examen an einer Schweizer Fakultät oder ein vergleichbarer Abschluss Zulassungsvoraussetzung ist (vgl. § 4 NotGB). Dies entspricht in etwa den Voraussetzungen zur Bestellung als Notar in Deutschland, vgl. §§ 5, 6 BNotO.

**11 bb)** Auch in Bezug auf das Beurkundungsverfahren ist nach Auffassung des Senats eine Gleichwertigkeit gegeben, wobei dies sowohl in Bezug auf die Verfahren gilt, bei denen es um die Beurkundung von Willenserklärungen geht, wie etwa bei einem Verschmelzungsvertrag, als auch in Bezug auf sog. Sachbeurkundungen, wie etwa bei der Beurkundung der Vorgänge in einer Versammlung.

**12** Bezüglich der Beurkundung von Willenserklärungen ist die Identität der Beteiligten zu klären (§ 30 NotGB). Ggf. sind sie zu beraten, § 31 Satz 2 NotGB, und darüber hinaus zu belehren, § 32 NotGB. Nach § 33 NotGB ist die Urkunde zu verlesen oder – alternativ – den Beteiligten zur Selbstlesung vorzulegen. Dabei kann offen bleiben, ob auch das letztere Vorgehen – wozu der Senat neigt (ebenso MünchKomm-BGB/*Spellenberg*, 7. Aufl. 2018, Art. 11 EGBGB Rdnr. 90) – die Annahme einer Gleichwertigkeit rechtfertigt, weil im vorliegenden Fall eine Verlesung der Beurkundung des Verschmelzungsvertrages stattgefunden hat. Auf das konkrete Vorgehen ist nach Auffassung des Senats nämlich dann abzustellen, wenn dieses abstrakt vorgesehen ist und – für die Annahme der Gleichwertigkeit notwendig – dann tatsächlich auch vorgenommen worden ist (vgl. Beschluss vom 24.1.2018, 22 W 25/16, juris Rdnr. 33). Warum eine solche Prüfung für das Registergericht nicht möglich und damit eine Gleichwertigkeit zu verneinen sein soll (so *Cramer*, DStR 2018, 746, 751; *Richter/Knauf*, BB 2018, 659; *Stelmaszczyk*, GWR 2018, 103, 105), erschließt sich dem Senat nicht.

**13** Bezüglich der Sachbeurkundungen ist ebenfalls eine Identitätsfeststellung der versammlungsleitenden Beteiligten vorgesehen (§ 39 Satz 1 NotGB), der Umfang der notwendigen Feststellungen in der Urkunde wird festgelegt (§ 39 Satz 2 NotGB), weiter soll der Ablauf niedergelegt werden (§ 39 Satz 4, 5 NotGB).

**14 cc)** Der Annahme einer Gleichwertigkeit der Beurkundung stehen auch nicht Sinn und Zweck der §§ 6, 13 Abs. 2 Satz 1 UmwG entgegen.

**15** Die mit der Beurkundungspflicht verfolgte Beweissicherung wird durch die Festlegung der in der Urkunde wiederzugebenden Inhalte gewahrt. Nach den Vorschriften des NotGB besteht auch eine Beratungs- und Belehrungspflicht.

**16** Insoweit wird allerdings die Auffassung vertreten, derartige Pflichten, selbst wenn sie bestünden, seien unzureichend, weil dem Beurkundungszwang auch der Zweck der materiellen Richtigkeitsgewähr zugrunde liege (vgl. etwa *Heckschen*, DB 2018, 685, 688; *Hermanns*, RNotZ 2018, 271, 272; *Lieder*,



ZIP 2018, 805, 811; *Stelmaszczyk*, GWR 2018, 103, 105; *Wicke*, GmbHR 2018, 380). Dieser aber verlange umfassende Kenntnisse des dem Rechtsvorgang zugrunde liegenden Rechts. Ob der ausländische Notar über derartige Kenntnisse verfüge, dürfe dabei nicht im Einzelfall entscheidend sein.

**17** Dies überzeugt den Senat nicht. Zu Recht wird allerdings darauf hingewiesen, dass gesellschaftsrechtlich Eingriffe in die Grundstruktur, wie etwa bei Satzungsänderungen, dem Abschluss von Unternehmensverträgen, aber auch bei Umwandlungsvorgängen, die Pflicht zur notariellen Beurkundung nicht nur der Beweissicherung dient, sondern auch dem Zweck der materiellen Richtigkeitsgewähr sowie zur Gewährleistung einer Prüfungs- und Belehrungsfunktion (vgl. BGH, Beschluss vom 24.10.1988, II ZB 7/88, BGHZ 105, 324-346 Rdnr. 28). Dies allein schließt aber eine Auslandsbeurkundung nicht aus (vgl. Beschluss vom 16.2.1981, II ZB 8/80, BGHZ 80, 76-80 Rdnr. 5). Soweit bezüglich der Erfüllung Belehrungs- und Prüfungspflichten wegen der fehlenden Rechtskenntnisse des ausländischen Notars Bedenken bestehen, ergibt sich schon aus der Regelung des § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG, dass die Einhaltung der Vorschrift für die Wirksamkeit der Beurkundung nicht zwingend ist, weil die Vorschrift als Sollvorschrift ausgebildet ist (vgl. BGH, Beschluss vom 16.2.1981, II ZB 8/80, BGHZ 80, 76-80 Rdnr. 5 mit Hinweis auf die Gesetzesbegründung; a. A. *Cziupka*, EWIR 2018, 137, 138; *Heckschen*, DB 2018, 685, 688; *Lieder*, ZIP 2018, 805, 813). Insoweit gilt auch anderes als zu der verbraucherschützenden Regelung des § 17 Abs. 2a BeurkG (vgl. dazu BGH, Urteil vom 7.2.2013, III ZR 121/12, BGHZ 196, 166-179 Rdnr. 20).

**18** Auch die Annahme, die Beurkundungspflicht diene einer materiellen Richtigkeitsgewähr, zwingt nicht zu der Annahme, eine Beurkundung durch einen ausländischen Notar sei ausgeschlossen. Dass eine Auslandsbeurkundung stets dem Zwecke der Richtigkeitsgewähr entgegensteht, trifft nicht zu. Auch der ausländische Notar und der einen ausländischen Notar zur Beurkundung Aufsuchende sind an einer Wirksamkeit der Beurkundung auch in materieller Hinsicht interessiert. Demgegenüber finden sich auch Beurkundungen vor einem deutschen Notar, die durch die Registergerichte beanstandet werden. Entscheidend ist aber, dass die eigentliche Prüfung dem Registergericht obliegt. Die entsprechende Prüfung hat dann durch das Registergericht stattzufinden. Auch wenn eine Beurkundung durch einen deutschen Notar die Richtigkeit der Beurkundung nahe legt, was nach Auffassung des Senats auch Anlass sein sollte, eine Beurkundung vor einem deutschen Notar vorzunehmen, bedeutet das nicht, dass diese Eintragungsvoraussetzung wäre. Denn diese schließt eine eigene Prüfung durch das Registergericht nicht aus. Es entsteht keine Bindung. Dies gilt auch im Rahmen des § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG. Diesem wird zwar eine Filterfunktion zugeschrieben, das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht des Registergerichts bleiben jedoch uneingeschränkt bestehen (vgl. BT-Drucks. 18/10607, S. 110; *Prütting/Holzer*, FamFG, 4. Aufl., § 378 Rdnr. 20). Im Übrigen verbleibt es bei dieser Prüfung, weil diese nach § 378 Abs. 3 Satz 2 FamFG nicht durch eine Auslandsbeurkundung umgangen werden kann. Auch aus § 9c GmbHG lässt sich nichts anderes herleiten. Denn die Beschränkung der Prüfungsbefugnis dient der Beschleunigung des Registerverfahrens, indem weniger wich-

tige Punkte von einer Prüfung des Registergerichts ausgenommen werden (vgl. BT-Druck 13/8444, S. 76; offenbar a. A. *Stelmaszczyk*, GWR 2018, 103, 105). Der Prüfungsumfang ist gerade bei den Regelungen, die im öffentlichen Interesse bestehen, uneingeschränkt geblieben, vgl. § 9c Abs. 2 Nr. 2 GmbHG. Dass eine solche Prüfung durch das Registergericht wegen der notariellen Vorprüfung gerade nicht erforderlich war, ergibt sich daraus gerade nicht. Mit der Annahme, die Beurkundung solle eine materielle Richtigkeit gewährleisten, die nur durch die Beurkundung vor einer deutschen Notarperson erreicht werden kann, wird zudem die Regelung des Art. 11 Abs. 1 EGBGB eingeschränkt, ohne dass sich hierfür eine ausreichende gesetzliche Regelung fände. Die mit einer Beurkundung durch einen deutschen Notar einhergehende Vermutung für die materielle Richtigkeit des Beurkundungsvorgangs erweist sich damit nicht als notwendig prägender Umstand, sondern nach dem derzeitigen Gesetzesstand als wünschenswerter Reflex (a. A. *Lieder*, ZIP 2018, 805, 812).

**19** d) Die elektronisch eingereichten Unterlagen können dem Eintragungsverfahren auch zugrunde gelegt werden, weil von der Echtheit der Ursprungsurkunden ausgegangen werden kann. Die Urkunden sind jeweils mit einer Apostille nach Art. 4 des Haager Übereinkommens zur Befreiung ausländischer Urkunden von der Legalisation vom 5.10.1961 versehen. Dies reicht nach Art. 3 des Übereinkommens als Nachweis der Echtheit der Urkunden aus. Deutschland und die Schweiz sind auch Vertragsstaaten des Abkommens.

**20** 3. Weitere Umstände, die eine sofortige Zurückweisung der Anmeldung vom 10.8.2017 gerechtfertigt hätten, sind nicht ersichtlich. Aus diesem Grund ist der angefochtene Zurückweisungsbeschluss aufzuheben und die Sache an das Registergericht nach § 69 Abs. 1 Satz 1 FamFG zurückzuverweisen, weil eine weitere Prüfung, wie sich ausdrücklich aus dem Schreiben des Gerichts vom 25.8.2017 ergibt, bisher nicht erfolgt ist. Dabei wird das Registergericht auch zu prüfen haben, ob der erteilte Prüfvermerk nach § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG im Hinblick auf die mit der Einführung der Prüfung verbundenen Gesetzeszwecke ausreichend ist, soweit ein solcher Vermerk überhaupt als erforderlich angesehen wird (vgl. dazu OLG Celle, Beschluss vom 13.11.2017, 18 W 57/17, juris Rdnr. 25; OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 28.7.2017, 2 Wx 50/17, juris Rdnr. 15, jeweils zu § 15 Abs. 3 GBO).

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessorin **Nadja Danninger**, Berlin

##### 1. Ein Unglück kommt selten allein ...

Dieser Redensart gemäß folgte auf einen unglücklichen KG-Beschluss vom Januar 2018<sup>1</sup> nur wenige Monate später dessen Fortsetzung in neuem Gewand. Die erste Entscheidung bejahte die grundsätzliche Möglichkeit einer GmbH-Gründung im Kanton Bern trotz § 2 Abs. 1 GmbHG. Die zweite erteilt nun das Placet zur Beurkundung einer Ver-

<sup>1</sup> KG, Beschluss vom 24.1.2018, 22 W 25/16, MittBayNot 2018, 276.



schmelzung im Kanton Basel-Stadt trotz §§ 6, 13 Abs. 3 Satz 1 UmwG (wobei das KG durchweg fälschlich § 13 Abs. 2 Satz 1 UmwG zitiert). An Kritik mangelte es bereits dem ersten Beschluss nicht<sup>2</sup> und auch das vorstehende Votum verdient – unabhängig von Zitierpetitessen – keinen Beifall.

Zwar lässt das KG die Einhaltung der kantonalen Ortsform nach Art. 11 Abs. 1 Alt. 2 EGBGB nicht ausreichen, sondern stellt zutreffend auf das Wirkungsstatut ab, mithin auf die Formvorschriften des deutschen Umwandlungsrechts.<sup>3</sup> Die daran anknüpfenden Ausführungen zur Substitution der deutschen notariellen Beurkundung durch die ausländische vermögen allerdings nicht zu überzeugen.

## 2. Wesentliche „Beschlussmängel“

Der Beschluss des KG weist gewissermaßen verschiedene „Beschlussmängel“ auf, aus denen hier die wesentlichen herausgegriffen werden sollen:

### a) Aussagegehalt des Art. 11 Abs. 1 EGBGB

Unklar ist bereits der Prolog des KG zum Wortlaut des Art. 11 Abs. 1 EGBGB.<sup>4</sup> In der Tat spricht die Vorschrift, anders als andere Normen (wie Art. 13 Abs. 4 Satz 1 EGBGB n. F. zur Eheschließung und Art. 17 Abs. 3 EGBGB n. F. zur Ehescheidung), nicht von der Einhaltung der Form-erfordernisse „im Inland“. Der Umkehrschluss des KG aus dem Wortlaut des Art. 11 Abs. 1 EGBGB auf die grundsätzliche Substitutionsoffenheit von Formvorschriften geht jedoch logisch wie methodisch fehl. Zum einen betreffen diese anderen Normen keinen im Ausland stattfindenden Vorgang, sondern regeln ganz im Gegenteil die einzuhalten-Form bei einer Eheschließung bzw. Ehescheidung „im Inland“. Damit besagen sie gerade nichts über die Zulässigkeit einer im Ausland erfolgten Beurkundung. Zum anderen kann Art. 11 Abs. 1 EGBGB als kollisionsrechtliche Norm schlicht keine Aussage zur Substitution treffen. Als solche regelt sie lediglich die Formvorschriften welchen Rechts anwendbar sind. Ob und inwieweit eine Formvorschrift des anwendbaren Rechts sodann substituierbar ist, bestimmt allein die Auslegung der betroffenen Norm, hier also die Auslegung der §§ 6, 13 UmwG.<sup>5</sup>

### b) Prüfungsmaßstab für die Gleichwertigkeit

Sodann kommt auch das KG zur *sedes materiae*, zur Frage der Gleichwertigkeit einer deutschen und einer ausländischen Beurkundung. Nach einem vielversprechenden Einleitungswort von „einer unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Beurkundung zu ermittelnden Gleichwertigkeit“<sup>6</sup> blenden die Entscheidungsgründe jedoch die Formzwecke im Umwandlungsrecht zunächst vollkommen aus. Das KG prüft die Gleichwertigkeit der Vorbildung und Stellung eines Notars im Kanton Basel-Stadt und des dortigen Beurkundungsverfahrens gleichsam im luftleeren Raum, ohne jeden Bezug zu Sinn und Zweck des konkreten Beurkundungserfordernisses. Anstatt in einem ersten Schritt nach den Formzwecken zu fragen und in einem zweiten Schritt deren gleichwertige Verwirklichung durch den ausländischen Notar zu prüfen, zäumt das KG das Pferd von hinten auf. Es unterstellt eine – nach welcher Richtschnur auch immer bemessene – Gleichwertigkeit und untersucht dann, ob auch nicht Sinn und Zweck der §§ 6, 13 UmwG der Annahme der Gleichwertigkeit entgegenstehen,<sup>7</sup> statt die Gleichwertigkeit von vornherein und nur anhand von Sinn und Zweck der §§ 6, 13 UmwG zu beurteilen.

Leider schlägt die verquere Prüfungsfolge unmittelbar auf das Prüfungsergebnis durch. Wie bereits im Januar 2018 meint das KG nämlich auch diesmal, für die Gleichwertigkeit des Beurkundungsverfahrens komme es allein auf das konkrete Vorgehen bei der Auslandsbeurkundung an, selbst wenn das Auslandsrecht dieses Vorgehen nicht zwingend vorschreibt. Dementsprechend stört es sich zum Beispiel nicht daran, dass der Notar den Erschienenen die Urkunde nach § 33 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 des Notariatsgesetzes des Kantons Basel-Stadt (NotGB) zur Selbstlesung, d. h. zum stillen Lesen, vorlegen kann.<sup>8</sup> Vielmehr begnügt es sich damit, dass die Urkunde im konkreten Fall nach § 33 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 NotGB durch den Notar tatsächlich vorgelesen worden ist.

Berücksichtigt man indes die Formzwecke der §§ 6, 13 UmwG, so kann es für die Frage der Gleichwertigkeit des ausländischen Beurkundungsverfahrens nur auf das abstrakt vorgeschriebene und nicht auf das konkret durchgeführte Verfahren ankommen.<sup>9</sup> Einer der Beurkundungszwecke – dies sei hier vorweggenommen – besteht schließlich gerade in der Entlastung der Registergerichte dank der Filterfunktion der notariellen Urkunde.<sup>10</sup> Dem widerspräche es aber, wenn das Registergericht die Gleichwertigkeit selbst nicht anhand des (oft schwierig genug zu ermittelnden) ausländischen Rechts beurteilen dürfte, sondern zusätzlich das (*ex post* oft gar nicht mehr feststellbare) Vorgehen im konkreten Fall berücksichtigen müsste. Führt man den Gedanken des KG konsequent fort, müsste es im Übrigen nicht nur für das Beurkundungsverfahren auf die konkreten Verhältnisse ankommen, sondern auch für die Frage der Gleichwertigkeit der Beurkundungsperson. Eine

6 Abschn. II. B. 2. c) der besprochenen Entscheidung, Hervorhebung d. Verf.

7 Abschn. II. B. 2. c) cc) der besprochenen Entscheidung.

8 Selbst bei Beurkundungen für das Ausland sieht § 33 Abs. 4 NotGB nur vor, dass die zusätzlichen Verfahrensvorschriften des betreffenden Staates eingehalten werden „können“ (nicht müssen).

