

MittBayNot

Begründet 1864

6|2019

November/Dezember 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 Sträuber,
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

AUFSÄTZE

- **Amann:** Erbbaurechtsverlängerung durch den Eigentümer zur Abwendung seiner Entschädigungspflicht für das Bauwerk – zugleich Anmerkung zu BGH. 539
- **Meier:** Sachenrechtliche Probleme von Photovoltaikanlagen bei Grundstücksübertragungen – Teil 1: Die sachenrechtliche Behandlung der Photovoltaikanlage 548

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

- **Raff** zu **OLG Köln:** Mieteinnahmen als Beschaffenheitsvereinbarung eines Kaufvertrages über ein Mehrfamilienhaus. 565
- **Becker** zu **OLG Stuttgart:** Belastung eines Grundstücks mit einer Finanzierungsgrundschuld aufgrund transmortaler Vollmacht 580
- **Ruhwinkel** zu **OLG München:** Grundbuchverfahren bei Übertragung von Teileigentum und von Anteilen an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts 587
- **Marchner** zu **OLG Brandenburg:** Wirksamkeit eines Ehevertrages (hier: Ausschluss des Versorgungsausgleichs) 593
- **Kanzleiter** zu **OLG Hamm:** Bestimmung eines Ersatzerben durch den Erblasser selbst. 595
- **Weidlich** zu **OLG Stuttgart:** Voraussetzungen für Rückforderung einer Schenkung bei wechselbezüglichen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament 600
- **Grziwotz** zu **OLG Köln:** Unwirksamkeit eines aufschiebend bedingten Grundstücksübertragungsvertrages 618
- **Volmer** zu **OLG Nürnberg:** Zur Übertragung der organ-schaftlichen Vertretungsbefugnis eines ersten Bürgermeisters auf einen Bediensteten. 624
- **Bernert** zu **FG Düsseldorf:** Keine Erbschaftsteuerbefreiung für an Familienheimgrundstück angrenzendes Gartengrundstück 629

Impressum

MittBayNot

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

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
Vorübergehend:
Denninger Straße 169
81925 München
Telefon: (089) 551660
Telefax: (089) 55166234
E-Mail: info@mittbaynot.de
Internet: <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** 6 | 2019

AUFSÄTZE 539

Amann: Erbbaurechtsverlängerung durch den Eigentümer zur Abwendung seiner Entschädigungspflicht für das Bauwerk
– zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 23.11.2018, V ZR 33/18 539 539

Meier: Sachenrechtliche Probleme von Photovoltaikanlagen bei Grundstücksübertragungen – Teil 1: Die sachenrechtliche Behandlung der Photovoltaikanlage 548

BUCHBESPRECHUNGEN 555

Albrecht/Albrecht/Böhm/Böhm-Rößler:
Die Patientenverfügung (**Menne**) 555

Kersten/Bühling: Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (**Suttmann**) 557

Müller/Renner: Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis (**Schmelter**) 558

Schütt: Vorweggenommene Erbfolge unter der Rom-I-Verordnung: Probleme der Statutenvielfalt, Lösungsansätze (**Volmer**) 559

RECHTSPRECHUNG 561

Bürgerliches Recht

ALLGEMEINES

1. Verletzung der Verpflichtung zur Bestellung eines beschränkten dinglichen Rechts bei Veräußerung des Grundstücks
(BGH, Urteil vom 19.1.2018, V ZR 273/16 – Ls.) 561
2. Ermittlung des Grundstückswertes bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit des Kaufpreises grundsätzlich nach der Vergleichswertmethode
(BGH, Beschluss vom 8.1.2019, XI ZR 535/17 – Ls.) 561
3. Zulässige Erhebung der Notbedarfseinrede des Beschenkten gegenüber dem Sozialhilfeträger
(BGH, Urteil vom 20.11.2018, X ZR 115/16 – Ls.) 562
4. Mieteinnahmen als Beschaffenheitsvereinbarung eines Kaufvertrages über ein Mehrfamilienhaus
(OLG Köln, Urteil vom 29.11.2018, 3 U 24/18) 562
mit Anmerkung **Raff** 565

5. Darlegungsanforderungen bei Verletzung der Aufklärungspflicht über Sachmängel
(OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.9.2018, 24 U 185/17 – Ls.) 567

6. Antrag auf Eintragung eines aufschiebend bedingten Sondernutzungsrechts in das Grundbuch
(OLG München, Beschluss vom 22.12.2017, 34 Wx 139/17) 567

SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

7. Widerruflichkeit der Verwalterzustimmung
(BGH, Beschluss vom 6.12.2018, V ZB 134/17 – Ls.) 570

8. Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf
(BGH, Urteil vom 23.11.2018, V ZR 33/18) 571

9. Nacherbenvermerk bei Erbauseinandersetzung
(BGH, Beschluss vom 12.7.2018, V ZB 228/17) 575

10. Auswirkungen einer Teilung des dienenden Grundstücks bei Beschränkung des Ausübungsbereichs der Grunddienstbarkeit auf abgegrenzte Teilfläche
(OLG Saarbrücken, Beschluss vom 5.2.2019, 5 W 94/18 – Ls.) 577

11. Belastung eines Grundstücks mit einer Finanzierungsgrundschuld aufgrund transmortaler Vollmacht
(OLG Stuttgart, Beschluss vom 2.11.2018, 8 W 312/18) 578
mit Anmerkung **Becker** 580

12. Grundbuchverfahren bei Übertragung von Teileigentum und von Anteilen an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts
(OLG München, Beschluss vom 3.8.2018, 34 Wx 196/18) 582
mit Anmerkung **Ruhwinkel** 587

FAMILIENRECHT

13. Keine Ergänzungspflegerbestellung bei Verfahren über familiengerichtliche Genehmigung eines gesetzlichen Vertreters
(BGH, Beschluss vom 3.4.2019, XII ZB 359/17) 589

14. Wirksamkeit eines Ehevertrages (hier: Ausschluss des Versorgungsausgleichs)
(OLG Brandenburg, Beschluss vom 5.7.2018, 13 UF 117/17) 591
mit Anmerkung **Marchner** 593

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 6 | 2019

ERBRECHT

15. Bestimmung eines Ersatzerben durch den Erblasser selbst
(OLG Hamm, Beschluss vom 21.2.2019,
I-15 W 24/19) 594
mit Anmerkung **Kanzleiter** 595

16. Zweifel an der Testierfähigkeit bei notariellem Testament durch das Grundbuchamt
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.7.2018,
I-3 Wx 259/17) 596

17. Voraussetzungen für Rückforderung einer Schenkung bei wechselbezüglichen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament
(OLG Stuttgart, Beschluss vom 27.4.2018,
19 U 48/18) 599
mit Anmerkung **Weidlich** 600

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

18. Chronologie der Gesellschafterlisten im Registerordner
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.3.2019,
3 Wx 53/18 – Ls.) 603

19. Erforderlichkeit einer Ergänzungspflegerbestellung bei Zustimmungserfordernis des minderjährigen Kommanditisten
(OLG Oldenburg, Beschluss vom 18.3.2019,
12 W 9/19) 603

20. Krankenversicherung: Statusfeststellung eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH (UG) mit nicht notariell beurkundeter Treuhandabrede vor Gründung der GmbH
(LSG Sachsen, Urteil vom 8.11.2018,
9 KR 263/15 – Ls.) 604

Internationales Privatrecht

21. Ausübung des Vorkaufsrechts nach dem RSG
(BGH, Beschluss vom 10.5.2019, BLw 1/18) 605

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

22. Pfändung und Überweisung des Anteils eines Miterben am Nachlass
(BGH, Beschluss vom 7.2.2019, V ZB 89/18) 609

Beurkundungs- und Notarrecht

23. Einsichtsrecht eines Miterben ins Grundbuch zur Klärung von Ausgleichspflichten
(OLG Braunschweig, Beschluss vom 11.6.2019,
1 W 41/19) 610