9 I. E. ebenso etwa Cramer, DStR 2018, 746, 751 unter Verweis auf BGH, Beschluss vom 16.2.1981, II ZB 8/80, NJW 1981, 1160 („zu beachten hat“); Heckschen, DB 2018, 685, 687 („schon aus Gründen der Rechtssicherheit“).

10 Hierzu sogleich unter c).

2 Vgl. Cramer, DStR 2018, 746; Cziupka, EWiR 2018, 137; Heckschen, DB 2018, 685; Hermanns, RNotZ 2018, 271; Herler, NJW 2018, 1787; Lieder, ZIP 2018, 805; Mayer/Barth, IWRZ 2018, 128; Reuter, WuB 2018, 357; Schulte, NotBZ 2018, 329; Stelmansczyk, GWR 2018, 103; Weber, MittBayNot 2018, 215; Wicke, GmbHR 2018, 380.

3 Vgl. Abschn. II. B. 2. a) der besprochenen Entscheidung.

4 Vgl. Abschn. II. B. 2. b) der besprochenen Entscheidung.

5 Ebenso und mit weiteren Kritikpunkten zu Abschn. II. B. 2. b) der besprochenen Entscheidung Tebben, GmbHR 2018, 1190, 1192 f.

Überprüfung der deutschen Rechtskenntnisse des konkreten ausländischen Notars wäre den Registergerichten indes faktisch nicht möglich. Spätestens diese Kontrollüberlegung zeigt, dass die durch das KG vorgegebene Art der Gleichwertigkeitsprüfung jede Entlastungsfunktion des Beurkundungserfordernisses konterkariert.

### c) Formzwecke der §§ 6, 13 UmwG

Mit jener Filter- und Entlastungsfunktion sind endlich die Formzwecke der §§ 6, 13 UmwG angesprochen, denen sich das KG allerdings erst in den Schlusstakten seiner Entscheidung zuwendet.

Immerhin erkennt das KG neben der Beweissicherungs-, Prüfungs- und Belehrungsfunktion auch die materielle Richtigkeitsgewähr als Zweck des Beurkundungserfordernisses gesellschaftsrechtlicher Strukturmaßnahmen an.<sup>11</sup> Dies ist insofern beachtlich, als der historische Gesetzgeber des § 6 UmwG im Jahr 1994 nur einen Gleichlauf mit dem Beurkundungserfordernis für Verträge über die Gesamtvermögensübertragung nach § 311 BGB a. F. (§ 311b Abs. 3 BGB n. F.) intendierte.<sup>12</sup> Der dortige Formzwang diente nach dem Willen des BGB-Gesetzgebers aber seinerseits nur der Rechtssicherheit und dem Übereilungsschutz sowie dem Schutz vor Umgehung erbrechtlicher Formerfordernisse.<sup>13</sup> Mit der Anerkennung der materiellen Richtigkeitsgewähr notarieller Urkunden entwickelt das KG damit – zu Recht – die Zweckvorstellungen des historischen Gesetzgebers fort und ergänzt die tradierten individuellen Formzwecke der §§ 6, 13 UmwG um moderne überindividuelle Regelungsziele.<sup>14</sup> Bedauerlicherweise bleibt das KG jedoch bei der materiellen Richtigkeitsgewähr stehen, obwohl den umwandlungsrechtlichen Beurkundungserfordernissen längst weitere, überindividuelle Funktionen zukommen.

Eng verknüpft mit der materiellen Richtigkeitsgewähr ist die bereits angesprochene Filter- und Entlastungsfunktion der notariellen Urkunde. *Lieder*<sup>15</sup> beschreibt die notarielle Vor- und registergerichtliche Nachprüfung treffend als „zwei gleichberechtigt nebeneinander stehende Säulen des deutschen Handelsregistersystems“, *Cramer*<sup>16</sup> bemüht das Bild des „Vieraugenprinzips im deutschen Registerrecht“. Diesen wechselseitigen Unterstützungs- und Kontrollmechanismus verkennt das KG, wenn es sich darauf zurückzieht, dass das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht des Registergerichts uneingeschränkt bestehen bleiben.

Weitere mögliche Formzwecke spricht das KG gar nicht erst an. Dabei macht sich der Gesetzgeber die bereits bestehenden Beurkundungserfordernisse zunehmend zunutze, um

staatliche Interessen mithilfe des Notars als Intermediär durchzusetzen. So wurde bereits andernorts darauf hingewiesen, dass den Notar steuerliche Anzeigepflichten nach § 54 Abs. 1 EStDV, § 18 GrEStG treffen, weshalb das notarielle Mitwirkungserfordernis letztlich auch fiskalischen Zwecken dient.<sup>17</sup> Desgleichen ist der Notar im Anwendungsbereich des § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG Verpflichteter im Sinne des GwG. Als solchen treffen ihn umfangreiche Pflichten, wie etwa zur Identifizierung, zur konkreten Risikoanalyse jedes einzelnen Vorgangs und ggf. zur Meldung. Damit dient das Beurkundungserfordernis auch dem – unter Umständen dem Parteiinteresse gerade gegenläufigen – Zweck der Geldwäschebekämpfung. Vor diesem Hintergrund verfolgt die notarielle Mitwirkung schwerlich allein individuelle Zwecke im Interesse der Vertragsparteien.

Mithin unterliegen die Zwecke bestehender Beurkundungserfordernisse einem steten, durch den Gesetzgeber selbst induzierten Wandel. Dass es sich bei der Sicherung des Steueraufkommens und bei der Geldwäschebekämpfung auch um „echte“ Zwecke der notariellen Mitwirkung handelt, zeigt die Gegenüberlegung: Ohne Mitwirkung des Notars als Intermediär könnten diese staatlichen Interessen nicht mehr wirksam verwirklicht werden.

### d) Gleichwertigkeit einer Beurkundung im Ausland?

Angesichts des fehlerhaft gewählten Prüfungsmaßstabs (siehe oben b)) und unvollständig ermittelter Formzwecke (siehe oben c)) vermag es nicht mehr zu überraschen, wenn das KG schließlich zur Gleichwertigkeit der Beurkundung im Kanton Basel-Stadt gelangt und die umwandlungsrechtlichen Formerfordernisse als erfüllt ansieht. Eine abstrakte und an den Formzwecken der §§ 6, 13 UmwG orientierte Gleichwertigkeitsprüfung hätte freilich gegenteilige Resultate gezeitigt:

Eine Belehrungsfunktion, eine materielle Richtigkeitsgewähr und damit eine Filter- und Entlastungsfunktion gegenüber den Registergerichten kommt nur einer von kompetenter Hand erstellten Urkunde zu. Wie aber ein jeder Notar des Kantons Basel-Stadt so weitreichende Kenntnisse im deutschen Recht besitzen soll, dass er einen Verschmelzungsvorgang mit der entsprechenden Sachkunde wie ein im deutschen Recht beheimateter Notar beurkunden kann, will nicht recht einleuchten. Es mag sein, dass sich einzelne Baseler Notare entsprechendes Wissen im deutschen Recht angeeignet haben. Doch bei der gebotenen abstrakten Betrachtung sind die durchschnittlichen deutschen Rechtskenntnisse eines Baseler Notars maßgeblich, der das für ihn ausländische Recht im Regelfall erst ermitteln müsste.

Welche Untiefen sich hierbei aber auftun können, dürfte das KG – die Bemerkung sei gestattet – aus eigener leidvoller Erfahrung wissen. So behauptete es erst in seinem Beschluss vom Januar 2018, dass den Schweizer Notar nach Schweizer Bundesrecht eine sich auch auf ausländisches

11 Vgl. Abschn. II. B. 2. c) cc) der besprochenen Entscheidung.

12 Begründung des RegE, BT-Drucks. 12/6699, S. 83.

13 Vgl. *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, 1899, S. 188, S. 188; ferner *Palandt/Grüneberg*, 78. Aufl. 2019, § 311b Rdnr. 63; *MünchKomm-BGB/Krüger*, 7. Aufl. 2016, § 311b Rdnr. 100.

14 Ähnlich *Cramer*, DStR 2018, 746, 750; *Lieder*, ZIP 2018, 1517, 1519.

15 *Lieder*, ZIP 2018, 805, 812; *ders.*, EWIR 2018, 743.

16 *Cramer*, DStR 2018, 746, 750.

17 Ausführlich *Heinze*, NZG 2017, 314.

Recht beziehende Beratungspflicht bezieht (sic).<sup>18</sup> Die Aussage wurde jedoch in der Literatur unmittelbar fundiert widerlegt; ein Schweizer Notar muss nach absolut herrschender Ansicht gerade nicht zu fremdem Recht beraten.<sup>19</sup> Ebenso wie die Entscheidung des KG offenbar also keine materielle Richtigkeitsgewähr für das Schweizer Recht bietet, so entfalten umgekehrt Urkunden eines Schweizer Notars keine abstrakt-generelle Richtigkeitsgewähr für das deutsche Recht. Schon deshalb sind Auslandsbeurkundungen im Hinblick auf gleich mehrere Formzwecke (Belehrungsfunktion, materielle Richtigkeitsgewähr, Filter- und Entlastungsfunktion) ungleichwertig und damit nach § 125 Satz 1 BGB formunwirksam.<sup>20</sup>

Neben einer Ausbildung im deutschen Recht fehlt es ausländischen Notaren schließlich an einer Bindung an das deutsche Recht. Mangels extraterritorialer Geltung von EStDV, GrEStG und GwG treffen sie keine steuerlichen oder geldwäscherechtlichen Pflichten gegenüber dem deutschen Staat. Ohne entsprechende Pflichten ist jedoch nicht verlässlich davon auszugehen, dass etwa Schweizer Notare auf freiwilliger Basis Anzeigen an deutsche FAs veranlassen oder das konkrete Geldwäscherisiko des Beurkundungsvorgangs ermitteln und dokumentieren. Selbst eine zuverlässige Identifizierung der Vertragspartner, Vertreter und wirtschaftlich Berechtigten (vgl. § 11 Abs. 1 Satz 1 GwG) wird vielfach nicht stattfinden. Symptomatisch hierfür ist es, wenn der Kanton Basel-Stadt mit § 43 Abs. 3 Alt. 2 NotGB sogar Fernbeglaubigungen (zum Beispiel für die Handelsregisteranmeldung) zulässt, während die Handelsregisteranmeldung hierzulande dem Anwendungsbereich des GwG unterfällt und sogar noch gesteigerte Identifizierungspflichten auslöst.<sup>21</sup> Nach alledem ist nicht davon auszugehen, dass im Falle einer Auslandsbeurkundung die Formzwecke der Sicherung des Steueraufkommens und der Geldwäscherebekämpfung gleichwertig erreicht werden wie im Falle einer inländischen Beurkundung.

### 3. Fazit

Angesichts der aufgezeigten „Beschlussmängel“ mag man fragen, ob der KG-Beschluss im übertragenen Sinn nur anfechtbar oder bereits nichtig wäre. In jedem Fall verdient er Kritik, die insbesondere deshalb deutlich ausfallen muss, weil das KG die bereits gegen den Januar-Beschluss vorge-

brachten Bedenken weitgehend ignoriert hat.<sup>22</sup> Offenbar ist sich das KG nicht der gemeinwohlbezogenen Risiken bewusst, die seine vordergründig großzügige, weil substitutionsoffene Rechtsprechung etwa in das Funktionieren des Handelsregistersystems, des Steuersystems und der Geldwäscherebekämpfung hineinträgt. Es bleibt zu hoffen, dass künftige Entscheidungen die vorstehenden Argumente berücksichtigen und einem umwandlungsrechtlichen Beurkundungstourismus Grenzen setzen.

<sup>22</sup> Ebenfalls kritisch zur mangelnden Auseinandersetzung mit der Kritik *Lieder*, EWIR 2018, 743.

## KOSTENRECHT

### 26. Anfall einer Betreuungsgebühr bei Hinweis auf Einschränkung der Sicherungsabrede im Begleitschreiben

OLG Bamberg, Beschluss vom 30.1.2019, 1 W 4/19

GNotKG Nr. 22200 Nr. 5 KV

#### LEITSATZ:

**Eine über die bloße Übermittlung hinausgehende Betreuungstätigkeit im Sinne des Nr. 22200 Nr. 5 KV GNotKG liegt bereits dann vor, wenn der Notar in einem Begleitschreiben auf Einzelheiten der übersandten Urkunde ausdrücklich hinweist, etwa die vorgesehene Einschränkung der Sicherungsabrede. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### SACHVERHALT:

**1** I. Die Kostenschuldner erwarben mit notariellem Kaufvertrag des Beteiligten zu 1 vom (...) ein Grundstück. Die Verkäufer ermächtigten die Kostenschuldner im Kaufvertrag, das Grundstück noch vor Eigentumsübergang mit Grundpfandrechten zugunsten der finanzierenden Bank zu belasten.

**2** Mit Urkunde des Beteiligten zu 1 vom selben Tag, URNr. (...) wurde die Bestellung einer Buchgrundschuld zugunsten der (...) Bank beurkundet. Entsprechend der Vereinbarung im Kaufvertrag wurde die Sicherungsabrede dahin gehend beschränkt, dass sie vor der vollständigen Kaufpreiszahlung gegen die Verkäufer nur in Höhe der jeweiligen vom Kreditgeber herbeigeführten Kaufpreistilgung wirkt und sich Rückgewährrechte so lange auf einen Löschananspruch beschränken.

**3** Mit Schreiben vom 13.3.2017 übersandte der Beteiligte zu 1 der Bank eine Ausfertigung der Urkunde vom (...). Er wies in einem Begleitschreiben ausdrücklich auf die vorgesehene Einschränkung des Sicherungszwecks und die beigelegte Abschrift des notariellen Kaufvertrags hin.

**4** Der Beteiligte zu 1 stellte für seine Tätigkeit aus einem Geschäftswert von 300.000 € zunächst eine Gebühr nach Nr. 21200 KV GNotKG nebst Dokumentenpauschale und Post- und Telekommunikationsentgelt in Rechnung. Nach Beanstandung durch die Beteiligte zu 2 brachte er mit Rechnung vom 5.6.2018 zusätzlich eine Betreuungsgebühr nach Nr. 22200 KV GNotKG in Ansatz, die sich auf 317,50 € netto belief.

<sup>18</sup> KG, Beschluss vom 24.1.2018, 22 W 25/16, MittBayNot 2018, 276, 280 unter Verweis auf OLG München, Urteil vom 19.11.1997, 7 U 2511/97, GmbHR 1998, 46.

<sup>19</sup> Vgl. *Heckschen*, DB 2018, 685, 688 f.; *Weber*, MittBayNot 2018, 219 f., jeweils m. zahlreichen N. zum Schweizer Recht.

<sup>20</sup> Vgl. auch *Tebben*, GmbHR 2018, 1190, 1193 ff., der umwandlungsrechtliche Formerfordernisse ebenfalls generell für nicht substituierbar hält; ferner *Goette*, DStR 1996, 709, 713: keine Gleichwertigkeit, „wenn die Formvorschrift auch bezweckt, die materielle Richtigkeit des Beurkundeten zu gewährleisten“.

<sup>21</sup> Vgl. die geltenden Anwendungsempfehlungen der BNotK zum GwG 2017, S. 7, abrufbar unter [https://www.bnotk.de/\\_downloads/Anwendungsempfehlungen/Anwendungsempfehlungen\\_zum\\_Geldwaeschesgesetz\\_BNotK.pdf](https://www.bnotk.de/_downloads/Anwendungsempfehlungen/Anwendungsempfehlungen_zum_Geldwaeschesgesetz_BNotK.pdf).



**5** Mit Antrag vom 18.6.2018 haben die Kostenschuldner die gerichtliche Abänderung der Rechnung beantragt, soweit eine Betreuungsgebühr enthalten ist. Sie haben die Auffassung vertreten, die Voraussetzungen einer Betreuungsgebühr nach Nr. 22200 Abs. 2 Nr. 5 KV GNotKG lägen nicht vor. Es fehle an der Anzeige oder Mitteilung einer Tatsache „zur Erzielung einer Rechtsfolge“. Die Einschränkung des Sicherungszwecks sei in die Grundschuldurkunde aufgenommen worden. Mit Übersendung der Urkunde biete der Eigentümer der Bank den Abschluss des darin enthaltenen Rechtsgeschäfts an. Dieses Angebot könne die Bank ohne ausdrückliche Annahmeerklärung annehmen. Die Bank habe daher nur die Möglichkeit, entweder das Angebot nicht anzunehmen, sodass auch keine Einigung über die Grundschuld selbst zustande komme, oder die Grundschuldbestellung samt eingeschränkter Sicherungsabrede zu akzeptieren. Der Hinweis des Beteiligten zu 1 sei daher nicht geeignet gewesen, eine zusätzliche Rechtsfolge zu erzeugen. Die Entscheidung des LG Düsseldorf vom 9.9.2014, auf die sich die Beteiligte zu 2 berufe, könne nicht zur Begründung herangezogen werden. Denn im dort entschiedenen Fall habe der Notar der Bank gleichzeitig die Abtretung des Kaufpreisanspruchs angezeigt.

**6** Das LG Bamberg hat den Antrag mit Beschluss vom 14.11.2018 zurückgewiesen. Es hat ausgeführt, die beabsichtigte Annahme des Angebots auf Abschluss des Sicherungsvertrags stelle die geforderte Erzielung einer Rechtsfolge dar.