Kostenrecht

24. Gebühr für die Erstellung der Gesellschafterliste im Zusammenhang mit der Beurkundung des GmbH-Gründungsvertrags
(BGH, Beschluss vom 4.6.2019, II ZB 16/18) 613

Öffentliches Recht

25. Unwirksamkeit eines aufschiebend bedingten Grundstücksübertragungsvertrages
(OLG Köln, Beschluss vom 16.5.2019,
19 U 207/18) 615
mit Anmerkung **Grziwotz** 618

26. Zur Übertragung der organschaftlichen Vertretungsbefugnis eines ersten Bürgermeisters auf einen Bediensteten
(OLG Nürnberg, Beschluss vom 9.10.2018,
15 W 1595/18) 621
mit Anmerkung **Volmer** 624

Steuerrecht

27. Keine staatliche Beihilfe durch Steuerbegünstigung nach § 6a GrESTG
(EuGH, Urteil vom 19.12.2018, C-374/17 – Ls.) 624

28. Grunderwerbsteuerpflicht für ein Kaufrechtsvermächtnis
(BFH, Urteil vom 16.1.2019, II R 7/16) 625

29. Keine Erbschaftsteuerbefreiung für an Familienheimgrundstück angrenzendes Gartengrundstück
(FG Düsseldorf, Urteil vom 16.5.2018,
4 K 1063/17) 628
mit Anmerkung **Bernert** 629

SONSTIGES

632

Hinweise für die Praxis

- Grziwotz:** Obligatorische Streitschlichtung und vorprogrammiertes Scheitern 632

Veranstaltungshinweise 636

Neuerscheinungen 638

STANDESNACHRICHTEN

639

AUFSÄTZE

Erbbaurechtsverlängerung durch den Eigentümer zur Abwendung seiner Entschädigungspflicht für das Bauwerk

Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 23.11.2018, V ZR 33/18*

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

Erbbaurechte, die sich ihrem Ende nähern, haben bisher in der notariellen Praxis vor allem bei gewerblichen Bauten eine Rolle gespielt. Beim Wohnungsbau, wo Laufzeiten weit über 50 Jahre hinaus verbreitet sind, steht dagegen die große Welle endender Erbbaurechte erst noch bevor. Höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 27 Abs. 3 ErbbauRG hat daher Seltenheitswert. Vom RG liegt kein Judikat vor. Der BGH hat sich erstmals im Jahre 1980 mit einer vom Eigentümer beanspruchten Verlängerung eines Erbbaurechts befasst, aber nur am Rande mit Inhalt und Auswirkungen des § 27 Abs. 3 ErbbauRG. Damals ging es nämlich hauptsächlich darum, ob der Eigentümer durch sein Verhalten im Vorfeld der Verlängerung gegen Treu und Glauben verstoßen hatte, sodass die Verlängerung unwirksam war.

I. Das Urteil des BGH

Erst nach einer Pause von 38 Jahren ist nun das oben genannte Urteil des BGH ergangen. Ihm lag – vereinfacht – folgender Sachverhalt zugrunde:

Im Jahre 1984 hatten die damaligen Eigentümer den Rechtsvorgängern der jetzigen Erbbauberechtigten ein Erbbaurecht auf die Dauer von 30 Jahren eingeräumt. Noch 1984 erwarb die jetzige Erbbauberechtigte das Erbbaurecht und errichtete auf dessen Grundlage einen Verbrauchermarkt.

Für den Fall des Erlöschens des Erbbaurechts durch Zeitablauf war als Inhalt des Erbbaurechts eine Entschädigung in Höhe von $\frac{2}{3}$ des Verkehrswertes des Bauwerks vereinbart. Ferner war das Recht des Eigentümers ausgeschlossen, die Entschädigung durch Verlängerung des Erbbaurechts abzuwenden.

Bei Ablauf des Erbbaurechts im Jahre 2014 forderte die Erbbauberechtigte zunächst eine weit überhöhte Entschädigung von 1,4 Millionen €. Um die Entschädigung abzuwenden, boten die Eigentümer ihr die Verlängerung des Erbbaurechts um zehn Jahre an. Die Erbbauberechtigte lehnte dies ab und berief sich auf den zum Inhalt des Erbbaurechts erhobenen Ausschluss der Verlängerung durch den Eigentümer. Im Verfahren vor dem OLG wurde der Verkehrswert mit rund 318.000 € ermittelt. Aufgrund dessen sprach das OLG der Erbbauberech-

tigten eine Entschädigung von rund 212.000 € zu. Das OLG qualifizierte den Ausschluss des Verlängerungsrechts als wirksam. Selbst wenn es sich dabei um eine allgemeine Geschäftsbedingung gehandelt habe, benachteilige diese die Eigentümer nicht unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 1 BGB.

Der BGH folgte dem nicht. Zwar könne § 27 Abs. 3 ErbbauRG durch Individualvertrag ausgeschlossen werden. Werde der Ausschluss dem Eigentümer aber durch AGB gestellt, so unterliege er der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 und 2 Nr. 1 BGB. Der Inhaltskontrolle halte er „im Zweifel“ nicht stand.

II. Die Begründung des BGH

Nach Ansicht des BGH hat die Möglichkeit des Eigentümers, zwischen der Übernahme des Bauwerks gegen Zahlung der Entschädigung einerseits und einer Verlängerung des Erbbaurechts gegen Wegfall der Entschädigung andererseits zu wählen, zentrale Bedeutung für den Ausgleich der beiderseitigen Interessen. Werde dem Eigentümer diese Wahl verwehrt, so sei dies „für ihn unter Umständen mit erheblichen wirtschaftlichen Belastungen verbunden“. ² Diese könnten ihn zur Unzeit treffen, wenn es ihm nicht möglich sei, die Entschädigungssumme zu zahlen oder zu finanzieren oder den damit verbundenen Liquiditätsabfluss zu verkraften. Zwar könnte er rechtzeitig Rücklagen bilden. Damit wären aber „beträchtliche Liquidationsverluste“ ³ während der gesamten Laufzeit des Erbbaurechts ⁴ verbunden und zudem die Ungewissheit über die Höhe der Entschädigungssumme.

Außerdem müsste der Eigentümer eine neue Verwendung für das Bauwerk finden, was insbesondere zu Schwierigkeiten führe, wenn dieses ungünstige Nutzungs- und Verwertungsmöglichkeiten biete. Zwar minderten diese den Verkehrswert. Aber auch ein infolgedessen geminderter Verkehrswert könne den Eigentümer ungerechtfertigt treffen, da er keinen Einfluss auf die Instandhaltung, Bewirtschaftung oder Nutzung des Bauwerks gehabt habe. Mit der Abwendungsbefugnis sei das Risiko der weiteren Verwendung des Bauwerks interessengerecht demjenigen zugewiesen, der die baulichen Investitionen

² Rdnr. 18 der besprochenen Entscheidung.

³ Gemeint sind Liquiditätsverluste.

⁴ Rdnr. 19 der besprochenen Entscheidung.

* MittBayNot 2019, 571 (in diesem Heft).

¹ BGH, Urteil vom 3.10.1980, V ZR 125/79, NJW 1981, 1045.

getätigt oder von seinem Rechtsvorgänger übernommen habe und für die wirtschaftliche Ausrichtung und Instandhaltung des Bauwerks verantwortlich war.

§ 27 Abs. 3 ErbbauRG bringe also wesentliche Grundgedanken des Gesetzgebers zur Geltung. Er beruhe auf Gerechtigkeitswägungen, welche die Interessen beider Parteien berücksichtigten. Damit verkörpere er ein gesetzliches Leitbild, und zwar auch dann, wenn die Entschädigung auf zwei Drittel des Verkehrswertes des Bauwerks beschränkt sei.

III. Verschonung von vereinbarter Geldschuld – ein Leitbild?

Das vom BGH entwickelte Leitbild überrascht, sobald man sich vor Augen hält, welches Grundprinzip in unserer geltenden Rechts- und Wirtschaftsordnung für Zahlungspflichten gilt: Der Schuldner wird durchgehend so behandelt, als habe er mit dem Eingehen einer Zahlungspflicht eine Garantie für sein Zahlungsvermögen übernommen. Dass ihm die finanziellen Mittel fehlen oder es ihm schwer fällt, diese aufzubringen, schließt den Anspruch des Gläubigers nicht aus. Entgegen dem Wortlaut des § 275 BGB gilt das Prinzip der unbeschränkten Vermögenshaftung: Der Schuldner hat für seine Zahlungsfähigkeit stets einzustehen.⁵ Punktuelle Ausnahmen hat die Rechtsprechung lediglich für *gesetzlich* begründete Zahlungspflichten zugelassen, nicht für rechtsgeschäftlich vereinbarte.⁶

Angesichts dessen erscheint es erstaunlich und systemfremd, wenn der BGH aus der Möglichkeit des Eigentümers, sich gemäß § 27 Abs. 3 ErbbauRG einseitig einer *vereinbarten* Zahlungspflicht zu entziehen, ein Leitbild entwickelt.

IV. Durchbrechung des Grundsatzes *pacta sunt servanda* – ein Leitbild?

Der zu beurteilende Erbbaurechtsvertrag hatte unter anderem folgende Eckpfeiler:

- kalendermäßig festgelegte Laufzeit des Erbbaurechts und
- Entschädigung für das Bauwerk bei Ablauf der Laufzeit

Außerdem hatten die Beteiligten die Entschädigung ausdrücklich vereinbart, obwohl sie von vornherein die Möglichkeit gehabt hätten, sie ganz auszuschließen (§ 27 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG).⁷ Auch haben sie die Höhe der Entschädigung in

5 St. Rspr., z. B. BGH, Urteil vom 28.2.1989, IX ZR 130/88, NJW 1989, 1276; Palandt/*Grüneberg*, 78. Aufl. 2019, § 275 Rdnr. 3; Staudinger/*Caspers*, Neub. 2014, § 275 Rdnr. 74 m. w. N.

6 Z. B. BGH, Urteil vom 4.2.2000, V ZR 260/98, NJW 2000, 1496, 1497 f.

7 Der BGH hat in Rdnr. 14 der besprochenen Entscheidung unter Darstellung des Streitstands offengelassen, ob außerhalb des Anwendungsbereichs des § 27 Abs. 2 ErbbauRG (Erbbaurecht zur Befriedigung der Wohnbedürfnisse minderbemittelter Bevölkerungskreise) der Eigentümer durch AGB die Entschädigung komplett ausschließen kann. Dies ist m. E. jedenfalls bei Bauwerken zu bejahen, die bei Zeitablauf typischerweise keine oder nur geringe Marktgängigkeit haben, wie z. B. Schwimmbädern, Sportstätten, Schulen, m. E. auch typische Verbrauchermärkte (ebenso *Maaß*, NotBZ 2019, 360, 361; *Ott*, notar 2015, 75, 80). In solchen Fällen kann es sogar interessengerecht sein, dem Erbbauberechtigten zusätzlich eine schuldrechtliche Abbruchpflicht aufzuerlegen (vgl. Münchner Vertragshandbuch/*Winkler*, 7. Aufl. 2016, Bd. 6, Rdnr. 55).

den Blick genommen und diese auf zwei Drittel des Verkehrswerts des Bauwerks beschränkt.⁸ Damit haben sie bewusst einer Überschätzung des Verkehrswerts und einer Überforderung des Eigentümers vorgebeugt.

Ungeachtet dessen soll es laut BGH dem Erbbauberechtigten verboten sein, durch AGB festzulegen, dass es bei den getroffenen Vereinbarungen bleibt, wenn das Erbbaurecht endet. Der allgemeine Grundsatz „*pacta sunt servanda*“, der seinerseits Leitbildfunktion hat,⁹ soll einem konträren spezielleren Leitbild einseitiger Gestaltungsmacht weichen.

V. Das Recht der AGB als Leitbild einseitiger Gestaltungsmacht?

Laut BGH verbietet § 307 Abs. 1 und 2 Nr. 1 BGB es dem Erbbauberechtigten, sich durch AGB davor zu schützen, dass der Eigentümer die vertraglich vereinbarte Zeitdauer des Erbbaurechts und die Entschädigungspflicht einseitig vom Tisch wischt. Der BGH erblickt in formularmäßiger Abbedingung des § 27 Abs. 3 ErbbauRG eine unangemessene Benachteiligung des Eigentümers, die den Wertungen der §§ 307 ff. BGB widerspreche.

Das überzeugt nicht, sobald man § 27 Abs. 3 ErbbauRG nicht nur am allgemeinen Maßstab des § 307 Abs. 1 und 2 Nr. 1 BGB misst, sondern auch an konkreteren Wertungen des AGB-Rechts. Um § 27 Abs. 3 ErbbauRG daran zu erproben, stelle man sich vor, das Verlängerungsrecht zur Abwendung der Entschädigung wäre nicht gesetzlich normiert, der Eigentümer würde es vielmehr als AGB in den Erbbaurechtsvertrag einbauen: Damit hätte er sich die Möglichkeit geschaffen, einseitig Eckdaten des Vertrages zu ändern, sowohl dessen Zeitdauer als auch die Entschädigung bei Ablauf. Als AGB wäre ein solcher Vorbehalt grundsätzlich unwirksam:

1. Lösungsrecht

Zum einen begründete er ein Recht des Eigentümers, sich von seiner Entschädigungspflicht zu lösen. Dies würde mit § 308 Nr. 3 BGB¹⁰ kollidieren. Um die Kollision zu vermeiden, müsste für das Lösungsrecht ein sachlich gerechtfertigter Grund nicht nur bestehen. Vielmehr müsste dieser außerdem im Vertrag angegeben werden. § 308 Nr. 3 BGB will den Vertragspartner des Verwenders „vor einem Zustand der Ungewissheit bewahren, ob, wann und wie der Vertrag erfüllt werden wird“.¹¹ Mit genau dieser Ungewissheit belastet indessen § 27 Abs. 3

8 Dies wird weithin empfohlen, unabhängig davon, ob das Erbbaurecht der Befriedigung des Wohnbedürfnisses minderbemittelter Bevölkerungskreise dient – vgl. v. Oefele/*Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, 6. Aufl. 2016, § 11 Rdnr. 1 und 2; Kersten/*Bühling/Otto*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 26. Aufl. 2019, § 57 Rdnr. 62M; Münchner Vertragshandbuch/*Winkler*, Rdnr. 55; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1675; Würzburger Notarhandbuch/*Maaß*, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 5 Rdnr. 2.

9 Vgl. Staudinger/*Coester-Waltjen*, Neub. 2013, § 307 Rdnr. 235.

10 Das Erbbaurecht ist nach der besprochenen Entscheidung (Rdnr. 12) und nach BGH, Urteil vom 22.1.2016, V ZR 27/14, DNotZ 2016, 375 (Rdnr. 27) kein Dauerschuldverhältnis, auf das § 308 Nr. 3 BGB nicht anwendbar wäre – vgl. Staudinger/*Coester-Waltjen*, § 308 Nr. 3 BGB Rdnr. 29.

11 Staudinger/*Coester-Waltjen*, § 308 Nr. 3 BGB Rdnr. 1.

ErbbauRG den Erbbauberechtigten während der ganzen Vertragsdauer bis kurz vor deren Ende, ohne dass im Vertragstext ein Wort über dieses Lösungsrecht enthalten sein muss.