**7** Hiergegen richtet sich die am 28.12.2018 beim OLG eingegangene Beschwerde der Kostenschuldner. Sie verweisen nochmals darauf, dass eine differenzierte Annahme der Grundschuld ohne eingeschränkte Zweckerklärung rechtlich ausgeschlossen sei. Der Hinweis des Notars sei daher nicht auf die Annahme eines Rechtsgeschäfts gerichtet. Sehe man die geforderte Rechtsfolge darin, dass sich der Notar um die nach § 873 BGB erforderliche Annahmeerklärung bemüht, so müsste die Gebühr bei jeder Grundschuldbestellung anfallen.

**8** Das LG hat der Beschwerde nicht abgeholfen und das Verfahren (...) dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

## AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

**10** 2. Die Beschwerde ist in der Sache unbegründet. Der Beteiligte zu 1 hat in seiner geänderten Rechnung vom 5.6.2018 zu Recht eine Betreuungsgebühr nach Nr. 22200 Abs. 2 Nr. 5 KV GNotKG in Ansatz gebracht.

**11** Erforderlich für den Anfall einer Betreuungsgebühr nach dieser Vorschrift ist die Anzeige oder Anmeldung einer Tatsache an einen nicht an dem Beurkundungsverfahren Beteiligten zur Erzielung einer Rechtsfolge. Als Regelbeispiele (insbesondere) nennt der Gesetzgeber die Anzeige einer Abtretung oder Verpfändung. Allerdings darf sich die Tätigkeit des Notars nicht darauf beschränken, dem nicht am Beurkundungsverfahren Beteiligten die Urkunde oder eine Ausfertigung der Urkunde zu übermitteln, Nr. 22200 Abs. 2 Nr. 5 Hs. 2 KV GNotKG. Diese Voraussetzungen sind gegeben.

**12** a) Dass es sich bei dem Hinweis des Notars auf das in der Bestellungsurkunde enthaltene Angebot zur Vereinbarung einer im Sicherungszweck eingeschränkten Sicherungsabrede um die Anzeige einer *Tatsache* handelt, folgt bereits aus dem Wortlaut der Regelung. Das Angebot stellt eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung dar, die auf den Abschluss eines Vertrags gerichtet ist (MünchKomm-BGB/*Busche*, 8. Aufl., § 145 Rdnr. 5). Die Abgabe des Angebots ist eine Tatsache.

**13** Die übermittelte Urkunde enthielt darüber hinaus das Angebot des Eigentümers auf Belastung des Grundstücks mit einer Grundschuld gemäß § 873 Abs. 1 BGB.

**14** b) Der Hinweis auf die Einschränkung der Sicherungsabrede erfolgt auch zur Erzielung einer Rechtsfolge. Diese Wertung entspricht der – soweit ersichtlich – einhelligen Auffassung in Literatur und Rechtsprechung (LG Düsseldorf, Beschluss vom 17.4.2018, 19 OH 1/17, Rdnr. 15; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.9.2014, 19 T 199/13, Rdnr. 26; BeckOK-Kostenrecht/*Berger*, Stand: 1.12.2018, GNotKG KV 22200 Rdnr. 22a; *Korintenberg/Tiedtke*, GNotKG, KV 22200 Rdnr. 26; *Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Bormann*, GNotKG, 2. Aufl. 2016, KV 22200 Rdnr. 8; *Leipziger GNotKG/Harder*, 2. Aufl., KV 2220 Rdnr. 50; *Diehn/Volpert/Diehn*, Praxis des Notarkostenrechts, 2. Aufl. 2018, Abschn. F Rdnr. 674; *Leipziger Kostenspiegel*, 2. Aufl., Teil 6 Rdnr. 6.36; Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl., Rdnr. 2120; krit. lediglich *Waldner*, GNotKG für Anfänger, 9. Aufl., Rdnr. 105).

**15** Der Senat tritt dieser Auffassung bei.

**16** (1) Nach dem Wortlaut von Nr. 22200 Abs. 2 Nr. 5 KV GNotKG muss die Erzielung einer Rechtsfolge nicht durch die Mitteilung des Notars selbst, also den Inhalt des Begleitschreibens, herbeigeführt werden. Dies wird zwar häufig der Fall sein. Etwa bei der Anzeige einer Abtretung, um die Wirkung des § 407 Abs. 1 BGB auszuschließen. Der Erzielung einer Rechtsfolge dient es allerdings auch, wenn die übermittelte Urkunde eine Willenserklärung enthält und die Übermittlung der Urkunde den Zugang der Willenserklärung bewirken soll. Im Fall eines Angebots ist der Zugang beim Empfänger nicht nur Voraussetzung für die Herbeiführung eines Vertragsschlusses, sondern führt auch unmittelbar zur Bindung des Antragenden an das Angebot, § 145 BGB. Bereits die bloße Übermittlung einer notariellen Urkunde kann somit zum Eintritt einer Rechtswirkung führen. Dass hierdurch eine Betreuungsgebühr ausgelöst werden kann, hat auch der Gesetzgeber gesehen. Das folgt aus dem zweiten, den Anwendungsbereich einschränkenden Halbsatz der Regelung in Nr. 22200 Abs. 2 Nr. 5 KV GNotKG, wonach die Gebühr – ausnahmsweise – dann nicht entsteht, wenn sich die Tätigkeit des Notars auf die bloße Übermittlung der Notarurkunde beschränkt. Die ausdrückliche Herausnahme dieser Fälle aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift wäre nicht erforderlich gewesen, wenn von vorneherein nur eine außerhalb der Urkunde liegende Erklärung des Notars den Gebührentatbestand auslösen kann.

**17** (2) Entscheidendes Kriterium ist daher, ob eine über die bloße Übermittlung hinausgehende Betreuungstätigkeit entwickelt wird. Dies ist bereits dann der Fall, wenn der Notar in einem Begleitschreiben auf Einzelheiten der übersandten Urkunde ausdrücklich hinweist, etwa die vorgesehene Einschränkung der Sicherungsabrede (LG Düsseldorf, Beschluss vom 9.9.2014, 19 T 199/13, Rdnr. 27; *Leipziger GNotKG/Harder*, KV 2220 Rdnr. 50; *Diehn/Volpert/Diehn*, Praxis des Notarkostenrechts, Abschn. F Rdnr. 674). Nähere Anforderungen lassen sich der gesetzlichen Vorschrift nicht entnehmen.

**18** Auch im vorliegenden Fall ist der Beteiligte zu 1 über die reine Übermittlung der Urkunde hinaus tätig geworden, indem er ausdrücklich auf die eingeschränkte Sicherungsabrede hin-



gewiesen hat. Der Ansatz der Betreuungsgebühr erfolgte daher zu Recht.

(...)

**20** Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde zum BGH liegen nicht vor (§ 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG, § 70 Abs. 2 FamFG). Der Senat weicht nicht von einer anderen höchstrichterlichen Entscheidung ab. Die Sache hat auch keine grundsätzliche Bedeutung für die Rechtsanwendung. Eine grundsätzliche Bedeutung ist anzunehmen, wenn eine klärungsbedürftige Rechtsfrage zu entscheiden ist, deren Auftreten in einer unbestimmten Anzahl von Fällen zu erwarten ist (st. Rspr, vgl. etwa BGH, Beschluss vom 4.7.2002, V ZB 16/02, Rdnr. 4). Klärungsbedürftig ist eine Rechtsfrage jedoch nur dann, wenn zu ihr unterschiedliche Auffassungen vertreten werden und noch keine höchstrichterliche Entscheidung vorliegt. Dies ist hier nicht der Fall. In der bislang ergangenen Rechtsprechung sowie Kommentarliteratur wird einheitlich die vom Senat zugrunde gelegte Rechtsauffassung vertreten. Eine Zulassung zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung ist ebenfalls nicht geboten.

## STEUERRECHT

### 27. Wirtschaftliches Eigentum an einem Mitunternehmeranteil – Bestimmung des Zeitpunkts der Anteilsveräußerung bei abweichendem Wirtschaftsjahr der Mitunternehmerschaft

BFH, Urteil vom 1.3.2018, IV R 15/15 (Vorinstanz: FG Hamburg, Urteil vom 2.2.2015, 6 K 277/12)

AO § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1

EStG § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 16 Abs. 1 Nr. 2

#### LEITSATZ:

**Dem Erwerber eines Anteils an einer Personengesellschaft kann die Mitunternehmerstellung bereits vor der zivilrechtlichen Übertragung des Gesellschaftsanteils zuzurechnen sein. Voraussetzung dafür ist, dass der Erwerber rechtsgeschäftlich eine auf den Erwerb des Gesellschaftsanteils gerichtete, rechtlich geschützte Position erworben hat, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann, und Mitunternehmerisiko sowie Mitunternehmerinitiative vollständig auf ihn übergegangen sind (Anschluss an BFH, Urteil vom 22.6.2017, IV R 42/13, BFHE 259, 258).**

#### SACHVERHALT:

**1** I. Die ehemalige A-GmbH & Co. KG (A-KG) mit Sitz in X betrieb im Streitjahr (2000) die Herstellung und den Vertrieb verschiedener (...).

(...)

**2** Komplementärin der A-KG war im Streitjahr die V-GmbH. Kommanditisten waren die B-KG, die im Jahr 2008 auf die Klägerin und Revisionsklägerin zu 1 (Klägerin zu 1), die C-GmbH & Co. KG, ver-

schmolzen wurde, der Kläger und Revisionskläger zu 2 (D), die Klägerin und Revisionsklägerin zu 3 (E) sowie F und G. Die Kommanditisten waren mit Anteilen in entsprechender Höhe als Gesellschafter an der selbst nicht am Kapital und Vermögen der A-KG beteiligten V-GmbH beteiligt. Geschäftsjahr der A-KG war der Zeitraum vom 1. Oktober bis 30. September.

(...)

**5** Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 13.1.2000 (Anteilsveräußerungsvertrag – AV –) erwarb die K-AG „zeitversetzt“ (Präambel P.2 des AV) sämtliche Kommanditanteile der A-KG und sämtliche Geschäftsanteile der V-GmbH. In einem ersten Schritt erwarb die K-AG Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises per 31.1.2000 75 % des Kommanditkapitals der A-KG (Abschnitt I des AV). Im Zusammenhang damit wurden Änderungen zum Gesellschaftsvertrag vereinbart (Abschnitt II des AV). Der korrespondierende Erwerb von 75 % des Stammkapitals der V-GmbH wurde in Abschnitt III des AV geregelt. Die restlichen Kommanditanteile in Höhe von 25 % des Kommanditkapitals der A-KG gingen zum 31.1.2001 über (Abschnitt IV des AV). Der damit korrespondierende Erwerb der restlichen 25 % des Stammkapitals der V-GmbH wurde in Abschnitt V des AV geregelt.

(...)

**9** Im Juli 2000 wurde in das Handelsregister der A-KG die Herabsetzung der Kommanditeinlagen auf insgesamt (...) DM eingetragen. Zugleich wurde eingetragen, dass die K-AG im Wege der Sonderrechtsnachfolge stattdessen als Kommanditistin mit einer Einlage von insgesamt (...) DM eingetreten sei.

**10** Im März 2001 wurden die Kommanditisten B-KG, D, E, F und G als ausgeschieden eingetragen. Zugleich wurde eingetragen, dass im Wege der Sonderrechtsnachfolge die Kommanditeinlage der K-AG um insgesamt (...) DM auf (...) DM erhöht worden sei.

**11** Mit unter dem Vorbehalt der Nachprüfung (§ 164 Abs. 1 AO) ergangenen Bescheid über die gesonderte und einheitliche Feststellung der Besteuerungsgrundlagen für 2000 vom 28.9.2001 stellte das damals zuständige FA in A für die A-KG erklärungsgemäß Gewinne aus der Veräußerung der Mitunternehmeranteile der B-KG, D, E, F und G in Höhe von insgesamt (...) DM fest. Die für die einzelnen Feststellungsbeteiligten festgestellten Veräußerungsgewinne entsprachen deren Beteiligungsquoten. Dabei wurde die Veräußerung der Beteiligungen in vollem Umfang bereits als im Streitjahr vollzogen angesehen. Der Bescheid wurde den Feststellungsbeteiligten im Rahmen der Einzelbekanntgabe übersandt. Hiergegen legten die B-KG, D und E Einspruch ein u. a. mit der Begründung, dass bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns für das Jahr 2000 von einer Veräußerung von nur 75 % der Anteile auszugehen sei.

(...)

**14** Mit gegenüber der Klägerin zu 1 als Rechtsnachfolgerin der B-KG sowie D und E ergangenen Einspruchsentscheidungen des Beklagten und Revisionsbeklagten (FA B) vom 27.11.2012 wurden die Veräußerungsgewinne auf insgesamt (...) DM festgestellt (...); im Übrigen wurden deren Einsprüche als unbegründet zurückgewiesen.

**15** Hiergegen erhoben die Kläger im Dezember 2012 Klage beim FG Hamburg (...).

**16** Zur Begründung führten die Kläger im Wesentlichen aus, weder das zivilrechtliche noch das wirtschaftliche Eigentum an den verbleibenden 25 %-Anteilen der Altgesellschafter seien vor dem 31.1.2001 auf die K-AG übertragen worden, denn dieses Datum werde im Übertragungsvertrag ausdrücklich als „Übergangsstichtag II“ bezeichnet. Zudem sei der dingliche Eigentumswechsel aufschiebend bedingt gewesen durch die Eintragung der Sonderrechtsnachfolge im Handelsregister. Auch seien die Altgesellschafter aufgrund ihrer gesellschaftsrechtlichen Stellung bis zum 31.1.2001 Mitunternehmer der A-KG geblieben, denn sie hätten in dieser Zeit Mitunternehmerinitiative entfaltet und auch Mitunternehmerisiko getragen.

**17** Das FA B führte unter Bezug auf seine Einspruchsentscheidungen u. a. aus, dass die Altgesellschafter aus der Beteiligung an der A-KG ab dem 1.2.2000 keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb bezo-

gen hätten, weil sie keine Mitunternehmer mehr gewesen seien. Wegen fehlender Teilhabe am Erfolg oder Misserfolg des Unternehmens hätten die Altgesellschafter kein oder nur ein sehr geringes Mitunternehmerisiko getragen. Das schwache Mitunternehmerisiko werde auch nicht durch eine starke Mitunternehmerinitiative ausgeglichen.

(...)

**19** Mit (...) Urteil vom (...) wies das FG die Klage ab. Die B-KG, D und E hätten bereits im Streitjahr kein Mitunternehmerisiko mehr getragen, denn sie hätten ihren Gewinnanteil für die Zeit vom 1.2.2000 bis zum 31.1.2001 wirksam an die K-AG abgetreten. Eine sich allein nach Maßgabe des § 167 Abs. 3 HGB ergebende Beteiligung am Verlust der A-KG reiche nicht aus. Von den Altgesellschaftern der A-KG bis zum 31.1.2001 ausgeübte Tätigkeiten seien möglicherweise bei der Bemessung des Kaufpreises mitberücksichtigt worden. Für eine pauschale Vergütung von Betriebsvermögensmehrungen ergäben sich im AV jedoch keine Hinweise. Auch die vereinbarte Verzinsung des Kaufpreises führe nicht zu einer pauschalen Beteiligung der Kläger am laufenden Gewinn und den stillen Reserven der A-KG. Mangels Mitunternehmerrisikos könne dahinstehen, ob die Altgesellschafter bis 2001 Mitunternehmerinitiative gehabt hätten.

**20** Mit ihrer Revision rügen die Kläger die Verletzung materiellen Rechts (§§ 15, 16 EStG).

**21** Sie machen im Wesentlichen geltend, die Altgesellschafter der A-KG seien bis zum 31.1.2001 wirtschaftliche Eigentümer der im Rahmen der 2. Tranche veräußerten Gesellschaftsanteile (25 %) geblieben, denn sie seien auch über den 31.1.2000 hinaus als Mitunternehmer der A-KG anzusehen. Die rechtliche Stellung der Kommanditisten in Bezug auf ihre Mitsprache-, Kontroll- und Widerspruchsrechte habe sich nach dem 31.1.2000 nicht geändert. Die Kläger hätten in der Zeit vom 31.1.2000 bis zum 31.1.2001 auch weiterhin Mitunternehmerisiko getragen, denn am Misserfolg des Unternehmens seien sie bereits aufgrund ihrer Außenhaftung nach § 167 Abs. 3 HGB beteiligt gewesen. Eine Teilhabe am Erfolg liege vor, weil die Vertragsparteien die prognostizierten wirtschaftlichen Vorteile der weiteren Tätigkeiten der Altgesellschafter für das Unternehmen bei der Kaufpreisbemessung pauschal berücksichtigt hätten. Die vereinbarte Verzinsung des für die 2. Tranche vereinbarten Kaufpreises stelle eine pauschalierte Beteiligung am laufenden Gewinn der A-KG dar. Da die Mitunternehmerinitiative besonders stark ausgeprägt gewesen sei, könne diese auch ein minder ausgeprägtes Mitunternehmerisiko kompensieren. Deshalb seien 25 % ihrer Mitunternehmerstellung erst in 2001 veräußert worden.

(...)

## AUS DEN GRÜNDEN:

**27** II. Die Revision der Kläger ist unbegründet und war daher nach § 126 Abs. 2 FGO zurückzuweisen.

(...)

**30** 2. Die Revision hat keinen Erfolg. FA B und FG sind im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass die von der B-KG, D und E erzielten Gewinne aus der Veräußerung ihrer Mitunternehmeranteile an der A-KG bereits im Rahmen der Gewinnfeststellung für das Streitjahr vollständig als Veräußerungsgewinne i. S. v. § 16 Abs. 1 Nr. 2 EStG zu erfassen sind. Denn alle drei ehemaligen Kommanditisten der A-KG haben bereits im Streitjahr nicht nur das Eigentum an ihren Mitunternehmeranteilen zu 75 %, was insoweit zwischen Beteiligten nicht in Streit steht, sondern darüber hinaus das wirtschaftliche Eigentum an den restlichen 25 % ihrer Mitunternehmeranteile an die K-AG übertragen.

**31** a) Der steuerrechtlich maßgebliche Zeitpunkt der Veräußerung des Anteils an einer Personengesellschaft kann bereits

vor der zivilrechtlichen Übertragung des Gesellschaftsanteils liegen, wenn der Erwerber aufgrund eines zivilrechtlichen Rechtsgeschäfts bereits eine rechtlich geschützte, auf den Erwerb des Rechts gerichtete Position erworben hat, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann, und Mitunternehmerisiko sowie Mitunternehmerinitiative vollständig auf ihn übergegangen sind.

**32** aa) Nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 EStG gehören zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb auch Gewinne, die bei der Veräußerung des Anteils eines Gesellschafters, der als Unternehmer (Mitunternehmer) des Betriebs anzusehen ist (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG), erzielt werden. Mitunternehmer i. S. d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG ist, wer zivilrechtlich Gesellschafter einer Personengesellschaft ist oder – in Ausnahmefällen – eine diesem wirtschaftlich vergleichbare Stellung innehat, Mitunternehmerisiko trägt und Mitunternehmerinitiative entfaltet sowie die Absicht zur Gewinnerzielung hat (BFH, Urteil vom 22.6.2017, IV R 42/13, BFHE 259, 258 Rdnr. 32, m. w. N.). Auch bei der Veräußerung eines Mitunternehmeranteils kommt es folglich darauf an, wann die rechtliche oder wirtschaftliche Inhaberschaft an dem Mitunternehmeranteil übergeht (vgl. BFH-Urteil in BFHE 226, 62 = BStBl. II 2010, S. 182 unter II. 3. a); BFH, Urteil vom 30.8.2012, IV R 44/10, Rdnr. 27). Auch wenn der Anteil an einer Personengesellschaft steuerrechtlich kein eigenständiges Wirtschaftsgut ist, so verkörpert er doch die Zusammenfassung aller Anteile an den Wirtschaftsgütern, die zum Gesellschaftsvermögen einer Personengesellschaft gehören und die dem betreffenden Gesellschafter nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO zuzurechnen sind (zum Beispiel BFH-Urteil in BFHE 259, 258 Rdnr. 33 m. w. N.). Deshalb ist auch der Übergang der Inhaberschaft an einem Mitunternehmeranteil grundsätzlich nach zivilrechtlichen Maßstäben (§ 39 Abs. 1 AO) zu beurteilen. Die Veräußerung eines Mitunternehmeranteils kann aber auch vorliegen, wenn zum maßgeblichen Zeitpunkt zwar (noch) nicht die rechtliche Inhaberschaft an dem Mitunternehmeranteil, wohl aber die wirtschaftliche Inhaberschaft (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO) auf den Erwerber übergegangen ist (zum Beispiel BFH, Urteil vom 30.8.2007, IV R 22/06, BFH/NV 2008, 109 unter II. 2. b) m. w. N.). Denn auch die steuerrechtliche Zurechnung eines Gesellschaftsanteils kann nach den Maßstäben des § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO von der zivilrechtlichen Gesellschafterstellung abweichen (BFH-Urteil in BFHE 259, 258 Rdnr. 34).

**33** bb) Das wirtschaftliche Eigentum setzt nach ständiger Rechtsprechung voraus, dass der Erwerber aufgrund eines (bürgerlich-rechtlichen) Rechtsgeschäfts bereits eine rechtlich geschützte, auf den Erwerb des Rechts gerichtete Position erworben hat, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann (zum Beispiel BFH-Urteil in BFHE 226, 62 = BStBl. II 2010, S. 182 unter II. 3. a.); BFH, Urteil vom 27.10.2015, VIII R 47/12, BFHE 252, 80 = BStBl. II 2016, S. 600 Rdnr. 38, jeweils m. w. N.). Erfüllt ein anderer als der zivilrechtliche Gesellschafter die Voraussetzungen eines Mitunternehmers, weil er anstelle des Gesellschafters vollständig dessen gesellschaftsrechtliche Position einnehmen kann, die es ihm ermöglicht, Mitunternehmerisiko zu tragen und Mitunternehmerinitiative zu entfalten, ist diesem der Anteil an der Personengesellschaft zuzurechnen. Denn er ist in der Lage, den zivilrechtlichen Gesellschafter wirtschaftlich auf Dauer aus

dessen Stellung zu verdrängen (BFH-Urteil in BFHE 259, 258, Rdnr. 34 m. w. N.). Dabei ist der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse im jeweiligen Einzelfall zu beurteilen; bei der Bestimmung des wirtschaftlichen Eigentums ist nicht das formal Erklärte oder formalrechtlich Vereinbarte, sondern das wirtschaftlich Gewollte und das tatsächlich Bewirkte ausschlaggebend (zum Beispiel BFH, Urteil vom 25.5.2011, IX R 23/10, BFHE 234, 55 = BStBl. II 2012, 3 Rdnr. 17 m. w. N.).

**34 cc)** Mitunternehmerinitiative bedeutet vor allem Teilnahme an unternehmerischen Entscheidungen, wie sie zum Beispiel Gesellschaftern oder diesen vergleichbaren Personen als Geschäftsführern, Prokuristen oder anderen leitenden Angestellten obliegen (vgl. hierzu und zum Folgenden zum Beispiel BFH, Urteil vom 13.7.2017, IV R 41/14, BFHE 258, 459 = BStBl. II 2017, S. 1133 Rdnr. 20 m. w. N.). Ausreichend ist indes schon die Möglichkeit zur Ausübung von Gesellschafterrechten, die wenigstens den Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrechten angenähert sind, die einem Kommanditisten nach dem HGB zustehen oder die den gesellschaftsrechtlichen Kontrollrechten nach § 716 Abs. 1 BGB entsprechen (BFH, Urteil vom 21.10.2015, IV R 43/12, BFHE 252, 193 = BStBl. II 2016, S. 517 Rdnr. 30). Mitunternehmerisiko trägt, wer gesellschaftsrechtlich oder diesem Status wirtschaftlich vergleichbar am Erfolg und Misserfolg eines gewerblichen Unternehmens teilnimmt. Dieses Risiko wird regelmäßig durch Beteiligung am Gewinn und Verlust sowie an den stillen Reserven des Anlagevermögens einschließlich eines Geschäftswerts vermittelt (Beschluss des Großen Senats des BFH vom 25.6.1984, GrS 4/82, BFHE 141, 405 = BStBl. II 1984, S. 751 unter C. V. 3. b) cc) und C. V. 3. c); vgl. auch BFH-Urteile vom 30.6.2005, IV R 40/03, BFH/NV 2005, 1994 unter 1.; in BFHE 252, 193 = BStBl. II 2016, S. 517 Rdnr. 30 und in BFHE 258, 459 = BStBl. II 2017, S. 1133 Rdnr. 20). Die Merkmale der Mitunternehmerschaft sind unter Berücksichtigung aller die rechtliche und wirtschaftliche Stellung einer Person insgesamt bestimmenden Umstände zu würdigen (zum Beispiel BFH-Urteil in BFHE 258, 459 = BStBl. II 2017, S. 1133 Rdnr. 20 m. w. N.).

**35 dd)** Im Zeitpunkt der Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums entsteht der Veräußerungsgewinn, und zwar unabhängig davon, ob der vereinbarte Kaufpreis sofort fällig, in Raten zahlbar oder langfristig gestundet ist und wann der Verkaufserlös dem Veräußerer tatsächlich zufließt (BFH-Urteil in BFHE 226, 62 = BStBl. II 2010, S. 182 unter II. 2. a) aa) m. w. N.). Dieser Gewinn ist bei Veräußerung eines gesamten Mitunternehmeranteils auch dann im Kalenderjahr des Ausscheidens des Mitunternehmers zu erfassen, wenn die Mitunternehmerschaft – wie im Streitfall die A-KG – ihren Gewinn für ein abweichendes Wirtschaftsjahr (bei der A-KG die Zeit vom 1. Oktober bis 30. September) ermittelt, denn § 4a Abs. 2 Nr. 2 EStG ist auf den ausscheidenden Mitunternehmer nicht anwendbar (BFH, Urteil vom 18.8.2010, X R 8/07, BFHE 230, 429 = BStBl. II 2010, S. 1043 Rdnr. 29, 31). Der Zeitpunkt der Veräußerung eines gesamten Mitunternehmeranteils ist deshalb spätestens in dem Kalenderjahr anzunehmen, in dem der Erwerber in die Lage versetzt wird, den zivilrechtlichen Gesellschafter wirtschaftlich auf Dauer aus dessen Stellung zu verdrängen.

**36 b)** Nach diesen Maßstäben ist die Würdigung des FG, dass die K-AG bereits im Laufe des Streitjahrs in der Lage gewesen sei, die B-KG, D und E (auch) hinsichtlich der streitbefangenen, ihnen gemäß den Regelungen des AV bis zum sog. Übergangsstichtag II verbleibenden 25 % ihrer ursprünglichen Kommanditanteile aus ihrer insoweit noch fortbestehenden Stellung als zivilrechtliche Gesellschafter vollständig zu verdrängen, und damit wirtschaftliche Eigentümerin (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO) der streitbefangenen Anteile geworden sei, im Ergebnis revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Zwar hat das FG den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums allein darauf gestützt, dass das Mitunternehmerisiko im Streitjahr bereits vollständig auf die K-AG übergegangen sei (dazu aa)). Insoweit hat es übersehen, dass der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums zudem voraussetzt, dass auch die Mitunternehmerinitiative im Streitjahr vollständig auf die K-AG übergegangen sein muss. Das FG hat aber alle dafür erforderlichen Tatsachen festgestellt, sodass es dem BFH ausnahmsweise möglich ist, diese Würdigung selbst zu treffen (vgl. BFH, Urteil vom 5.11.2013, VIII R 20/11, BFHE 243, 481 = BStBl. II 2014, S. 275 dazu bb)).

**37 aa)** Das Mitunternehmerisiko ist bereits im Streitjahr auf die Erwerberin übergegangen, die Altgesellschafter der A-KG, darunter die B-KG, D und E, haben nach dem Übergangsstichtag I kein Mitunternehmerisiko mehr getragen.

**38 (1)** Die Altgesellschafter haben nach Abschnitt I § 2 Abs. 2.3 des AV den mit ihren „vollständigen“ Kommanditanteilen verbundenen Gewinnanteil für die Zeit vom 1.2.2000 bis zum Übergangsstichtag II („Ablauf des 31.1.2001“) an die K-AG abgetreten, die die Abtretungen angenommen hat. Die Abtretungen sollten zwar nach der genannten vertraglichen Regelung

„dinglich wirksam [werden], sobald die an [die K-AG] veräußerten Kommanditanteile der 1. Tranche dinglich auf sie übergegangen sind (vgl. nachstehend Abs. 2.4)“.

Dabei lautet Abschnitt I § 2 Abs. 2.4 des AV:

„Die Verkäufer treten hiermit jeweils ihre im Rahmen der 1. KG-Tranche verkauften 75 %igen Kommanditanteile an [die K-AG] ab. Allerdings stehen diese Abtretungen unter vier aufschiebenden Bedingungen, nämlich: (....)“

Kurz gefasst waren diese vier Bedingungen die Überweisung des Kaufpreises für 75 % der Kommanditanteile, eine Nichtuntersagungsverfügung des Bundeskartellamts, die Aushändigung einer selbstschuldnerischen Bürgschaft der K-AG (vgl. auch Abschnitt IV Ziffer 6 des AV) an die Anwälte der Verkäufer sowie die Eintragung der K-AG als Rechtsnachfolgerin bezüglich der 75 %igen Kommanditanteile im Handelsregister der A-KG. Das FG ist jedoch im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass alle Bedingungen bereits im Streitjahr erfüllt waren und somit die Gewinnanteile für die Zeit vom 1.2.2000 bis zum Übergangsstichtag II ebenfalls bereits im Streitjahr vollständig an die K-AG abgetreten waren.

**39** Zwar hat das FG im Tatbestand seiner angefochtenen Entscheidung nur den Eintritt von zwei der genannten Bedingungen schon im Streitjahr, nämlich die Nichtuntersagung eines Zusammenschlusses der A-KG mit der K-AG durch das Bun-



deskartellamt im April 2000 sowie die Eintragung der K-AG im Handelsregister im Juli 2000, ausdrücklich festgestellt. Die Umstände des Streifalls legen es aber nahe, dass die Eintragung der K-AG zeitlich erst nach der vereinbarten Kaufpreiszahlung und der Leistung einer Bürgschaft erfolgt ist und somit alle vier aufschiebenden Bedingungen für die Wirksamkeit der Abtretungen der mit den „vollständigen“ Kommanditanteilen verbundenen Gewinnanteile bereits im Streitjahr eingetreten sind. Nach Abschnitt I § 2 Abs. 2.5 des AV lautet nämlich der Auftrag der Vertragsparteien an den amtierenden Notar, dass dieser die Handelsregisteranmeldung für die 1. KG-Tranche erst – frühestens zum Übergangsstichtag I – zum Handelsregister einreichen solle, wenn u. a. die Bezahlung des Kaufpreises nachgewiesen und die Quittung über die Leistung der Bürgschaft eingegangen sei. Demzufolge müssen auch die beiden letztgenannten Bedingungen vor der Eintragung der K-AG ins Handelsregister der A-KG erfüllt gewesen sein.

**40 (2)** Die Altgesellschafter, darunter die B-KG, D und E, hatten ihre vollständigen Gewinnansprüche schon im Streitjahr wirksam für die Zeit ab dem 1.2.2000 an die Erwerberin abgetreten und waren von diesem Zeitpunkt an nicht mehr an künftigen wirtschaftlichen Chancen und Risiken der A-KG beteiligt.

**41 (a)** Der Übergang der Gewinnbeteiligung ergibt sich daraus, dass die Abtretung ausdrücklich (Abschnitt I § 2 Abs. 2.3 des AV) auch mit Rücksicht darauf erfolgt ist, dass die Verkäufer – erfolgsunabhängig nach Abschnitt IV Ziffer 4 des AV im Zuge der „Veräußerung von 25 % des Kommanditkapitals der [A-KG] (2. KG-Tranche)“ ab dem 1.2.2000 eine Verzinsung des Kaufpreises für diese Tranche erhalten sollten. Anders als die Kläger meinen, begründet eine Teilhabe der Altgesellschafter am Erfolg der A-KG auch nicht der Vortrag der Kläger, dass die Vertragsparteien die prognostizierten wirtschaftlichen Vorteile der weiteren Tätigkeiten der Altgesellschafter für das Unternehmen bei der Kaufpreisbemessung pauschal berücksichtigt hätten, was einer pauschalierten Beteiligung am laufenden Gewinn gleichkomme. Denn der Kaufpreis für einen Mitunternehmeranteil, dessen Zahlung durch die erwerbende K-AG durch verschiedene Maßnahmen (u. a. eine selbstschuldnerische Bürgschaft der Erwerberin) abgesichert war, vermittelt ungeachtet der Motive für seine Bemessung keine aktive Teilhabe an künftigen wirtschaftlichen Chancen und Risiken der betreffenden Mitunternehmerschaft. Ein solcher Kaufpreis wäre auch bei einer von den Vertragsparteien nicht erwarteten positiven oder negativen Geschäftsentwicklung der A-KG unverändert geblieben. Und selbst wenn derartige Gesichtspunkte bei der Bemessung der ab dem 1.2.2000 vereinbarten Festverzinsung des auf die „2. Tranche“ entfallenden Kaufpreises eine Rolle gespielt hätten, würde in einer im Voraus fest vereinbarten Verzinsung nicht der tatsächliche Erfolg oder Misserfolg des gewerblichen Unternehmens der A-KG während des Zinslaufs abgebildet; vielmehr ist eine derartige Verzinsung typisch für einen Darlehensgeber (vgl. zum Beispiel BFH, Urteil vom 28.10.1999, VIII R 66-70/97, BFHE 190, 204 = BStBl. II 2000, S. 183 unter II. 1. a). In gleicher Weise vermitteln weder der vereinbarte Kaufpreis noch dessen feste Verzinsung in der Zeit ab dem 1.2.2000 eine Beteiligung an konkreten Betriebsvermögensmehrungen bzw. den ab diesem Zeitpunkt gebildeten stillen Reserven des Anlagevermögens und/oder einem neu entstandenen Geschäftswert der A-KG.

**42 (b)** Auch am Verlust nahmen die Altgesellschafter über den Übergangsstichtag I hinaus nicht mehr teil. Durch Abschnitt II Ziffer 3.5 des AV war § 12 des Gesellschaftsvertrags der A-KG mit Wirkung vom 1.2.2000 neu gefasst worden. Danach stand das anfallende Ergebnis allein der K-AG zu, sodass die übrigen Gesellschafter – so die ausdrückliche Folgerung im AV – weder an einem Gewinn noch an einem Verlust teilnahmen.