2. Änderungsvorbehalt

Zum anderen begründete eine AGB mit dem Inhalt des § 27 Abs. 3 ErbbauRG ein Recht des Verwenders, von der versprochenen Entschädigung abzuweichen und stattdessen dem Vertragspartner eine andere Leistung aufzudrängen, nämlich eine weitere Laufzeit, deren Dauer außerdem erst noch anhand eines unbestimmten Rechtsbegriffs – voraussichtliche Standarddauer – zu ermitteln wäre. Nach § 308 Nr. 4 BGB wäre ein solcher Vorbehalt nur wirksam, wenn er unter Berücksichtigung der Interessen des Eigentümers für den Erbbauberechtigten zumutbar wäre.¹²

3. Intransparenz

Zudem würde sich der Überraschungseffekt (§ 305c Abs. 1 BGB) und die Unklarheit (§ 305c Abs. 2 BGB) eines in AGB enthaltenen Vorbehalts, der nach dem Modell des § 27 Abs. 3 ErbbauRG gestaltet wäre, aufdrängen. Denn zunächst vereinbaren die Beteiligten eine feste Laufzeit, eine Entschädigung für das Bauwerk und auch deren Höhe, um danach als AGB – wie es real § 27 Abs. 3 ErbbauRG tut – ein Recht des Eigentümers zu begründen, diese Festlegungen einseitig wegzuwischen. Spontan müsste man sich fragen, warum die Beteiligten nicht gleich die Entschädigung ausgeschlossen haben, sondern sie zunächst festschreiben, um gleich anschließend dem Eigentümer das Recht einzuräumen, das Vertrauen des Erbbauberechtigten darauf und auf die Dauer seiner vertraglichen Bindung zunichte zu machen. § 27 Abs. 3 ErbbauRG schafft einen solchen überraschenden Widerspruch per Gesetz. Und dieser wirkt noch tückischer als ein gleicher in AGB enthaltener Vorbehalt. Denn das von ihm normierte einseitige Gestaltungsrecht besteht auch dann, wenn es im Vertrag mit keinem Wort erwähnt oder auch nur angedeutet ist.¹³

Im Lichte der Wertungen des AGB-Rechts erweist sich also die von § 27 Abs. 3 ErbbauRG eröffnete Möglichkeit eines Vertragsteils, das Vertragsverhältnis umzugestalten, als Fremdkörper, gerade nicht als Leitbild, und für denjenigen, der auf Vertragstreue baut, als Trugbild. Allenfalls überragende Interessen des Eigentümers, welche die Interessen des Erbbauberechtigten so eindeutig überwiegen, dass dem Erbbauberechtigten die einseitige, im Vertrag nicht einmal angesprochene Abkehr vom ursprünglich Vereinbarten zumutbar ist, können ein derartiges Leitbild legitimieren.

VI. Rechtfertigen überragende Interessen des Eigentümers gleichwohl die Erhebung des § 27 Abs. 3 zum Leitbild?

Betrachten wir also erneut die Erwägungen des BGH, mit denen er die grundsätzliche Unabdingbarkeit des § 27 Abs. 3 ErbbauRG durch AGB des Erbbauberechtigten begründet.

1. Wirtschaftliche Belastung

Die erste lautet: Werde dem Eigentümer das Recht verwehrt, die Entschädigung abzuwenden, so sei dies „für ihn unter Umständen mit erheblichen *wirtschaftlichen Belastungen* verbunden“. ¹⁴ Diese könnten ihn zur Unzeit treffen, wenn es ihm nicht möglich sei, die Entschädigungssumme zu zahlen oder zu finanzieren oder den damit verbundenen Liquiditätsabfluss zu verkraften.

Hier arbeitet der BGH mit einem Gedanken, der bei vereinbarten Zahlungspflichten, wie wir in Abschnitt II festgestellt haben, unserer Rechtsordnung diametral fremd ist. Diese lässt das Interesse, von vereinbarten Zahlungspflichten verschont zu bleiben, ganz und gar unberücksichtigt. Selbstverständlich kann der Gesetzgeber Ausnahmen von diesem Grundsatz statuieren, wie er es in § 27 Abs. 3 ErbbauRG getan hat. Um daraus ein Leitbild zu entwickeln, erscheint aber der Hinweis, die Zahlung sei „unter Umständen mit erheblichen wirtschaftlichen Belastungen verbunden“, als überaus dürftig. Denn sogar im Falle des § 275 Abs. 2 Satz 1 BGB, wenn die mit der Zahlung verbundene Last „in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht“, herrscht der überragende Grundsatz, dass der Schuldner gleichwohl von der vereinbarten Zahlungspflicht nicht frei wird.¹⁵

Ebenso wenig überzeugt der Hinweis des BGH, die Zahlungspflicht könne den Eigentümer zur Unzeit treffen. Man kann mit gutem Grund fragen, ob sich der Endtermin des Erbbaurechts, der von Anbeginn und seit Jahrzehnten feststeht, als Unzeit titulieren lässt, denn unerwartet ist daran nichts und unpassend allenfalls die finanzielle Situation des Zahlungspflichtigen, die nach unserer Rechtsordnung – wie ausgeführt – als irrelevant gilt.

Der BGH räumt denn auch selbst ein, der Eigentümer könne rechtzeitig Rücklagen bilden. Er hält aber die Bindung von Liquidität, die der Eigentümer infolgedessen hinnehmen müsste, für unzumutbar, zumal über die letztendliche Höhe der Entschädigungssumme Ungewissheit herrsche.

Dabei lässt er jedoch außer Acht, dass aus der Sicht des Eigentümers die Vergabe eines Erbbaurechts das ideale Mittel ist, um sich Liquidität zu verschaffen, ohne das Eigentum aus der Hand zu geben und die Last der laufenden Verwaltung des Grundbesitzes zu tragen. Um dauerhaft Liquidität zu erhalten und sich Arbeit zu sparen, gibt es nur ein Modell, nämlich den Verkauf der Immobilie. Kann der Eigentümer sich dazu nicht entschließen, dann hat sein Liquiditätsgewinn eine unvermeidliche Kehrseite, nämlich einen vergleichbaren Liquiditätsverlust des Erbbauberechtigten, begleitet von dem auf ihn verlagerten Arbeitseinsatz.

¹² Dazu nachfolgender Abschnitt VI.

¹³ Vgl. Kersten/Bühling/Otto, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 57 Rdnr. 62M; Würzburger Notarhandbuch/Maaß, Teil 2 Kap. 5 Rdnr. 2; anders v. Oefe/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 11 Rdnr. 1 und 2.

¹⁴ Rdnr. 18 der besprochenen Entscheidung.

¹⁵ Vgl. Fn. 5.

Mit Händen ist dies zu greifen, falls der Eigentümer ein *vorhandenes* Gebäude als Erbbaurecht vergibt (§ 12 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG) und sich den Gebäudewert bei Vertragsbeginn durch eine einmalige Zahlung vergüten lässt oder die Nutzung des Gebäudes in die Höhe des Erbbauzinses einkalkuliert. Soll es dann dem Erbbauberechtigten verwehrt bleiben, mittels Formularvertrags die Rückzahlung der bei ihm abgeflossenen Liquidität und vielleicht den mit weiterer eigener Liquidität erhöhten Gebäudewert, dessen Vergütung vertraglich zugesagt wurde, wiederzuerlangen? Diese Frage kann man nur stellen, um sie zu verneinen. Die Dauer des Liquiditätsgewinns des Eigentümers war von Anfang an festgelegt. Sie korrespondiert mit einem entsprechenden Liquiditätsverlust des Erbbauberechtigten. Die Interessen beider halten sich die Waage, erst recht dann, wenn die Höhe der Entschädigung – wie auch im entschiedenen Fall – zudem auf zwei Drittel des Gebäudewerts beschränkt ist.

2. Verwertbarkeit des Bauwerks

Der BGH hat nicht die vorstehende Fallkonstellation in den Blick genommen, sondern den von ihm zu entscheidenden Fall, dass der Eigentümer ein unbebautes Grundstück zur Bebauung vergeben hat (§ 12 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG) und infolgedessen bei Ablauf des Erbbaurechts eine neue Verwendung für das vom Berechtigten errichtete Bauwerk finden müsste. Zu Recht konstatiert der BGH, dass dies schwierig ist, wenn das Bauwerk *ungünstige Nutzungs- und Verwertungsmöglichkeiten* bietet. Zwar minderten diese den Verkehrswert. Aber auch ein infolgedessen geminderter Verkehrswert könne den Eigentümer ungerechtfertigt treffen, da er keinen Einfluss auf die Instandhaltung, Bewirtschaftung oder Nutzung des Bauwerks gehabt habe.