**43 bb)** Die Altgesellschafter konnten nach den vom FG festgestellten Regelungen des Vertragswerks über den Übergangsstichtag I hinaus in der A-KG auch keine Mitunternehmerinitiative mehr entwickeln. Vielmehr hat die K-AG als Erwerberin auch hinsichtlich der zivilrechtlich über den Übergangsstichtag I hinaus fortbestehenden Kommanditanteile der Altgesellschafter an deren Stelle Mitunternehmerinitiative entfaltet.

**44** Zwar standen den Veräußerern über den Übergangsstichtag I hinaus die ihren reduzierten Anteilen entsprechenden Mitwirkungsrechte in der A-KG und der Komplementär-GmbH zu. Diese konnten jedoch faktisch nur noch zugunsten der K-AG ausgeübt werden. Durch Abschnitt II Ziffer 3.2 des AV sind nämlich die §§ 6 bis 8 des Gesellschaftsvertrags der A-KG in einer Bestimmung zusammengefasst worden. Die K-AG war danach berechtigt, drei der Mitglieder des Verwaltungsrats zu bestimmen, während den übrigen Kommanditisten gemeinsam das Recht zustand, zwei Verwaltungsratsmitglieder zu bestimmen. Im Verwaltungsrat der A-KG verfügte die Erwerberin demnach fortan über eine Mehrheit der Stimmen, sodass keine Entscheidung gegen die Erwerberin möglich war. Zudem war eine dem § 7 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags der A-KG in seiner ursprünglichen Fassung entsprechende Regelung, wonach der Verwaltungsrat über die Richtlinien der Geschäftspolitik der Gesellschaft zu bestimmen hatte und die geschäftsführende V-GmbH an dessen Richtlinien und Weisungen gebunden war, im geänderten Gesellschaftsvertrag der A-KG nicht mehr enthalten. Der Verwaltungsrat hatte somit nicht mehr wie zuvor die Möglichkeit, auf die Geschäftsführung in der A-KG bestimmenden Einfluss zu nehmen.

**45** Auch aus der über den Übergangsstichtag I hinaus bestehenden Beteiligung der Verkäufer an der Komplementär-GmbH ergab sich keine Mitunternehmerinitiative in Bezug auf die A-KG, nachdem sich die Altgesellschafter verpflichtet hatten, ihr dortiges Stimmrecht in Übereinstimmung mit der K-AG auszuüben bzw. nicht gegen den Mehrheitsgesellschafter K-AG zu stimmen (Abschnitt II Ziffer 2 des AV). Insoweit spricht der vom FG festgestellte Umstand, dass u. a. D im Mai, September und Dezember 2000 an Sitzungen der Verwaltungsräte der A-KG und ihrer Komplementärin teilgenommen hat, nicht für eine fortbestehende Mitunternehmerinitiative. Mit der vorgenannten Würdigung im Einklang steht auch die Regelung in Abschnitt I § 11 Abs. 11.2 des AV, wonach D auf ausdrücklichen Wunsch der K-AG Mitglied des Verwaltungsrats der A-KG bis zum 31.1.2001 bleiben sollte,

„um auf diese Weise die Kontinuität der unternehmerischen Verantwortung zu dokumentieren“.

Diese auf die Außenwirkung der Übertragung des Betriebs der A-KG auf die K-AG abzielende Regelung sagt nichts darüber



aus, wer die Geschäfte der A-KG nach dem Übergangsstichtag I (intern) maßgeblich bestimmen konnte.

**46** Bei einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Streitfalls muss deshalb davon ausgegangen werden, dass nach dem Übergangsstichtag I – innerhalb des Streitjahrs – auch die Mitunternehmerinitiative vollständig auf die erwerbende K-AG übergegangen war.

**47** cc) Nach alledem ist die Würdigung des FG, dass die Altgesellschafter bereits im Streitjahr von der K-AG aus ihrer Stellung als Mitunternehmer der A-KG verdrängt worden sind, und der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO) an den Mitunternehmeranteilen der B-KG, des D und der E bereits vollständig im Streitjahr stattgefunden hat, obwohl in Abschnitt IV Ziffer 3 des AV für 25 % dieser Anteile als „schuldrechtlicher Übergangsstichtag“ der Ablauf des 31.1.2001 bestimmt war, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Dass die A-KG ihren Gewinn für ein abweichendes Wirtschaftsjahr ermittelt hat, ist – wie oben ausgeführt – für die Bestimmung des Zeitpunkts der Veräußerung eines Mitunternehmeranteils nicht von Bedeutung. Folglich sind die Gewinne der B-KG sowie von D und E aus der Veräußerung ihrer Kommanditanteile an der A-KG zu Recht insgesamt bereits im Rahmen der Gewinnfeststellung für das Jahr 2000 erfasst worden. Nachdem die Berechnung der streitbefangenen Veräußerungsgewinne im Übrigen zwischen den Beteiligten nicht im Streit steht, sieht der Senat von weiter gehenden Ausführungen ab.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Rechtsanwalt, Steuerberater und Notar a. D.  
**Dr. Reinhard Geck**, Hannover

Schwerpunkt der Entscheidung ist, wann der Gewinn aus der Veräußerung eines Anteils an einer Personengesellschaft (= Mitunternehmerschaft) entsteht. Im Rahmen der Veräußerung eines Gesellschaftsanteils hatte der Verkäufer im Streitjahr 2000 in notarieller Form einen Kommanditteilanteil an einer GmbH & Co. KG von 75 % an einen Dritten veräußert. Der dingliche Vollzug stand unter diversen aufschiebenden Bedingungen, wie der vertragsgerechten Kaufpreiszahlung und der Eintragung des Kommanditistenwechsels im Handelsregister.

In der gleichen Urkunde veräußerte der Verkäufer auch den Restanteil von 25 % seines bisherigen Kommanditanteils zu einem bereits summenmäßig festgelegten Kaufpreis an den gleichen Erwerber. Besitz, Nutzen und Lasten, aber auch das Eigentum sollten erst im Folgejahr 2001 übergehen, verbunden mit der Erwartung, den Gewinn erst im Folgejahr 2001 versteuern zu müssen. Der laufende Gewinn für den Restanteil stand dem Käufer bereits ab dem Stichtag des schuldrechtlichen Veräußerungsgeschäftes im Jahre 2000 zu. Als Ausgleich wurde der Kaufpreis verzinst. Auch die Mitwirkungsrechte des Verkäufers bezüglich des Restanteils waren aufgrund von Festlegungen im Gesellschaftsvertrag mit Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages weitestgehend auf den Käufer übergegangen. Der Verkäufer hielt den Gesellschaftsanteil bis zum Übergang des Eigentums treu-

händerisch für den Käufer. Der BFH hat der Rechtsauffassung des Verkäufers, wonach der Veräußerungsgewinn aus der zweiten Tranche erst im Jahre 2001 entstanden sei, eine Absage erteilt. Seine Rechtsausführungen sind auch über den Einzelfall hinaus von Bedeutung.

Der BFH betont zunächst, eine Veräußerung setze das Ausscheiden des Kaufgegenstandes aus dem Vermögen des Verkäufers voraus. Hierfür sei der zivilrechtliche Eigentümerwechsel maßgebend. Jedoch könne die steuerliche Zurechnung des Gesellschaftsanteils nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO von der zivilrechtlichen Gesellschafterstellung abweichen. Erwerbe der Käufer das wirtschaftliche Eigentum vor dem rechtlichen Eigentum, sei der Erwerb des wirtschaftlichen Eigentums ausreichend, den Gesellschaftsanteil bereits dem Käufer zuzuweisen. Spiegelbildlich führe dies zum Ausscheiden des Kaufgegenstandes aus dem Vermögen des Verkäufers und damit zu einer Verwirklichung des Veräußerungstatbestandes. Das wirtschaftliche Eigentum sei insbesondere dann übergegangen, wenn der Erwerber vor dem Erwerb des rechtlichen Eigentums auf der Grundlage eines schuldrechtlichen Veräußerungstatbestandes die bislang dem Verkäufer zustehenden Gesellschaftsrechte an dessen Stelle wahrnehmen könne. Die Kombination aus einem schuldrechtlichen Anspruch auf Eigentumsübertragung und der Wahrnehmung der Gesellschaftsrechte aus dem erworbenen Gesellschaftsanteil rechtfertige es, den Gesellschaftsanteil nicht mehr dem Verkäufer zuzurechnen. Diese Voraussetzungen sah der Senat bereits im Jahr 2000 als erfüllt an, zumal die Kaufpreishöhe nicht mehr von der wirtschaftlichen Entwicklung der Gesellschaft bis zum dinglichen Eigentumserwerb abhing und die laufenden Gewinn- und Verlustanteile schon dem Käufer zustanden. Der Verkäufer trug nur das Risiko der Insolvenz des Erwerbers. Interessant ist, dass die Eintragung des Käufers im Handelsregister der Personengesellschaft für die Zurechnung des Gesellschaftsanteils ohne Einfluss war, sondern der Senat vielmehr darauf abstellt, dass der Verkäufer bis zum dinglichen Rechtsübergang die Rechte aus dem Gesellschaftsanteil treuhänderisch für den Käufer wahrnahm.

Die Entscheidung zeigt nachdrücklich, dass das Ertragsteuerrecht in Sonderfällen die Zurechnung von Vermögensgegenständen jedenfalls im gewerblichen Bereich nach anderen Kriterien festlegt als das Zivilrecht. Die Begründung liegt darin, dass das EStG mit dem Typusbegriff der Mitunternehmerschaft Kriterien schafft, die die zivilrechtliche Zuordnung überlagern, indem diese Tatbestandsmerkmale zu einer vom Zivilrecht abweichenden Zuordnung führen können. Für die Praxis bedeutet dies, dass schuldrechtliche Veräußerungsgeschäfte, deren steuerliche Wirkungen zeitverzögert eintreten sollen, so ausgerichtet sein sollten, dass die wirtschaftlichen Wirkungen im Zeitraum bis zum zivilrechtlichen Vollzug noch den Verkäufer betreffen. Dies gilt nicht nur für die anteiligen Gewinne und Verluste, sondern auch für Investitionsentscheidungen, die jedenfalls nicht durch den Käufer getroffen werden sollten. Betroffen sind keinesfalls nur die Veräußerung von Mitunternehmeranteilen, sondern auch Anteile an Kapitalgesellschaften im Regelungsbereich der §§ 17, 20 EStG sowie auch der Verkauf steuerverstrickten Vermögens im Sinne des § 23 EStG.

Bedeutung hat die Entscheidung aber auch für die Erbschaftsteuer. Die Zuordnung von Wirtschaftsgütern zum begünstigten Betriebsvermögen einer Mitunternehmerschaft erfolgt nach ertragsteuerlichen Kriterien. Gleiches gilt auch für die Tatbestände, die zu einer Nachsteuer gemäß § 13a Abs. 6 Nr. 1 ErbStG führen. Im Rahmen der fünf- bzw. siebenjährigen Nachsteuerfristen kommt es darauf an, wann die begünstigt erworbene Wirtschaftseinheit nicht mehr dem Vermögen des Erwerbers zuzurechnen ist. Gestaltungen, die eine Bindung des unentgeltlichen Rechtsnachfolgers bei geplanter Veräußerung innerhalb des Nachsteuerzeitraums zum Ziel haben, den Nachsteueratbestand durch die erst nach Ablauf des Stichtags hinausgeschobene dingliche Wirkung jedoch vermeiden wollen, sollten im Hinblick auf die vorgenannte Entscheidung sehr zurückhaltend verwendet werden. Denn es ist anzunehmen, dass auch der für Erbschaftsteuer zuständige II. Senat des BFH die Rechtsprechung des IV. Senates nicht nur zur Kenntnis nehmen, sondern sich ihr auch anschließen wird. Geht das wirtschaftliche Eigentum zu früh auf den Zweiterwerber über, ist die Nachsteuer vorbehaltlich einer zeitnahen Reinvestition unvermeidbar.

Aber es besteht Hoffnung auf anderer Ebene: Das FG Köln hat die Beratungspraxis mit einem viel beachteten Urteil<sup>1</sup> verunsichert. Gegenstand einer unentgeltlichen lebzeitigen Nachfolge in einen Mitunternehmeranteil waren der Gesellschaftsanteil und das Sonderbetriebsvermögen (Grundstück). Besitz, Nutzen und Lasten sollten am Tage der Beurkundung übergehen. In der Beurkundung waren sich die Vertragsparteien über den Eigentumsübergang einig und bewilligten und beantragten für das Betriebsgrundstück die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch. Zwecks Vermeidung der Haftung nach § 176 Abs. 2 HGB sollte der Gesellschaftsanteil dinglich erst mit Eintragung der Sonderrechtsnachfolge im Handelsregister auf den Beschenkten übergehen, der Gesellschaftsanteil bis dahin treuhänderisch vom Schenker für den Beschenkten gehalten werden. Das FG versagte die Betriebsvermögensverschönerung für das Betriebsgrundstück mit der Begründung, im Zeitpunkt des Vollzugs dieses Teils des Schenkungsversprechens sei kein Mitunternehmeranteil auf den Beschenkten übergegangen. Denn diesen habe der Beschenkte erst mit Eintragung im Handelsregister erhalten. Dass der Schenker den Gesellschaftsanteil bis zur Eintragung treuhänderisch für den Beschenkten gehalten habe, sei ohne Auswirkung. Dies sieht der IV. Senat anders. Seine Ausführungen sind so zu verstehen, dass durch die Festlegung im Schenkungsvertrag das wirtschaftliche Eigentum unabhängig von dem späteren Rechtsträgerwechsel bereits einheitlich, d. h. im Falle des FG Köln am Tage der Beurkundung, auf den Beschenkten übergegangen ist. Sollte sich der II. Senat den Rechtsausführungen des IV. Senates anschließen, ist zu erwarten, dass das Urteil des FG Köln im Revisionsverfahren II R 38/17 aufgehoben wird.

## 28. Rückwirkendes Erlöschen der Schenkungsteuer wegen Anrechnung von Zuwendungen auf einen Zugewinnausgleich

FG Köln, Urteil vom 18.1.2018, 7 K 513/16

BGB § 1371 Abs. 2, § 1380

ErbStG §§ 3, 5 Abs. 1, § 29

### LEITSATZ:

**Gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 ErbStG erlischt die Schenkungsteuer mit Wirkung für die Vergangenheit, wenn unentgeltliche Zuwendungen bei der Berechnung des nach § 5 Abs. 1 ErbStG steuerfreien fiktiven Zugewinnausgleichs berücksichtigt werden. Bei der Ermittlung der fiktiven Zugewinnausgleichsforderung kann eine Schenkung als Voraufschlag nach § 1380 BGB anzurechnen sein.**

### SACHVERHALT:

**1** Die Beteiligten streiten über das rückwirkende Erlöschen der Schenkungsteuer auf den 8.6.2001 nach § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG wegen der Anrechnung von Zuwendungen auf einen Zugewinnausgleichsanspruch der Klägerin.

**2** Die Klägerin lebte mit ihrem am (...) 1.2010 verstorbenen Ehemann, A1, in dem Güterstand der Zugewinnngemeinschaft.

**3** Das Vermögen der Klägerin hatte im Zeitpunkt der Eheschließung einen Wert von 186.911 €, im Zeitpunkt des Todes ihres Ehemannes einen Wert von 13.360.217 €.

**4** Ihr verstorbener Ehemann verfügte im Zeitpunkt der Eheschließung über ein Vermögen im Wert von 9.345.550 € und im Zeitpunkt seines Todes über ein Vermögen im Wert von 18.169.550 €. Diese Werte sind zwischen den Beteiligten unstrittig.

**5** Zu seinen Lebzeiten hatte A1 der Klägerin Vermögenswerte in Höhe von insgesamt 12.432.334 € ohne Gegenleistung zugewendet

**6** Für die hier streitgegenständliche Schenkung vom 8.6.2001 setzte der Beklagte (...) die Schenkungsteuer auf (...) € fest.

(...)

**10** Mit (...) Einspruch (...) macht die Klägerin (...) geltend, dass der auf Basis des § 5 Abs. 1 ErbStG fiktiv zu ermittelnde Zugewinnausgleichsanspruch steuerfrei zu stellen sei. Dies erfolge bei einer Anrechnung von Vorschenkungen auf den Zugewinnausgleichsanspruch über die Regelung des § 29 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 ErbStG, nach der für die angerechneten Beträge die Schenkungsteuer mit Wirkung für die Vergangenheit erlösche.

**11** Durch Entscheidung vom 4.2.2016 wies der Beklagte den Einspruch zurück.

**12** Er vertrat die Auffassung, dass ein Fall des § 29 ErbStG nicht vorliege. Diese Norm setze voraus, dass für Zwecke des § 5 ErbStG unentgeltliche Zuwendungen gemäß § 1380 BGB auf die Zugewinnausgleichsforderung des überlebenden Ehegatten – tatsächlich und nicht nur fiktiv – angerechnet worden seien. Da vorliegend der Zugewinn der Klägerin höher sei als der ihres verstorbenen Ehemannes, habe die Klägerin von vornherein keinen Zugewinnausgleichsanspruch. Wenn ein solcher Zugewinnausgleichsanspruch bereits dem Grunde nach nicht bestehe, könnten auch keine Schenkungen auf diesen angerechnet werden. Eine Anrechnung nach § 1380 BGB komme überhaupt erst in Betracht, wenn eine Ausgleichsforderung des überlebenden Ehegatten bestehe, wobei es keine Rolle spiele, wie nach § 1380 Abs. 2 BGB die Ausgleichsforderung weiter berechnet werde; die dort vorgenommene Präzisierung der Rechenschritte sei erst von Bedeutung, wenn dem überlebenden Ehegatten überhaupt eine Ausgleichsforderung zustehe.