Damit spricht der BGH ein Problem an, das in der Tat für den Eigentümer umso bedrohlicher werden kann, je geringeren Einfluss er auf das vom Berechtigten errichtete Bauwerk nehmen konnte. Dabei geht es weniger um die vom BGH erwähnte Instandhaltung, Bewirtschaftung und Nutzung des Bauwerks,¹⁶ sondern zuallererst um die Zahl der Bauwerke, um deren Umfang, Zweckbestimmung, Art und Gestaltung, mithin um deren nähere Beschreibung im Erbbaurechtsvertrag (§ 1 Abs. 1 ErbbauRG). Diese muss den sachenrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen genügen. Rechtsprechung und herrschende Meinung sind dabei jedoch überaus großzügig: Die notwendige Bestimmtheit gilt bereits als erreicht, wenn der Erbbauberechtigte jedwede baurechtlich zulässige Zahl und Art von Gebäuden errichten darf,¹⁷ sogar jede *jeweils* zulässige im Sinne einer dynamischen Verweisung.¹⁸ Falls der Erb-

bauberechtigte sich solchen Spielraum einräumen lässt, überbürdet er dem Eigentümer ein doppeltes Risiko:

- Zum einen das Risiko, dass durch ein unerwartetes Ausmaß der Bebauung das wirtschaftliche Gleichgewicht zwischen Nutzungswert und Erbbauzins krass gestört wird. Dagegen schützt ihn der BGH mithilfe des § 313 BGB, falls ein solches Ausmaß der Störung bei Bestellung des Erbbaurechts nicht vorhersehbar war.¹⁹
- Zum anderen das Risiko, dass ihm am Ende des Erbbaurechts eine ungeahnt hohe Entschädigung für das Bauwerk droht. Ihn dagegen zu schützen, ist der legitime Zweck des § 27 Abs. 3 ErbbauRG.

Hat der Erbbauberechtigte sich durch AGB einen derart weiten Spielraum für Zahl, Größe, Art, Gestaltung und Zweckbestimmung der Bauwerke vorbehalten, dass dem Eigentümer ein völlig unerwartetes Bauvolumen oder eine ebenso ungeheure Art des Bauwerks droht, so erscheint es interessengerecht, den Eigentümer zu schützen. Zu diesem Zweck würde es ausreichen, einen durch AGB des Erbbauberechtigten unangemessen weit ausgedehnten Spielraum des Erbbauberechtigten für die Bebauung einer Kontrolle gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB (Verletzung des Transparenzgebots wegen ungerechtfertigten Beurteilungsspielraums²⁰) oder gemäß § 305c BGB (überraschende Klausel) zu unterwerfen, ohne den systemfremden § 27 Abs. 3 ErbbauRG zum Leitbild zu erheben.

Nachdem der BGH sich für letzteres entschieden hat, wird man ihm folgen und für solche Fälle § 27 Abs. 3 ErbbauRG als Leitbild betrachten. Auf dem einen wie auf dem anderen Weg lässt sich verhindern, dass der Eigentümer beim Ende des Erbbaurechts ohne Einflussmöglichkeit mit einer ungeahnt hohen, kaum vorhersehbaren Entschädigungsforderung konfrontiert wird. Dasselbe gilt meines Erachtens auch dann, wenn der Spielraum des Erbbauberechtigten zwar geringer ist, er aber durch seine AGB jedenfalls das Volumen, die Zweckbestimmung und/oder Gestaltung der Bauwerke weitgehend seiner Entscheidung vorbehalten hat.²¹ Dann realisiert sich von den Gefahren, die der BGH zur Begründung der Leitbildfunktion des § 27 Abs. 3 ErbbauRG in den Blick genommen hat, diejenige und meines Erachtens zugleich die einzige, welche rechtliche Anerkennung verdient.

Davon zu unterscheiden sind die in der Praxis häufigen Fälle, in denen die Zahl, das Volumen, die Zweckbestimmung und Gestaltung der Erbbaurechtsbauten im Vertrag so konkretisiert sind, dass dem Berechtigten nur geringer Spielraum verbleibt.²² Solche Konkretisierung begrenzt das Risiko des Eigentümers, mit einer kaum abschätzbaren Entschädigungsforderung konfrontiert zu werden, oder vermeidet es ganz. Dann muss ein Ausschluss des § 27 Abs. 3 ErbbauRG auch durch AGB zulässig bleiben.

16 In der Praxis sind Nachteile des Eigentümers aus deren Vernachlässigung kaum zu befürchten. Denn alle gebräuchlichen Erbbaurechtsmuster unterwerfen den Erbbauberechtigten auf diesem Gebiet hohen Sorgfaltspflichten (Nachweise in Fn. 40), deren Verletzung Schadensersatzansprüche auslöst und den zu entschädigenden Wert des Bauwerks mindert.

17 BGH, Urteil vom 22.4.1994, V ZR 183/93, Rdnr. 9, MittBayNot 1994, 316; Urteil vom 12.6.1987, V ZR 91/86, Rdnr. 16 ff., DNotZ 1988, 161; v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 2 Rdnr. 18 ff., 23; Palandt/Wicke, § 1 ErbbauRG Rdnr. 7;

18 BGH, Urteil vom 23.5.2014, V ZR 208/12, NJW 2014, 3439 Rdnr. 25.

19 BGH, Urteil vom 23.5.2014, V ZR 208/12, NJW 2014, 3439 Rdnr. 26.

20 Vgl. Palandt/Grüneberg, § 307 Rdnr. 26 m. w. N.

21 Beispiele in Würzburger Notarhandbuch/Maaß, Teil 2 Kap. 5 Rdnr. 2 S. 1118; v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 11 Rdnr. 1 und 2.

22 Beispiele in v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 11 Rdnr. 3; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1675.

Kurz gesagt: Je größeren Spielraum sich der Erbbauberechtigte durch AGB für die Bebauung des Erbbaugrundstücks vorbehalten hat, desto eher ist es gerechtfertigt, den Eigentümer gegen eine formularmäßige Abbedingung des § 27 Abs. 3 ErbbauRG zu schützen. Je geringer dieser Spielraum, desto weniger verdient der Eigentümer diesen Schutz; dann muss dem Erbbauberechtigten die Möglichkeit bleiben, § 27 Abs. 3 ErbbauRG auch durch AGB abzubedingen und damit auf die tragenden Grundsätze unserer Rechtsordnung – „pacta sunt servanda“, Einstandspflicht für vereinbarte Geldschulden – zu bauen.

Diese Leitlinie erlaubt einen interessengerechten Ausgleich. Die Feststellung des BGH, wonach § 27 Abs. 3 ErbbauRG „im Zweifel“ durch AGB des Erbbauberechtigten nicht abbedungen werden kann, ist zu allgemein, um den unterschiedlichen Fallkonstellationen gerecht zu werden. Sie widmet den Interessen des Erbbauberechtigten und den sonstigen Wertungen unserer Zivilrechtsordnung nicht die gebotene Aufmerksamkeit. Sie ist – vielleicht sensibilisiert durch die anfängliche Entschädigungsforderung von ca. 1,4 Millionen €²³ – zu einseitig auf die Interessen des Eigentümers fokussiert.

Einerseits gibt die Entscheidung des BGH allen Anlass, bei AGB des Erbbauberechtigten, aber auch außerhalb solcher AGB, darauf zu achten, dass der richtige Kern des vom BGH zu allgemein entwickelten Leitbilds zur Geltung kommt. Andererseits darf dies jedoch die Suche nach einem ausgewogenen Ausgleich der Interessen von Eigentümer und Erbbauberechtigtem nicht behindern. Nachdem der BGH das Verbot, § 27 Abs. 3 ErbbauRG abzubedingen, mit der aus § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB entlehnten Einschränkung versehen hat, wonach es „im Zweifel“ gilt, hat er den Weg dafür offengelassen, die einzelnen Fallgruppen gemäß der vorstehend entwickelten Leitlinie interessengerecht zu unterscheiden.²⁴ Mit dem vom BGH übernommenen gesetzlichen Merkmal „im Zweifel“ wollte der Gesetzgeber ersichtlich der Gefahr entgegenwirken, dass bei der Anwendung des § 307 Abs. 2 BGB die tatsächlichen Besonderheiten des konkreten Vertrags aus dem Blick geraten.²⁵

Gegen eine überdehnte und undifferenzierte Leitbildfunktion des § 27 Abs. 3 ErbbauRG spricht außerdem, dass sich dessen Rechtstechnik bei näherer Betrachtung als wenig durchdacht und höchst streitanfällig erweist, wie gleich zu zeigen sein wird.

VII. Normqualität und Praxistauglichkeit des § 27 Abs. 3 ErbbauRG

1. Formfreiheit des Verlängerungsangebots

Das Angebot des Eigentümers auf Verlängerung des Erbbaurechts ist formfrei. Die zahlreichen Tücken der Formfreiheit, wie Unbedachtheit, Unklarheit, Beweisnot, sind bekannt. Der Sachverhalt der hier besprochenen Entscheidung des BGH wirft ein Schlaglicht darauf: Im konkreten Fall hatte die Eigen-

tümerin der Erbbauberechtigten angeboten, das Erbbaurecht „um zehn Jahre zu den bisherigen Bedingungen zu verlängern“. Sie hatte dieses Angebot ausdrücklich „gestützt auf § 27 Abs. 3 Satz 1 ErbbauRG“. Daher konnte hier kein Zweifel bestehen, dass sie eine Verlängerung und den Wegfall der Entschädigung nach dieser Vorschrift erstrebte.

Wäre hingegen der ausdrückliche Hinweis auf die gesetzliche Grundlage unterblieben – und damit ist in der Realität durchaus zu rechnen – so müsste durch Auslegung ermittelt werden, ob die Eigentümerin mit ihrem „Angebot“ nur ihren Wunsch nach einvernehmlicher Verlängerung zum Ausdruck bringen oder einseitig die Rechtsfolgen des § 27 Abs. 3 Satz 1 ErbbauRG herbeiführen wollte. Ohne Bezugnahme auf diese Norm wäre völlig offengeblieben, ob mit den zehn Jahren eine von § 27 Abs. 3 Satz 1 ErbbauRG losgelöste vertragliche Verlängerung gemeint sein sollte oder eine Verlängerung gemäß dieser Vorschrift verbunden mit der dann unerlässlichen Prognose der voraussichtlichen Standdauer des Bauwerks. Für Letztere waren die zehn Jahre mit hoher Wahrscheinlichkeit zu kurz.²⁶ Ohne den Hinweis auf § 27 Abs. 3 Satz 1 ErbbauRG würde das Pendel der Ungewissheit daher nicht in dessen Richtung ausschlagen, sondern in Richtung auf eine einvernehmliche Verlängerung. Ob dem Eigentümer nach dem Scheitern einer solchen noch der Rückzug auf das einseitige Verlängerungsrecht gestattet bliebe, ist fraglich, nach der Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1980²⁷ jedoch eher zu verneinen. Rechtsstreitigkeiten sind vorprogrammiert.

2. Fehlen einer zeitlichen Vorgabe für das Verlängerungsangebot

Der Wortlaut des § 27 Abs. 3 Satz 1 ErbbauRG fordert lediglich, dass der Eigentümer die Verlängerung des Erbbaurechts vor dessen Ablauf anbietet. Eine Frist, wie lange vorher, enthält er nicht. Der BGH musste sich 1980 in seiner ersten Entscheidung zu § 27 Abs. 3 ErbbauRG unter anderem mit den dadurch ausgelösten Problemen befassen.²⁸ Im damals entschiedenen Fall hatte die Eigentümerin das Angebot erst acht Tage vor Ablauf des Erbbaurechts gemacht, obwohl die Beteiligten schon Monate zuvor über die Entschädigungssumme und die Übergabe des Gebäudes verhandelt hatten und kurz vor einer Einigung standen. Aufgrund dieser besonderen Umstände sah der BGH das kurzfristige Verlängerungsangebot als treuwidrig an. In einem obiter dictum hat er sich der damals schon herrschenden Meinung²⁹ angeschlossen, das Angebot müsse so zeitig erfolgen, dass die Einigung der Parteien über die damit verbundene Inhaltsänderung des Erbbaurechts noch vor dessen Ablauf in das Grundbuch eingetragen werden könne.

Im Ergebnis hängt damit die Wirksamkeit des Verlängerungsangebots von einer zutreffenden Prognose des Zeitbedarfs für fünf verschiedene Vorgänge ab: Die erste Prognose muss den Zeitbedarf für die Prüfung des Angebots durch den Erbbaube-

²³ Woraus dann vor dem OLG allerdings nur etwa 212.000 € geworden sind.

²⁴ Ebenso *Maaß*, NotBZ 2019, 360, 361 unter Hinweis auf weitere Fallgruppen.

²⁵ Treffend *Staudinger/Coester-Waltjen*, § 307 Rdnr. 226.

²⁶ Dazu nachfolgend in Abschnitt VII. 3.

²⁷ BGH, Urteil vom 3.10.1980, V ZR 125/79, NJW 1981, 1045.

²⁸ BGH, Urteil vom 3.10.1980, V ZR 125/79, NJW 1981, 1045.

²⁹ Vgl. v. *Oefele/Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, § 5 Rdnr. 226 m. w. N.

rechtigten treffen,³⁰ die zweite den für die Errichtung der zur Inhaltsänderung nötigen Urkunde³¹, die dritte den Zeitbedarf für etwaige nach Vorliegen dieser Urkunde einzuholende Zustimmungen Drittberechtigter, wobei strittig ist, ob Drittberechtigte am Erbbaurecht zustimmen müssen oder Drittberechtigte am Erbbaugrundstück.³² Viertens muss der Zeitraum kalkuliert werden, bis nach Errichtung der Verlängerungsurkunde ein Grunderwerbsteuerbescheid ergeht und im Anschluss daran die Grunderwerbsteuer bezahlt ist, sodass die zum Vollzug der Verlängerung nötige Unbedenklichkeitsbescheinigung des FA vorliegt.³³ Und schließlich muss fünftens über diese vier Zeiträume hinaus die anschließende Dauer des Grundbuchverfahrens prognostiziert werden.

Äußert der Erbbauberechtigte sich zum Angebot nicht oder weist er das Angebot als verspätet zurück, weil der Eigentümer die benötigte Gesamtzeit unterschätzt habe und daher das Verlängerungsangebot verspätet sei, so wird er sich auf keine Urkunde einlassen, welche die Eintragung der Verlängerung in das Grundbuch ermöglicht. Infolgedessen kann die umstrittene Prognose nicht durch einen tatsächlich schnelleren Verlauf verifiziert werden. Dann haben nachträglich die Gerichte darüber zu befinden, ob das Angebot verspätet war, weil der Eigentümer die benötigte Gesamtzeit unterschätzt hat. Für diese gibt es keine allgemeingültigen Regeln. Vielmehr hängt sie von persönlichen Umständen der Beteiligten, den Gepflogenheiten von Drittberechtigten, Erhebung und Bezahlung der Grunderwerbsteuer und den üblichen Vollzugszeiten des örtlichen Grundbuchamts ab. So bleibt nur der vorsorgliche Rat an den Eigentümer, die Frist eher großzügig zu dimensionieren und das Angebot schon ein Jahr oder mindestens ein halbes Jahr vor Ende des Erbbaurechts zu machen.³⁴ Solche Empfehlungen mildern die § 27 Abs. 3 Satz 1 ErbbauRG immanente Rechtsunsicherheit, ohne sie zu beseitigen.