<sup>1</sup> FG Köln, Urteil vom 29.6.2017, 7 K 1654/16, ZEV 2017, 535 m. Anm. Wälzholz.

**13** Mit ihrer Klage (...) verfolgt die Klägerin ihr Begehren auf Steuerfreistellung der Schenkung vom 8.6.2001 nach § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG weiter.

**14** Bei wortlautgetreuer Anwendung der § 29 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 i. V. m. § 5 Abs. 1 ErbStG seien die lebzeitigen Schenkungen des Erblassers i. H. v. 10.257.681 € steuerfrei.

(...)

### AUS DEN GRÜNDEN:

**35** Die zulässige Klage ist in vollem Umfang begründet.

**36** Die angegriffene Schenkungsteuerfestsetzung ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten (§ 100 Abs. 1 Satz 1 FGO).

**37** Sie ist daher samt der dazu ergangenen Einspruchsentscheidung aufzuheben, sodass die vorangegangene Festsetzung (...), mit dem die Festsetzung der Steuer auf 0 € erfolgte, wieder Wirksamkeit erlangt.

**38** I. Der Beklagte hat zu Unrecht die Anwendbarkeit der § 29 Abs. 1 Nr. 3, § 5 Abs. 1 ErbStG auf die hier streitgegenständliche Schenkung vom 8.6.2001 abgelehnt.

**39** Die unentgeltliche Zuwendung des A1 an die Klägerin vom 8.6.2001 (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) war zunächst zutreffend der Schenkungsteuer unterworfen worden. Die Steuer ist jedoch gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 i. V. m. § 5 Abs. 1 ErbStG mit Wirkung für die Vergangenheit erloschen.

**40** 1. Nach § 29 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 ErbStG erlischt die Schenkungsteuer auf unentgeltliche Zuwendungen im Sinne von § 7 ErbStG mit Wirkung für die Vergangenheit, soweit in den Fällen des § 5 Abs. 2 ErbStG unentgeltliche Zuwendungen nach § 1380 Abs. 1 BGB auf die Ausgleichsforderung angerechnet worden sind. § 5 Abs. 2 ErbStG regelt für die Fälle, in denen der Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft in anderer Weise als durch den Tod eines Ehegatten beendet oder der Zugewinn nach § 1371 Abs. 2 BGB ausgeglichen wird, also für Fälle des tatsächlichen, güterrechtlichen Zugewinnausgleichs, dass die Zugewinnausgleichsforderung im Sinne des § 1378 BGB nicht zum Erwerb im Sinne der § 3 und § 7 ErbStG gehört.

**41** Diese Vorschriften sind vorliegend nicht einschlägig, da der Güterstand durch den Tod des A1 beendet wurde und die Klägerin als Erbin keinen Ausgleich des tatsächlichen Zugewinnes nach § 1371 Abs. 2 BGB verlangen konnte.

**42** Allerdings gilt gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 ErbStG Entsprechendes, erlischt die Schenkungsteuer also ebenfalls mit Wirkung für die Vergangenheit, wenn unentgeltliche Zuwendungen bei der Berechnung des nach § 5 Abs. 1 ErbStG steuerfreien Betrags berücksichtigt werden. § 5 Abs. 1 Satz 1 ErbStG behandelt die Fälle des fiktiven Zugewinnausgleichs. Danach gilt, wenn der Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten beendet und der Zugewinn nicht – güterrechtlich – nach § 1371 Abs. 2 BGB ausgeglichen wird, bei dem überlebenden Ehegatten der Betrag, den er nach Maßgabe des § 1371 Abs. 2 BGB als Ausgleichsforderung geltend machen könnte, nicht als Erwerb im Sinne des § 3 ErbStG.

**43** Bei der Ermittlung der fiktiven Zugewinnausgleichsforderung der Klägerin nach § 5 Abs. 1 ErbStG war die hier streit-

gegenständliche Schenkung vom 8.6.2001 als Vorausempfang nach § 1380 BGB anzurechnen. Sie minderte den Betrag, der der Klägerin güterrechtlich nach § 1371 Abs. 2 BGB als Ausgleichsanspruch zugestanden hätte und der gemäß § 5 Abs. 1 ErbStG im Rahmen der Erbschaftsteuer nach A1 steuerfrei zu stellen war.

**44** Diese Anrechnung führt zu einem Erlöschen der Schenkungsteuer auf den 8.6.2001 gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG.

**45** § 1371 Abs. 2 BGB normiert den güterrechtlichen Zugewinnausgleichsanspruch des überlebenden Ehegatten, der sich nach den Vorschriften der §§ 1373 bis 1383, 1390 BGB errechnet.

**46** Im Falle der Klägerin ermittelt sich dieser wie folgt:

	Erblasser	Klägerin
Endvermögen	18.169.550 €	13.360.217 €
abzüglich Anfangsvermögen	./. 9.345.550 €	./. 186.911 €
= Zugewinn	= 8.824.000 €	= 13.173.306 €
Zurechnung der Zuwendungen unter Lebenden gemäß § 1380 Abs. 2 BGB	+ 12.432.334 €	./. 12.432.334 €
= bereinigter Zugewinn	= 21.256.334 €	= 740.972 €
	./. 740.972 €	
= Zugewinnüberschuss des Erblassers	= 20.515.362 €	
x ½		
= Zugewinnausgleichsforderung der Klägerin	= 10.257.681 €	
Anrechnung nach § 1380 Abs. 1 BGB: 12.432.334 €, maximal 10.257.681 €	./. 10.257.681 €	
= verbleibende Ausgleichsforderung der Klägerin	0 €	

**47** Hiernach verbleibt zwar letztlich kein Anspruch der Klägerin nach § 1371 Abs. 2 BGB, der als fiktiver Zugewinnausgleichsanspruch nach § 5 Abs. 1 ErbStG freizustellen war. Dies ist jedoch unerheblich; entscheidend ist vielmehr, dass der Anspruch allein aufgrund der Vorabzuwendungen weggefallen ist.

**48** Die im Streitfall unter Berücksichtigung der § 1374 Abs. 1, 3, § 1375 Abs. 1, §§ 1376, 1377 BGB zu ermittelnden Anfangs- und Endvermögen der Ehegatten sind zwischen den Beteiligten unstrittig.

**49** Dabei sind die unentgeltlichen Zuwendungen zu Lebzeiten des Erblassers bei den Vermögensbeständen zunächst nicht zu korrigieren, weder nach § 1374 Abs. 2 BGB durch Hinzurechnung als privilegiertes Vermögen bei dem Anfangsvermö-



gen der Klägerin noch nach § 1375 Abs. 2 BGB durch Hinzurechnung als illoyale Vermögensverminderung bei dem Endvermögen des Zuwendenden, also des A1 (vgl. Troll/Jülicher/Gottschalk, ErbStG, ErbStG, § 5 Rdnr. 142, beck-online m. w. N.).

**50** Mit der zivilgerichtlichen Rechtsprechung lehnt der erkennende Senat eine Anwendung des § 1374 Abs. 2 BGB auf Schenkungen sowie ehebedingte Zuwendungen zwischen Ehegatten und damit eine Zurechnung der Zuwendungen zu dem Anfangsvermögen des Zuwendungsempfängers ab (vgl. Urteile des BGH vom 10.7.1991, XII ZR 114/89, BGHZ 115, 132; vom 20.5.1987, IVb ZR 62/86, NJW 1987, 2814; vom 26.11.1981, X ZR 91/80, NJW 1982, 1093; Urteil des OLG Frankfurt a. M. vom 16.11.2005 6 UF 71/05, NJW 2006, 520). Stattdessen findet eine Regulierung von bereits während der Ehe getätigten Vorabzuwendungen über § 1380 BGB statt, nach dem diese dem Zugewinn des zuwendenden Ehegatten hinzuzurechnen und damit nicht mehr in dem Zugewinn des Zuwendungsempfängers zu berücksichtigen sind.

**51** Zudem scheidet eine Anwendung des § 1375 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB auf Schenkungen an Ehegatten aus, da laut Normzweck lediglich Beträge, die in illoyaler Manier während des Güterstands verausgabt wurden, das Endvermögen mehreren sollen und nicht etwa solche, mit denen der andere Ehegatte einverstanden gewesen ist (§ 1375 Abs. 3 2. Fall BGB; vgl. auch BGH, Urteil vom 20.5.1987, IVb ZR 62/86, NJW 1987, 2814).

**52** Es ergibt sich danach zunächst für die Klägerin mit 13.173.306 € ein höherer Zugewinn als für den Erblasser mit 8.824.000 €.

**53** Da im Streitfall zu Lebzeiten Zuwendungen des Ehemannes an die Klägerin erfolgt sind, ist hierfür die Anrechnungsregelung des § 1380 BGB zu beachten. Diese bestimmt in Abs. 1, dass auf die Ausgleichsforderung eines Ehegatten angerechnet wird, was ihm von dem anderen Ehegatten durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit der Bestimmung zugewendet wurde, dass es angerechnet werden soll. Die Anrechnungsbestimmung wird dabei regelmäßig – so auch im Streitfall – vermutet, was zwischen den Beteiligten unstrittig ist.

**54** Wie im Falle solcher Vorabzuwendungen die Ausgleichsforderung zu berechnen ist, regelt § 1380 Abs. 2 BGB: Danach sind bei der Berechnung der Ausgleichsforderung im Sinne von Abs. 1 die bis dahin nach den §§ 1373 ff. BGB ermittelte Zugewinne dergestalt zu korrigieren, dass Vorausempfänge dem Zugewinn des Zuwendenden hinzugerechnet und – im Umkehrschluss – aus dem Zugewinn des Zuwendungsempfängers herausgerechnet werden (vgl. BGH, Urteil vom 26.11.1981, IX ZR 91/80, NJW 1982, 1093).

**55** Im Streitfall führt diese „Bereinigung“ der Zugewinnausgleichsrechnung zu der oben dargestellten Berechnung. Die Zuwendungen des A1 – darunter auch die streitgegenständliche Schenkung vom 8.6.2001, sind, als wären sie noch nicht geleistet worden, in dessen Zugewinn statt in dem Zugewinn der Klägerin zu berücksichtigen. Dies führt zu einem um 20.515.362 € höheren Zugewinn des Erblassers und zu einer güterrechtlichen Ausgleichsforderung der Klägerin i. H. d. Hälfte davon, also 10.257.681 €.

**56** Auf diese nach der Definition des § 1380 Abs. 2 BGB ermittelte Zugewinnausgleichsforderung der Klägerin sind so dann die bereits von der Klägerin erhaltenen Vorausempfänge i. H. v. 12.432.334 € anzurechnen, soweit ihre Forderung reicht, also höchstens bis zur Minderung ihrer Forderung auf 0 €. Eine Forderung des zuwendenden Ehegatten kann sich aus der Vorschrift, für den Fall überhöhter, also die Ausgleichsforderung des empfangenden Ehegatten übersteigender Zuwendungen, nicht ergeben.

**57** Mit diesem Verständnis des § 1380 BGB, das letztlich zu der Anrechnung der hier bereits zu Lebzeiten von der Klägerin getätigten Vorausempfänge auf die freizustellende, fiktive Ausgleichsforderung nach § 5 Abs. 1 ErbStG führt, folgt der erkennende Senat nicht der Rechtsauffassung des Beklagten.

**58** Wenn dieser bereits vor Eintritt in die Prüfung des § 1380 BGB das Bestehen einer Zugewinnausgleichsforderung der Klägerin verneint und demzufolge auch zu einer Unanwendbarkeit der Anrechnungsregelung des § 1380 BGB gelangt, so widerspricht dies nach Ansicht des Senates der Systematik und dem Zweck der Vorschrift.

**59** Zwar kommt eine Anrechnung nach § 1380 Abs. 1 BGB nur in Betracht, wenn eine – dort tatbestandlich geforderte – „Ausgleichsforderung eines Ehegatten“, dem von dem anderen Ehegatten im Voraus etwas zugewendet wurde, besteht. Diese Ausgleichsforderung im Sinne von Abs. 1 der Vorschrift wird jedoch in Abs. 2 erst definiert, was gesetzessystematisch auch nicht ungewöhnlich ist. Das Gericht versteht die Norm in dem Sinne, dass sie – gemäß ihrer Überschrift – allgemein das Vorgehen bei der „Anrechnung von Vorausempfängen“ regelt und in jeglichen Fällen zu beachten ist, in denen ein oder mehrere Vorausempfänge vorliegen, nicht nur in solchen Konstellationen, in denen bereits nach den Vorschriften der §§ 1373 ff. BGB ein Anspruch des beschenkten Ehepartners besteht. Es erschließt sich dem Senat nicht, warum nur in diesen Fällen Raum für die Definition und Berechnung der Ausgleichsforderung gemäß § 1380 Abs. 2 BGB bestehen soll bzw. welcher Raum dann noch verbleibt.

**60** Der in § 1380 Abs. 1 Satz 1 BGB mit „Ausgleichsforderung“ bezeichnete Begriff müsste zudem, nach dem Verständnis des Beklagten, unterschiedliche Bedeutungen bzw. Inhalte haben: Um die Anwendbarkeit des § 1380 Abs. 1 BGB zu prüfen, müsste die „Ausgleichsforderung“ als die nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 1373-1378 BGB berechnete Ausgleichsforderung verstanden werden, würden also die Vorausempfänge in dem Zugewinn des Empfängers berücksichtigt bleiben. Für die letztendliche Anwendung und Durchführung der Anrechnung nach § 1380 Abs. 1 BGB würde hingegen der Rechenschritt nach § 1380 Abs. 2 BGB vollzogen, um die Ausgleichsforderung im Sinne des Abs. 1, auf die etwas angerechnet wird, zu ermitteln, würden die Vorausempfänge also nunmehr dem Zugewinn des Zuwendenden statt dem des Empfängers zugerechnet. Ein solches unterschiedliches Verständnis desselben, mit „Ausgleichsforderung“ bezeichneten Tatbestandsmerkmals in § 1380 Abs. 1 Satz 1 BGB hält der Senat für abwegig und unzulässig.

**61** Der Anwendungsbereich des § 1380 Abs. 2 BGB wird also nicht erst nach Prüfung des Abs. 1 der Norm eröffnet, sondern



ist der Berechnung nach Abs. 1 vorgelagert. Erst im Anschluss an die Bestimmung der „Ausgleichsforderung“ nach den Regeln des Abs. 2 erfolgt die Anrechnung nach Abs. 1, die zu dem Ergebnis führen kann, dass eine Forderung nicht mehr besteht, da die Vorausempfänge die Forderung übersteigen. In diesem Falle sog. „überhöhter Vorwegzuwendungen“ führt § 1380 BGB zwar nicht zu einem Zugewinnausgleichsanspruch des zuwendenden Ehegatten, da eine „Anrechnung“ von Vorausempfängen denkllogisch nur bis zur vollständigen Kompensation des Ausgleichsanspruches, also „bis auf 0 €“ möglich ist; ein Ausgleich der überschüssigen Vorwegzuwendungen zugunsten des Zuwendenden erfolgt dann nach den allgemeinen Regeln u. a. § 1378 BGB (so jedenfalls die h. M. in Rechtsprechung und Literatur, vgl. PK-BGB/Roth, 8. Aufl. 2017, § 1380 BGB Rdnr. 3 m. w. N.). Gleichwohl hat auch bei diesem Ergebnis, also wenn nach der Anwendung des § 1380 BGB keine Ausgleichsforderung verbleibt, im Umfang der ursprünglichen Forderung eine Anrechnung der Vorausempfänge im Sinne von § 1380 BGB und damit auch im Sinne des § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG stattgefunden.

**62** Dieses Ergebnis entspricht – anders als die Lösung des Beklagten – auch der gesetzlichen Zielsetzung, jegliche Erwerbe (unter Lebenden oder von Todes wegen), die letztlich ihrem Inhalt und ihrer Höhe nach den Zugewinn zwischen Ehegatten ausgleichen, als nicht steuerbar zu behandeln. Anderenfalls, würde man der Berechnungssystematik des Beklagten folgen, gelangte man – wie die Klägerin zutreffend ausführt – zu zufälligen Ergebnissen bei der Anwendung des § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG. Die Freistellung von Vorausleistungen auf einen Zugewinnausgleich zu Lebzeiten von Ehegatten hinge von den Wertverhältnissen der Ehegattenvermögen ab und würde ohne Grund solche Ehegatten benachteiligen, die während ihrer Ehe – unbewusst – überhöhte Vorauszahlungen auf einen möglichen späteren Ausgleichsanspruch erhalten haben.

**63** Der erkennende Senat ist der Überzeugung, dass der Gesetzgeber eine solche Unterscheidung bei der Schaffung von § 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG nicht im Blick hatte bzw. nicht treffen wollte.