3. Unsicherheit über die voraussichtliche Standdauer des Bauwerks

Damit das Verlängerungsangebot wirksam ist, muss der Eigentümer den Zeitraum der Verlängerung so weit erstrecken, wie die Standdauer des Bauwerks voraussichtlich währt. Er

muss den von ihm prognostizierten Endtermin bestimmt bezeichnen, nach dem Kalender oder gleichwertig.³⁵ Angesichts der Unbestimmtheit des Terminus „voraussichtliche Standdauer“ ist dem Eigentümer bei der Prognose des Endtermins zwar ein Spielraum³⁶ zuzugestehen. Liegt die Prognose aber außerhalb dessen, so ist das Verlängerungsangebot unwirksam: Das Erbbaurecht erlischt und die Entschädigungsforderung entsteht.³⁷

Die Wortwahl des § 27 Abs. 3 Satz 1 ErbbauRG suggeriert, es gehe um die Statik des Gebäudes. Weil dank geltenden Baurechts Gebäude so gut wie nie zusammenbrechen, muss man von unglücklicher Wortwahl sprechen. Zu Recht versucht das Schrifttum, diese auszubügeln. Die einen stellen – näher am Wortlaut – auf die Erhaltung des Bauwerks in seinem bisherigen baulichen Zustand ab,³⁸ die anderen – zumindest auch – auf die wirtschaftliche Möglichkeit, das Bauwerk zweckentsprechend zu nutzen.³⁹ Beide haben ihre Schwächen:

- Kommt es auf die dem Erbbaurechtswert entsprechende wirtschaftliche Nutzbarkeit des Bauwerks an, so wirken neben dessen Bauzustand vor allem äußere Einflüsse auf das Enddatum der Verlängerung ein, wie die Akzeptanz des Marktes für Bauwerke solcher Art, evtl. sogar Änderungen im Umfeld des Bauwerks. Je negativer diese sich entwickelt haben, desto näher liegt der Endtermin einer Verlängerung. Im krassesten Fall ist er beim ursprünglich vereinbarten Ablauf des Erbbaurechts nahezu erreicht.
- Aber auch wenn sich das Ende der Verlängerungszeit allein nach dem baulichen Zustand richten soll, ist keine Rechtssicherheit gewonnen. Indem die gebräuchlichen Erbbaurechtsmuster den Berechtigten verpflichten, das Bauwerk „in gutem Zustand zu erhalten“ und „die zu diesem Zweck erforderlichen Ausbesserungen und Erneuerungen jeweils unverzüglich vorzunehmen“,⁴⁰ verschieben sie das Enddatum der Verlängerung in eine weite Zukunft, zudem in eine ungewisse. Denn je nachdem, ob bei der Prognose des Endtermins von der vertragsgemäßen Erfüllung dieser Pflichten auszugehen ist oder von deren – bisher vielleicht hingenommenen – Vernachlässigung,⁴¹ gelangt man zu einem recht unterschiedlichen Endtermin der Verlängerung. Die bestimmte Bezeichnung der voraussichtlichen Standdauer des Bauwerks, mit welcher der Eigentümer sein Verlängerungsangebot verbinden muss, damit es den

30 Dazu gibt es keine Rechtsprechung; laut BGH, Urteil vom 3.10.1980, V ZR 125/79, NJW 1981, 1045 verringert sich der für die Prüfung des Angebots zuzugestehende Zeitbedarf, falls der Erbbauberechtigte schon vorher weiß, dass ihm die Verlängerung angeboten werden wird.

31 Zur Eintragung der auf § 27 Abs. 3 ErbbauRG beruhenden Inhaltsänderung muss dem Grundbuchamt die Einigung (§ 20 GBO) in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden, aber nicht die gleichzeitige Anwesenheit beider Beteiligten (§ 11 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG). Daher reicht notarielle Unterschriftsbeglaubigung aus. Ein schuldrechtlicher Vertrag liegt einer solchen Inhaltsänderung nicht zugrunde, sodass der Streit über die Formerfordernisse einer solchen (vgl. v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 34) keine Rolle spielt.

32 Entgegen bisher h. M., z. B. Palandt/Wicke, § 27 ErbbauRG Rdnr. 4, bejahen dies zu Recht v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 5 Rdnr. 230; Staudinger/Rapp, Neub. 2017, § 27 ErbbauRG Rdnr. 19 m. w. N.

33 Näher dazu bei Fn. 46 und 47.

34 v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 5 Rdnr. 226.

35 Staudinger/Rapp, § 27 ErbbauRG Rdnr. 19 unter f); v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 5 Rdnr. 225.

36 Siehe nachfolgender Abschnitt VII. 4.

37 Vgl. v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 5 Rdnr. 232.

38 Staudinger/Rapp, § 27 ErbbauRG Rdnr. 19.

39 v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 5 Rdnr. 224; Ott, notar 2015, 75, 81.

40 v. Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 11 Rdnr. 1; ähnlich Schöner/Stöber; Grundbuchrecht, Rdnr. 1675; Kersten/Bühling/Otto, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 57 Rdnr. 62M; Münchner Vertragshandbuch/Winkler, Rdnr. 55 § 2 Abs. 2.

41 So m. E. zu Unrecht Ott, notar 2015, 75, 81.

Wegfall der Entschädigung bewirkt, eröffnet angesichts dessen ein weiteres Feld für Rechtsstreitigkeiten.

4. Wiederholte Verlängerung

Nach Satz 2 des § 27 Abs. 3 ErbbauRG kann der Eigentümer „zur Abwendung der Entschädigungspflicht“ das Erbbaurecht wiederholt verlängern. Auf den ersten Blick liegt darin ein Widerspruch zu Satz 1 des § 27 Abs. 3 ErbbauRG, denn danach „erlischt“ der Anspruch auf Entschädigung. Ist dieser aber erloschen, so bedürfte es keiner erneuten Verlängerung, um ihn abzuwenden.

Der scheinbare Widerspruch löst sich auf, sobald man danach unterscheidet, wie der Erbbauberechtigte auf ein wirksames⁴² Verlängerungsangebot des Eigentümers reagiert:

- Lehnt er es ab oder äußert er sich nicht innerhalb angemessener Frist, so endet das Erbbaurecht und die Entschädigungsforderung erlischt.
- Nimmt er es an, so verlängert sich das Erbbaurecht und mit ihm sämtliche bisher geltenden Vereinbarungen, also nicht nur der Erbbauzins, sondern auch die Entschädigungspflicht. Diese ist nunmehr auf den Ablauf der Verlängerungszeit vertagt und richtet sich nach dem dann bestehenden Wert des Bauwerks.

Indem der Gesetzgeber dem Eigentümer die mehrfache Verlängerung gestattet, um der vereinbarten Entschädigungspflicht zu entgehen, übt er gegenüber Fehlprognosen des Eigentümers über die voraussichtliche Standdauer des Bauwerks größte Nachsicht und gegenüber dem Bedürfnis des Erbbauberechtigten nach *Dispositionssicherheit* nicht die geringste Rücksicht.⁴³ Ungeachtet bisheriger Fehlprognose/n soll der Eigentümer das Erbbaurecht „wiederholt“ verlängern können, bis der Zustand des Bauwerks keine Entschädigung mehr rechtfertigt. Erstreckt sich das Erbbaurecht auf ein in solider Qualität errichtetes – vielleicht noch denkmalgeschütztes – Bauwerk, zu dessen Instandhaltung und Erneuerung der Erbbauberechtigte laut Vertrag verpflichtet ist,⁴⁴ so lässt sich praktisch nicht mehr absehen, wann die wiederholten Verlängerungen der Laufzeit ein Ende finden. § 27 Abs. 3 Satz 2 ErbbauRG ermöglicht damit die Wiederkehr eines Rechtszustands, der dem mittelalterlichen Lehenswesen gleicht und aufgrund seiner Dauer die nachfolgend unter VII. 5. dargestellten Risiken potenziert.