**64** Das Gericht sieht sich mit seinem Verständnis der Regelung des § 1380 BGB schließlich im Einklang mit der zivilgerichtlichen Rechtsprechung, die Fälle der Rückforderung überhöhter Vorwegzuwendungen betrifft: Das OLG Frankfurt a. M. hat in der klägerseits angeführten Entscheidung vom 16.11.2005 (6 UF 71/05, NJW 2006, 52, unter II.) die aus seiner Sicht durch § 1380 BGB vorgegebene Reihenfolge bei der Berücksichtigung jeglicher Vorausempfänge dargestellt, indem es ausführt, es sei

„[...] stets zu prüfen, ob der Zuwendungsempfänger mit der Zuwendung bereits mehr erhalten hat, als ihm ohne die Zuwendung als Zugewinnausgleichsanspruch zugestanden hätte. Dies ist dann der Fall, wenn die Ausgleichsberechnung unter Anwendung des § 1380 BGB ergibt, dass der Zuwendungsempfänger keine Ausgleichsforderung hat, auf die die Zuwendung angerechnet werden könnte oder dass die anzurechnende Zuwendung die Ausgleichsforderung übersteigt.“

**65** Wenn dies der Fall sei, sei erst anschließend eine Ausgleichsberechnung in umgekehrter Richtung mit dem ohne Anwendung des § 1380 BGB errechneten Zugewinn beider Ehegatten vorzunehmen, wodurch der Zuwendende – allerdings auf der Grundlage des § 1378 BGB und nicht des § 1380 BGB – in der Regel einen Teil seiner Zuwendung zurück erhalte; in diesen Fällen sei eine doppelte Ausgleichsberechnung erforderlich.

**66** Ebenfalls in diesem Sinne versteht der Senat die BGH-Rechtsprechung, die der Beklagte für sich reklamiert (Urteile vom 22.4.1982, IX ZR 35/81, FamRZ 1982, 778, unter 3. a) und vom 26.11.1981, IX ZR 91/80, NJW 1982, 1093):

**67** In der ersten Entscheidung führt der BGH sinngemäß aus, dass im Falle überhöhter Vorwegzuwendungen ein Ausgleichsanspruch des Zuwendungsgebers zwar nicht aus § 1380 BGB, sondern nur aus § 1378 BGB folgen könne, § 1380 BGB diesen Anspruch des Zuwendungsgebers jedoch nicht ausschließe. Denn dieser greife nur ein,

„soweit eine Ausgleichsforderung des Zuwendungsempfängers besteht, auf die ein Vorempfang angerechnet werden kann“.

Soweit der Zuwendungsempfänger mehr erhalten hat, als seine nach § 1380 Abs. 2 BGB berechnete Ausgleichsforderung reicht, trifft also § 1380 BGB keine Regelung.

**68** In diesem Lichte dürfte auch die BGH-Entscheidung vom 26.11.1981 zu verstehen sein. Hier führt der BGH zwar wörtlich aus, § 1380 BGB greife überhaupt nur ein,

„wenn eine Ausgleichsforderung des Zuwendungsempfängers besteht, auf die ein Vorempfang angerechnet werden kann. Hat der Zuwendungsempfänger aber schon mehr im Voraus erhalten, als ihm als Ausgleichsforderung zustände, so kann er nichts mehr verlangen. § 1380 BGB greift also nicht ein.“

Er erläutert jedoch im Weiteren, dass im Falle überhöhter Vorauempfänge der begünstigte Ehegatte seinen zuwendungsbedingt höheren Zugewinn über § 1378 BGB hälftig an den Zuwendenden zurückerstatten muss, um § 1380 BGB als Anspruchsgrundlage für eine Forderung des Zuwendenden auszuschließen.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht  
Dr. **Jens Stenert**, Köln

### 1. Einführung

Wendet im Laufe der Zugewinnngemeinschaft ein Ehegatte dem anderen Ehegatten mehr zu, als er bei der Beendigung der Zugewinnngemeinschaft als Zugewinnausgleich zahlen müsste, spricht die Rechtsprechung von sog. überschüssigen Zuwendungen.<sup>1</sup> § 1380 BGB, der die Anrechnung von Zuwendungen auf den Zugewinnausgleichsanspruch regelt, ist in diesem Fall nach der Rechtsprechung des BGH nicht

<sup>1</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 10.7.1991, XII ZR 114/89, BGHZ 115, 132.

anzuwenden. Der BGH verschafft dem zuwendenden Ehegatten so die Möglichkeit, einen Teil der Zuwendung nach § 1378 Abs. 1 BGB wertmäßig wieder zurückzuerlangen.<sup>2</sup>

Die Finanzverwaltung vertrat in dem Verfahren des FG Köln die Ansicht, diese zivilrechtliche Rechtsprechung wirke sich im Rahmen des § 29 ErbStG zum Nachteil der Steuerpflichtigen aus. Nach dieser Norm erlischt bei Zuwendungen zwischen Ehegatten die entstandene Schenkungsteuer mit Wirkung für die Vergangenheit, soweit die unentgeltliche Zuwendung auf eine Zugewinnausgleichsforderung gemäß § 1380 Abs. 1 BGB angerechnet worden ist (§ 29 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 ErbStG). Entsprechendes gilt, wenn der Gewinn erbrechtlich ausgeglichen wird (§ 1371 Abs. 1 BGB) und die unentgeltlichen Zuwendungen bei der Berechnung des fiktiven Zugewinnausgleichsanspruchs nach § 5 Abs. 1 ErbStG berücksichtigt werden (§ 29 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 ErbStG). Das FA argumentierte, die überschüssige Zuwendung bleibe in vollem Umfang steuerpflichtig. Da § 1380 BGB nach der Rechtsprechung des BGH nicht anwendbar sei, komme ein rückwirkendes Erlöschen der Steuer nicht in Betracht.

## 2. Problematik des Streitfalls

Die Rechtsauffassung der Finanzverwaltung hätte gravierende Folgen für die Steuerpflichtigen, wie das nachstehende Beispiel zeigt:

Beispiel: Die Ehegatten hatten im Zeitpunkt der Eheschließung kein (nennenswertes) Vermögen. Als die Ehe geschieden wird, hat die Ehefrau ein Vermögen von 3 Mio. €, während der Ehemann vermögenslos ist. Der Ehemann kann in diesem Fall einen Zugewinnausgleich i. H. v. 1,5 Mio. € von seiner Ehefrau verlangen (§ 1378 Abs. 1 BGB). Dieser Zugewinnausgleich ist steuerfrei (§ 5 Abs. 2 ErbStG).

Abwandlung 1: Hat die Ehefrau ihrem Mann hingegen bereits während der Ehe 1 Mio. € geschenkt, ist diese Schenkung zunächst steuerpflichtig. Beenden die Ehegatten die Zugewinnsgemeinschaft, wird die Schenkung jedoch – sofern die Ehegatten nichts anderes vereinbaren – auf die Zugewinnausgleichsforderung angerechnet (§ 1380 Abs. 1 BGB). Der Ehemann erhält dann im vorgenannten Beispiel nur noch einen (steuerfreien) Zugewinnausgleich i. H. v. 0,5 Mio. €. Damit er steuerlich durch die Schenkung nicht schlechter gestellt wird, entfällt mit der Beendigung der Zugewinnsgemeinschaft die (zunächst entstandene) Schenkungsteuer rückwirkend (§ 29 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG). Der Ehemann erhält (ebenso wie ohne die Schenkung) insgesamt 1,5 Mio. € steuerfrei.

Abwandlung 2: Hätte die Ehefrau ihrem Mann hingegen zum Beispiel 1.500.001 € geschenkt, soll diese Schenkung nach Ansicht der Finanzverwaltung voll steuerpflichtig bleiben. Die Steuerfreiheit des Zugewinnausgleichs ginge ins Leere, nur weil die Schenkung den Zugewinnausgleichsanspruch, der ohne die Schenkung bestanden hätte, (geringfügig) überstieg. Hätte die Ehefrau stattdessen „nur“

1.499.999 € geschenkt, wäre die Steuer rückwirkend entfallen.

## 3. Entscheidung des FG Köln

Dem ist das FG Köln im besprochenen Urteil nicht gefolgt. Insoweit als der beschenkte Ehegatte ohne die Schenkung eine Zugewinnausgleichsforderung hätte geltend machen können (im vorgenannten Beispiel: 1,5 Mio. €), entfällt danach trotz der sog. überschüssigen Zuwendung die Schenkungsteuer rückwirkend. Nach Ansicht des FG Köln reicht es aus, dass der Zugewinnausgleichsanspruch aufgrund von Vorabzuwendungen entfallen ist. Auch in einem solchen Fall sei § 1380 BGB anwendbar. Die Rechenschritte nach § 1380 Abs. 2 BGB (d. h. die Erhöhung des Zugewinns des Zuwendenden um die Zuwendung und die entsprechende Verminderung des Zugewinns des Empfängers) seien der Anrechnung nach § 1380 Abs. 1 BGB vorgelagert. Das FG folgt damit der vom OLG Frankfurt a. M.<sup>3</sup> dargestellten zweistufigen Berechnung. Danach berechnet sich auch bei überschüssigen Zuwendungen der Zugewinnausgleichsanspruch des Zuwendungsempfängers unter Beachtung des § 1380 BGB. Lediglich bei der daran anschließenden Berechnung des Zugewinnausgleichsanspruchs des Zuwendenden ist die Norm nicht anwendbar.

## 4. Ausblick

Das Urteil überzeugt. Es entspricht der gesetzlichen Zielsetzung, jegliche Erwerbe, die letztlich den Zugewinn zwischen Ehegatten ausgleichen, als nicht steuerbar zu behandeln.<sup>4</sup> Die im Urteil dargestellten Grundsätze müssen daher unabhängig davon gelten, ob der Zugewinnausgleich – wie im Fall des FG Köln – erbrechtlich oder aber güterrechtlich anlässlich des Todes eines Ehegatten, einer Scheidung, der Aufhebung der Ehe oder eines ehevertraglichen Güterstandswechsels (zum Beispiel im Rahmen einer sog. Güterstandsschaukel<sup>5</sup>) erfolgt.<sup>6</sup> Gleichwohl ist bei überschüssigen Zuwendungen weiterhin Vorsicht geboten. Zwar hat die nordrhein-westfälische Finanzverwaltung die vom FG zugelassene Revision nicht eingelegt. Dies spricht dafür, dass sie sich von den Argumenten des FG ebenfalls hat überzeugen lassen. In anderen Bundesländern sind jedoch vergleichbare Fälle anhängig. Bis zu einer abschließenden Entscheidung dieser Frage durch den BFH verbleiben daher (m. E. überschaubare) Restrisiken.

In der Gestaltungspraxis lässt sich die Problematik ggf. vermeiden, indem der „zu viel“ beschenkte Ehegatte so viel zurückschenkt, dass die Zugewinnausgleichsforderung wieder in die richtige Richtung weist. Dabei ist jedoch zum einen die bei der Rückschenkung ggf. entstehende Schenkungsteuer zu berücksichtigen. Zum anderen stellt sich dann die in der Literatur umstrittene Frage, ob die beidersei-

2 Vgl. etwa BGH, Urteil vom 26.11.1981, IX ZR 91/80, BGHZ 82, 227; BGH, Urteil vom 22.4.1982, IX ZR 35/81, FamRZ 1982, 778; BGH, Urteil vom 10.7.1991, XII ZR 114/89, BGHZ 115, 132.

3 OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 16.11.2005, 6 UF 71/05, NJW 2006, 52.

4 Vgl. dazu im Einzelnen *Mack/Stenert*, DStR 2017, 2645.

5 Vgl. dazu BFH, Urteil vom 12.7.2005, II R 29/02, BStBl. II 2005, S. 843.

6 Vgl. dazu auch *Kamps/Stenert*, DStR 2018, 2465.

tigen anrechnungspflichtigen Zuwendungen im Rahmen des § 1380 BGB zu saldieren sind<sup>7</sup> oder die Anrechnung nur für die Leistung des ausgleichspflichtigen Ehegatten vorzunehmen ist<sup>8</sup>. Die aus diesem Streit resultierenden steuerlichen Risiken können im Einzelfall höher sein als die Wahrscheinlichkeit, dass sich die verfehlte Rechtsauffassung der Finanzverwaltung in der Rechtsprechung durchsetzt.

7 So etwa BeckOK-BGB/Cziupka, Stand: 1. 2. 2019, § 1380 Rdnr. 12 m. w. N.

8 So *Grünenwald*, NJW 1988, 109.

## SONSTIGES

### TAGUNGSBERICHT

#### Aktienrechtsreform in Permanenz – Aktionärsrechte-Richtlinie und Third Party Related Transactions

#### Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 3.12.2018

Von Ass. jur. **Thomas Winkelmann**, München<sup>1</sup>

Am 3.12.2018 fand die erste Tagung des Wintersemesters 2018/19 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Das Thema der Veranstaltung lautete „Aktienrechtsreform in Permanenz – Aktionärsrechte-Richtlinie und Third Party Related Transactions“. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle, Professor Dr. *Hans Christoph Grigoleit*, begrüßte die Teilnehmerinnen und Teilnehmer und führte mit einem knappen Überblick über die wesentlichen Regelungsgegenstände der anstehenden Reform in das Tagungsthema ein. Danach stellte er die Referenten, Professor Dr. *Dirk Verse*, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, und Rechtsanwalt Dr. *Markus Rieder*, Latham & Watkins, München, vor und übergab das Wort zunächst an *Verse*.

Zu Beginn seines Referats zum Thema „Third Party Related Transactions – Die Perspektive der Wissenschaft“ erläuterte *Verse* die Grundkonzeption des geplanten Related Party Transaction-Regimes nach dem Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) vom 11. 10. 2018. Ziel der geänderten Aktionärsrechte-Richtlinie<sup>2</sup> sei es insoweit, börsennotierte Gesellschaften und deren Aktionäre besser vor Vermögensverlagerungen auf nahestehende Unternehmen und Personen („tunneling“) zu schützen und bei derartigen Geschäften für mehr Transparenz zu sorgen.<sup>3</sup> Ein Zustimmungsvorbehalt der Hauptversammlung oder – nach Wahl des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers – des Aufsichtsrats für wesentliche Related Party Transactions solle verhindern, dass das nahestehende Unternehmen oder die nahestehende Person die eigene Stellung zum Nachteil der Gesellschaft oder deren Aktionäre ausnutzt. Der Referentenentwurf sehe in Umsetzung dieser Vorgabe einen Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats und ein entsprechendes Verfahren vor (vgl. § 107 Abs. 3 Satz 4 und 5, §§ 111a-111c, 311 Abs. 3 AktG-E). Außerdem sollten we-

sentliche Related Party Transactions spätestens mit Abschluss des Geschäfts offengelegt werden. Wegen der Nähe zu anderen kapitalmarktrechtlichen Publikationspflichten sei vorgesehen, die Umsetzung dieses Offenlegungserfordernisses in das WpHG einzustellen (vgl. § 48a WpHG-E).

Sodann umriss der Referent den Anwendungsbereich des vorgesehenen Regelungsregimes. Im Gegensatz zum recht weiten personellen Anwendungsbereich sei der vorgeschlagene sachliche Anwendungsbereich sehr eng – mit Blick auf die Vorgaben durch die 2. ARRL im Einzelnen („Unterlassen ist kein Geschäft“ nach § 111a Abs. 1 Satz 2 AktG-E und Ausnahmen nach § 111a Abs. 3 Nr. 2 und 3 AktG-E) wohl zu eng – gefasst: Der vorgesehene Schwellenwert für das Offenlegungs- und Zustimmungserfordernis, dessen Definition im Ermessen der Mitgliedsstaaten stehe, sei mit 2,5 % der Summe aus Anlage- und Umlaufvermögen des letzten Konzernabschlusses (vgl. § 111b Abs. 1 und 3 AktG-E, § 48a Abs. 1 WpHG-E) relativ hoch angesetzt. Überdies engten die Ausnahmen nach § 111a Abs. 2 und 3 AktG-E den Anwendungsbereich zusätzlich ein. Die Zweifelsfragen im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit der 2. ARRL seien bislang nicht geklärt. Keine Ausnahme gelte jedenfalls für Geschäfte im faktischen Konzern (vgl. § 311 Abs. 3 AktG-E).

Anschließend skizzierte *Verse* die Grundlagen des Zustimmungsvorbehalts und des Zustimmungsverfahrens. Related Party Transactions bedürften unter Geltung des ARUG II künftig der vorherigen Zustimmung des Aufsichtsrats, sofern der Schwellenwert überschritten sei (vgl. § 111b Abs. 1 AktG-E). Eine Verletzung des Zustimmungsvorbehalts würde die Wirksamkeit des Geschäfts im Außenverhältnis grundsätzlich nicht berühren, könnte aber eine Haftung des Vorstands nach § 93 AktG nach sich ziehen. Betrachte man die Modalitäten des vorgesehenen Zustimmungsverfahrens, ergäben sich für den Aufsichtsrat zwei Optionen: Der Aufsichtsrat hätte die Möglichkeit, einen (nur vorbereitenden, nicht: beschließenden) „RPT-Ausschuss“ aus unabhängigen Mitgliedern zu bilden, der einen Vorschlag zur Beschlussfassung erarbeitet (vgl. § 107 Abs. 3 Satz 4 und 5 AktG-E). Im Fall eines ablehnenden Vorschlags dürfte der Aufsichtsrat nur zustimmen, wenn ein Wirtschaftsprüfer oder eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft die Angemessenheit bestätige (vgl. § 111c Abs. 1 AktG-E). Bei einem zustimmenden Vorschlag wäre hingegen keine gutach-

1 Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Geschäftsführer der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

2 RL (EU) 2017/828 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.5.2017 zur Änderung der RL 2007/36/EG im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Mitwirkung der Aktionäre, ABl. L 132 vom 20.5.2017, S. 1, im Folgenden: „2. ARRL“.

3 Vgl. Erwägungsgründe 42 und 44 der 2. ARRL.



terliche Bestätigung notwendig. In beiden Fällen gälte ein nur eng gefasstes Stimmverbot im Aufsichtsratsplenum für Mitglieder, die am Geschäft als nahestehende Person „beteiligt“ sind (vgl. § 111b Abs. 2 AktG-E). Verzichtete der Aufsichtsrat auf die Bildung eines solchen „RPT-Ausschusses“, würde das Aufsichtsratsplenum unmittelbar entscheiden. In diesem Fall wäre aber ein erweitertes Stimmverbot zu beachten, das auch solche Mitglieder erfasste, bei denen die Besorgnis eines Interessenkonflikts aufgrund ihrer Beziehung zu dem nahestehenden Unternehmen oder der nahestehenden Person besteht (vgl. § 111c Abs. 2 AktG-E). Hinsichtlich des inhaltlichen Maßstabs für die Entscheidung des Aufsichtsrats fehlten direkte Vorgaben sowohl in der 2. ARRL mit ihrem prozeduralen Ansatz als auch im Referentenentwurf. Zu beachten seien aber § 111c Abs. 1 AktG-E und § 48 Abs. 2 Satz 3 WpHG-E sowie sich im Einzelfall ggf. aus anderen Vorschriften ergebende Maßgaben (zum Beispiel aus §§ 57, 311 AktG und ferner §§ 93, 116 AktG). *Verse* kritisierte neben dem Fehlen der Möglichkeit, den „RPT-Ausschuss“ als beschließenden Ausschuss zu bilden, und nicht einleuchtenden Unterschieden beim Maß für die Feststellung von Interessenkonflikten nach § 107 Abs. 3 Satz 4 AktG-E einerseits sowie § 111c Abs. 2 AktG-E andererseits vor allem einen Wertungswiderspruch zwischen den beiden Verfahrensvarianten, der im Ergebnis eine ungerechtfertigte Privilegierung der Variante mit Bildung eines „RPT-Ausschusses“ und deshalb einen starken Anreiz für diese bedeuten würde: Falls ein Ausschuss gebildet ist, würde es im Aufsichtsratsplenum beim engen Stimmverbot selbst dann bleiben, wenn der Ausschuss einen ablehnenden Vorschlag unterbreitet; den Verfassern des Entwurfs genüge insoweit die Bestätigung durch ein WP-Gutachten als Schutzinstrument. Entscheidet der Aufsichtsrat hingegen unmittelbar, gälte stets das weite Stimmverbot, also auch dann, wenn der Aufsichtsrat freiwillig eine gutachterliche Bestätigung eingeholt hat.

Nach einigen ergänzenden Hinweisen zu Grundlagen der Offenlegungspflicht nach § 48 WpHG-E schloss *Verse* mit seinem Fazit: Die Grundkonzeption des Referentenentwurfs sei gelungen. Das ARUG II sehe nicht etwa einen „Frontalangriff“ auf das deutsche Konzernrecht vor, sondern eine sehr behutsame, aber doch sinnvolle Ergänzung des bisherigen Schutzsystems. Auf Eingriffe in das Aktienkonzernrecht werde verzichtet. Gegen die Zuständigkeit des Aufsichtsrats im Rahmen des vorgesehenen Zustimmungsvorbehalts sei ebenso wenig zu erinnern wie gegen die kapitalmarktrechtliche Ausgestaltung der Offenlegungspflicht. Allerdings lasse sich Überarbeitungsbedarf in Einzelfragen ausmachen: Verbesserungen seien möglich bei der Fassung der Bereichsausnahmen durch Präzisierungen und bei Ausgestaltung des Zustimmungsverfahrens durch Schaffung einer Option, den „RPT-Ausschuss“ als beschließenden Ausschuss zu bilden. Außerdem sollten drohende Wertungswidersprüche beseitigt werden.

Der zweite Vortrag beleuchtete das vorgeschlagene Regelungsregime aus der „Perspektive der Beratungspraxis“. In den Mittelpunkt stellte der Referent, *Markus Rieder*, zunächst die Frage, welche Praxisrelevanz die neuen Regeln haben, insbesondere was die typischerweise erfassten Geschäfte sein würden. Die Entwurfsverfasser gingen, so *Rieder*, davon aus, dass nach dem ARUG II zustimmungsbedürftige Related Party

Transactions seltene Ausnahmefälle wären (ca. 45 Fälle jährlich). *Rieder* stellte einige Geschäfte („leading cases“) vor, die in der Vergangenheit die Gerichte beschäftigt haben und die von der vorgeschlagenen Regelung wohl erfasst worden wären.<sup>4</sup> Entscheidende praktische Änderungen gegenüber der Situation nach geltender Rechtslage hätten sich durch die Neuregelung in keinem der betrachteten Fälle ergeben.

Anschließend richtete *Rieder* den Blick in die Zukunft mit der Frage, wie sich die neuen Regeln auf die Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat auswirken würden („Organperspektive“). Für den Pflichtenkanon des Vorstands würden sich, so *Rieder*, letztlich kaum Änderungen ergeben. Vielmehr würde lediglich der bereits bestehende, recht umfassende Katalog maßvoll ergänzt werden. Zu erwarten sei, dass sich der Vorstand durch Erholung von Gutachten absichern werde. Denn die gutachtliche Absicherung könne einen Entschuldigungsgrund begründen und bei Rechtsstreitigkeiten die Darlegung im Rahmen der „Business Judgement Rule“ erleichtern. Für mögliche Interessenkonflikte fehle eine ausdrückliche Regelung; in Zweifelsfällen könnte es für einzelne Vorstandsmitglieder künftig vorzugswürdig sein, an Beratung und Beschlussfassung über eine Related Party Transaction nicht teilzunehmen. Was die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit einer Beteiligung der Hauptversammlung angehe, empfehle sich für die Praxis eine Orientierung primär an den *Holz Müller/Gelatine-Grundsätzen*<sup>5</sup> und eine Klarstellung, dass die Wirksamkeit des Geschäfts nicht von einem wirksamen Hauptversammlungsbeschluss abhängen soll. Für den Aufsichtsrat sei es unabhängig von der gesetzlichen Notwendigkeit vielfach ratsam, ein Gutachten bereits hinsichtlich der Schwellenberechnung einzuholen. Weil der Maßstab bei Vorstand und Aufsichtsrat grundsätzlich identisch sei („Business Judgement Rule“), wäre im Übrigen eine Plausibilitätsprüfung in Bezug auf ein vom Vorstand erholtes Angemessenheitsgutachten wohl regelmäßig ausreichend. Ein eigenes WP-Gutachten wäre aber dann erforderlich, wenn ein „RPT-Ausschuss“ vorschlägt, keine Zustimmung zu erteilen, der Aufsichtsrat diese aber dennoch erteilen will (vgl. § 111c Abs. 1 Satz 1 AktG-E). Bei möglichen Interessenkonflikten wäre ggf. eine vorsorgliche Nichtteilnahme (potenziell) befangener Aufsichtsratsmitglieder an Beratung und Abstimmung in Zweifelsfällen unabhängig vom Bestehen eines „RPT-Ausschusses“ sinnvoll.

Aus „Angreiferperspektive“ ergäben sich, so *Rieder* weiter, wohl kaum praxisrelevante Änderungen. Eine neue Angriffsmöglichkeit für (aktivistische) Aktionäre brächte die sanktionsrechtliche Bewehrung der Bekanntmachungspflicht nach § 120 Abs. 2 Nr. 13a WpHG-E. Die Anwendbarkeit der Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht auf Related Party Transactions wäre auch unter dem neuen Regelungsregime nicht ausgeschlossen, aber wegen der sehr hohen materiell- und beweisrechtlichen Anforderungen wohl weiterhin

4 BGH, Urteil vom 3.3.2008, II ZR 124/06, NJW 2008, 1583 ff. – UMTS-Lizenzen; BGH, Urteil vom 26.6.2012, II ZR 30/11, DNotZ 2013, 60 ff. – HVB/UniCredit; OLG Schleswig, Urteil vom 8.12.2005, 5 U 57/04, NZG 2006, 951 ff. – Mobilcom; BGH, Urteil vom 21.12.2005, 3 StR 470/04, BGHSt 50, 331 ff. – Mannesmann/Vodafone.

5 Vgl. BGH, Urteil vom 25.2.1982, II ZR 174/80, BGHZ 83, 122 ff.

kaum praktisch bedeutsam. Eine eigenständige Bedeutung von § 826 BGB sei auch künftig nur schwer denkbar, weil die Voraussetzungen vorrangiger Anspruchsgrundlagen aus dem Aktienrecht (zum Beispiel § 117 AktG) regelmäßig leichter nachzuweisen sein dürften. Freilich bliebe der Tatbestand der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung als „(Hinter-)Tür“ zur Rückabwicklung jedenfalls nicht vollständig ausgeschlossen.

*Rieder* beendete sein Referat mit einigen Empfehlungen für das Gesetzgebungsverfahren. Der „Entlastungsansatz“ des Entwurfs eines ARUG II sei zu begrüßen und deshalb beizubehalten. Wünschenswert seien aber die Einführung eines beschließenden „RPT-Ausschusses“, die Klarstellung, dass auch bei Notwendigkeit eines Angemessenheitsgutachtens der materielle Prüfungsmaßstab nicht eingeengt sei („prozeduraler Ansatz“), und ein Gleichlauf von § 107 Abs. 2 AktG-E einerseits und § 111c Abs. 2 AktG-E andererseits im Hinblick auf die Einschätzungsprärogative des Aufsichtsrats. Zu überdenken sei schließlich der im Entwurf geschätzte Aufwand für die Betroffenen: Die Schätzung der Entwurfsverfasser (Kosten in Höhe von 249 € pro Fall) sei bezogen auf die Anforderungen bei der Angemessenheitsprüfung großvolumiger Transaktionen wenig realistisch.

Nach den Vorträgen eröffnete *Grigoleit* die freie Diskussion mit den Referenten, die sich den Fragen des Auditoriums stellten. Bei einem anschließenden Empfang hatten die Referenten und die Teilnehmerinnen und Teilnehmer die Möglichkeit zum weiteren fachlichen und persönlichen Austausch.

## VERANSTALTUNGSHINWEISE

### Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

#### „Erbrechtliche Bindungen – und wie man sich aus ihnen befreit“

Mittwoch, 26. Juni 2019, 17:30 Uhr s. t.

Senatssaal der Ludwig-Maximilians-Universität (E 106/110 im 1. Obergeschoss)

Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München

#### Referenten:

Professor Dr. *Anatol Dutta*, M. Jur. (Oxford), München

Notar a. D. Dr. *Johannes Weber*, Geschäftsführer des Deutschen Notarinstituts, Würzburg

Im Anschluss an die Vorträge besteht die Möglichkeit zur Diskussion. Zum Ausklang der Veranstaltung wird zu einem kleinen Empfang geladen.

**Tagungsbeitrag:** kostenlos

#### Kontakt/Anmeldung:

Forschungsstelle für Notarrecht, Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München, Tel.: 089 2180-2794,

E-Mail: [FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de](mailto:FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de).

Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung per E-Mail gebeten. Bitte teilen Sie auch mit, ob Sie am Empfang teilnehmen und damit einverstanden sind, auf der Teilnehmerliste genannt zu werden. Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter [www.notarrechtsinstitut.de](http://www.notarrechtsinstitut.de).

## Veranstaltungen des DAI

1. **Die Gestaltung des Unternehmertestaments**  
(*Spiegelberger*)  
4.5.2019 in Kiel
2. **Haftungsfallen im Gesellschaftsrecht**  
(*Heckschen/Heidinger*)  
8.5.2019 in Heusenstamm
3. **Erbrecht für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**  
(*Tondorf*)  
9.5.2019 in Osnabrück
4. **Aktuelle Fragen zu Betreuungsrecht, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung**  
(*Müller-Engels/Renner*)  
11.5.2019 in Heusenstamm  
17.5.2019 in Berlin
5. **Das Bauträgerrecht in der notariellen Praxis**  
(*Monreal*)  
17.5.2019 in Kassel
6. **Fachbezogenes Englisch für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**  
(*O'Connolly*)  
17.5.2019 in Bochum
7. **Intensivkurs Kostenrecht**  
(*Fackelmann*)  
24.-25.5.2019 in Heusenstamm
8. **Stimmgesundheit bei Notarinnen und Notaren**  
(*Behrendt*)  
24.5.2019 in Oldenburg
9. **Unternehmer-Eheverträge und Unternehmer-Vorsorgeverträge in der notariellen Praxis**  
(*Reetz*)  
25.5.2019 in Köln
10. **GNotKG – Ermittlung von Beurkundungsgegenständen und deren Geschäftswerte**  
(*Schmidt/Tondorf*)  
3.6.2019 in Freiburg  
4.6.2019 in Mannheim  
5.6.2019 in Stuttgart
11. **Urkundenvorbereitung von A-Z**  
(*Tondorf*)  
14.6.2019 in Heusenstamm  
21.6.2019 in Kiel
12. **Die Notarprüfung**  
(*Blaeschke*)  
14.6.2019 in Oldenburg
13. **Aktuelles Kostenrecht im Notariat**  
(*Sikora*)  
26.6.2019 in Heusenstamm
14. **Intensivkurs Grundstücksrecht**  
(*Wegerhoff*)  
27.-29.6.2019 in Lübeck

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. Ballreich: Fallkommentar Umwandlungsrecht. 6. Aufl., Luchterhand, 2019. 516 S., 119 €
2. Brosch: Rechtswahl und Gerichtsstandsvereinbarung im internationalen Familien- und Erbrecht der EU. Siebeck, 2019. 288 S., 59 €
3. Burmeister: Praxishandbuch Städtebauliche Verträge. 4. Aufl., VHW, 2019. 407 S., 37,50 €
4. Damrau: Der Minderjährige im Erbrecht. 3. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2019. 200 S., 49 €
5. Drüen/Koller/Kindler/Roth: HGB. 9. Aufl., Beck, 2019. 1.138 S., 69 €
6. Firsching/Graf: Nachlassrecht. 11. Aufl., Beck, 2019. 895 S., 119 €
7. Heilmeyer: Der Notar im Aktienrecht. Nomos, 2019. 489 S., 128 €
8. Hillebrandt/Keßler: Berliner Kommentar zum Genossenschaftsgesetz. 3. Aufl., Haufe, 2019. 1.382 S., 198 €
9. Kanzler/Kraft/Bäumli/Hechtner/Marx: Einkommensteuergesetz Kommentar. 4. Aufl., NWB, 2019. 3.482 S., 179 €
10. Kogel: Strategien beim Zugewinnausgleich. 6. Aufl., Beck, 2019. 527 S., 69 €
11. Richter/Freiherr von Campenhausen: Stiftungsrechts-Handbuch. 5. Aufl., Beck, 2018. 1.200 S., 199 €
12. Saenger/Ullrich/Siebert: Zivilprozessordnung. 4. Aufl., Nomos, 2019. 2.700 S., 138 €
13. Seifart/Richter: Stiftungsrecht. Beck, 2019. 1.044 S., 199 €
14. Thomas/Putzo: ZPO. 40. Aufl., Beck, 2019. 2.607 S., 65 €

## STANDESNACHRICHTEN

### PERSONALÄNDERUNGEN

#### 1. Verstorben:

Notar a. D. Herbert Friederich, Würzburg,  
verstorben am 28.2.2019

Notar a. D. Richard Brückner, Alzenau,  
verstorben am 20.3.2019

Notar a. D. Dr. Franz Höchtl, Deggendorf,  
verstorben am 8.4.2019

Notar a. D. Gerhard Oechsner, Würzburg,  
verstorben am 8.4.2019

#### 2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 1.4.2019:

Notar Klaus Ochs, Garmisch-Partenkirchen

Mit Wirkung zum 1.6.2019:

Notar Karl Bock, Dachau

#### 3. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.3.2019:

Benjamin Bremer, Würzburg  
(Notarstellen Prof. Dr. Limmer/Dr. Friederich)

Florian Drexler, Hof  
(Notarstelle Dr. Gößl)

Mit Wirkung zum 1.4.2019:

Andreas Greger, Erlangen  
(Notarstellen Dr. Martini/Siegler)

#### 4. Sonstige Veränderungen:

Notarassessor Dr. Patrick Meier, Friedberg, wurde mit  
Wirkung vom 8.4.2019 zum Privatdozenten ernannt.

Die Sozietät Dr. Wenner/Dr. Riemenschneider,  
München, wurde mit Wirkung vom 1.5.2019  
aufgehoben

### ANSCHRIFTEN- UND RUFNUMMERN- ÄNDERUNGEN:

Lohr a. Main, Notarstelle Dr. Apfelbaum  
Telefax: 09352 60438523

München, Notarstelle Dr. Riemenschneider  
Theatinerstraße 12, 80333 München  
Telefon: 089 2388878-0  
Telefax: 089 238887899  
E-Mail: [info@notar-riemenschneider.de](mailto:info@notar-riemenschneider.de)  
Homepage: [www.notar-riemenschneider.de](http://www.notar-riemenschneider.de)

München, Notarstelle Dr. Wenner  
Telefon: 089 9042177-0  
Telefax: 089 904217799  
E-Mail: [info@wennernotariat.de](mailto:info@wennernotariat.de)  
Homepage: [www.wennernotariat.de](http://www.wennernotariat.de)

## Abonnement

# MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Denninger Straße 169, 81925 München, Telefon: (089) 551660, Telefax: (089) 55166234, E-Mail: [info@mittbaynot.de](mailto:info@mittbaynot.de), bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (inkl. Versandkosten, zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:  
Universal Medien GmbH, Geretsrieder Straße 10, 81379 München,  
Telefon: (089) 5482170, Telefax: (089) 555551, Internet: [www.universalmedien.de/notarkammer](http://www.universalmedien.de/notarkammer).



Notare Bayern

[www.notare.bayern.de](http://www.notare.bayern.de)