5. Verlängerung und Abwendung der Entschädigung, aber unveränderte Pflichten des Erbbauberechtigten

Obwohl der Eigentümer durch sein Angebot, die Laufzeit zu verlängern, seine Entschädigungspflicht für das Bauwerk abwenden kann, bleiben die vertraglichen Pflichten des Erbbauberechtigten während der gesamten zusätzlichen Laufzeit unverändert.⁴⁵ Vorderhand spürt der Erbbauberechtigte das

Fortwirken des bisherigen Rechtszustands, wenn er nach Errichtung der Verlängerungsurkunde vom FA einen Grunderwerbsteuerbescheid erhält. Die Finanzverwaltung behandelt nämlich die Verlängerung wie die Einräumung eines neuen Erbbaurechts⁴⁶ und bemisst die Grunderwerbsteuer nach dem kapitalisierten künftigen Erbbauzins.⁴⁷ Zwar sind Eigentümer und Erbbauberechtigter Gesamtschuldner (§ 13 Nr. 1 GrEStG). Die Übernahme der Steuerschuld durch den Erbbauberechtigten im ursprünglichen Vertrag, obwohl nur schuldrechtlich vereinbart, dürfte aber auf den nunmehrigen Erbbauberechtigten durchschlagen; dasselbe gilt für die Kosten bei Notar und Grundbuchamt (§ 11 Abs. 1 ErbbauRG, § 448 Abs. 2 BGB). Dem Erbbauberechtigten wird es schwerfallen, darin, dass er sämtliche Kosten und Steuern zahlen soll, um die Entschädigungspflicht des Eigentümers abzuwenden, den laut BGH in § 27 Abs. 3 ErbbauRG verankerten Ausgleich der beiderseitigen Interessen⁴⁸ zu erkennen.

Eine größere und fortdauernde Gefahr besteht darin, dass sich während der verlängerten Laufzeit ein zunehmend eklatantes Missverhältnis zwischen dem Nutzungswert des Erbbaurechts und dem Erbbauzins entwickelt.

- Falls eine solche Entwicklung zulasten des Eigentümers eintritt, handelt es sich um eine Konsequenz seines eigenen Verhaltens. Er hat durch sein Verlängerungsangebot deutlich zum Ausdruck gebracht, dass die Abwendung der Entschädigungspflicht ihm wichtiger ist als die Vermeidung dieses Risikos. Will man einen Restbestand an Parität zwischen beiden Vertragsteilen wahren, so darf man nicht zulassen, dass der Eigentümer sich den Konsequenzen seines eigenen Eingriffs in das bisherige Vertragsgefüge entzieht, indem er sich auf ein Missverhältnis beruft, das während der Verlängerungszeit entstanden ist.
- Hat sich dagegen das Gleichgewicht zwischen dem Nutzungswert des Erbbaurechts und dem aktuellen Erbbauzins während der bisherigen Laufzeit zulasten des Erbbauberechtigten in ein Missverhältnis pervertiert oder tritt diese Entwicklung während der Verlängerungszeit ein, so darf diesem die Berufung auf eine Störung der Geschäftsgrundlage nicht versagt bleiben. Er war um den Preis des Verlusts seiner Entschädigungsforderung der einseitigen Gestaltungsmacht des Eigentümers ausgeliefert, die ihn nun für die verlängerte Laufzeit an den bisherigen Vertrag bindet. Deshalb verdient er den Schutz, den der BGH zur Bereinigung eines krassen Missverhältnisses zwischen Nutzungswert und Erbbauzins über § 313 BGB entwickelt hat.⁴⁹

⁴² Dazu vorstehende Abschnitte VII. 1.-3.

⁴³ Ebenso Staudinger/*Rapp*, § 27 ErbbauRG Rdnr. 16.

⁴⁴ Dazu die Nachweise in Fn. 40.

⁴⁵ v. Oefele/*Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, § 5 Rdnr. 223; Staudinger/*Rapp*, § 27 ErbbauRG Rdnr. 19.

⁴⁶ BFH, Urteil vom 18.8.1993, II R 10/90, MittBayNot 1994, 173 = BStBl. II 1993, S. 766 unter Aufgabe der früheren abweichenden Rspr.

⁴⁷ Zu den Einzelheiten v. Oefele/*Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, § 10 Rdnr. 55.

⁴⁸ Rdnr. 18 der besprochenen Entscheidung.

⁴⁹ BGH, Urteil vom 23.5.2014, V ZR 208/12, NJW 2014, 3439 Rdnr. 25 f.

6. Inkonsequente Gesetzestechnik

Kritik verdient auch das wenig durchdachte Zusammenwirken der einzelnen Bestimmungen des § 27 ErbbauRG. Vorab stellt Abs. 1 Satz 1 für das Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf den Grundsatz auf, dass eine Entschädigung für das Bauwerk zu leisten ist. Daran anschließend eröffnet Satz 2 die Möglichkeit, dingliche *Vereinbarungen* über Höhe, Zahlungsart und Ausschluss der Entschädigung zu treffen.

Konsequent wäre es angesichts dessen, in § 27 Abs. 3 ErbbauRG die Abwendung der Entschädigung mittels Verlängerung gleichermaßen als mögliche *dingliche Vereinbarung* zuzulassen und *nur* als solche. Damit gäbe er den Beteiligten Gelegenheit, sich darüber genauso wie über Höhe und Modalitäten der Entschädigung Gedanken zu machen, um auf diese Weise einen interessengerechten Ausgleich zu finden.

Im Gegensatz dazu lauert, ohne dass es auf eine Vereinbarung ankommt, das einseitige Abwendungsrecht – und damit der Wegfall der ausdrücklich vereinbarten Entschädigung – im gesetzlichen Hinterhalt des § 27 Abs. 3 ErbbauRG. Die überraschende Wirkung ist perfekt, zumal ohne gesetzlichen Anstoß das Nachdenken über das ferne Ende des Erbbaurechts nicht im Vordergrund steht. Als Folge dieser Gesetzestechnik enthalten die gängigen Muster von Erbbaurechtsverträgen keine Wiederholung des § 27 Abs. 3 ErbbauRG. Überwiegend sehen sie auch keine Belehrung über dessen Wirkung vor.⁵⁰

Betrachtet man all diese Mängel des § 27 Abs. 3 ErbbauRG,⁵¹ so verblasst die Strahlkraft des Leitbilds, das der BGH aufgerichtet hat. Nur mit großen Vorbehalten kann von einem Leitbild gesprochen werden, meines Erachtens allein für Fälle, in denen der Erbbauberechtigte sich einen schwer oder gar nicht abschätzbaren Spielraum für die Bebauung vorbehalten hat.⁵²

VIII. Konsequenzen für die Vertragsgestaltung

In der Praxis mag man sich damit trösten, dass in der Mehrzahl der Fälle die Eigentümer und typischen Erbbaurechtsausgeber, wie Kommunen, Kirchen und staatliche Einrichtungen,

50 Vgl. z. B. Würzburger Notarhandbuch/*Maaß*, Teil 2 Kap. 5 Rdnr. 2; Schönher/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1675; Kersten/Bühling/*Otto*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 57 Rdnr. 62M; Münchner Vertragshandbuch/*Winkler*, Rdnr. 55; anders Beck'sches Notarhandbuch/*Eichel*, 6. Aufl. 2015, A IV Rdnr. 49, der rät, § 27 Abs. 3 ErbbauRG abzubedingen oder zu modifizieren, „da in der Praxis regelmäßig so nicht gewollt“.

51 Die Mängel dürften nicht zuletzt auf der Situation bei Schaffung des § 27 Abs. 3 ErbbauRG vor 100 Jahren beruhen. Zu Beginn des Jahres 1919, als der erste Weltkrieg verloren war, sollte mittels der vom Rat der Volksbeauftragten erlassenen ErbbaurechtsVO zur schnellen Milderung der Wohnungsnot die Vergabe von Erbbaurechten angeregt werden. Die öffentlichen Finanzen waren aber vielerorts in desaströsem Zustand. Die typischen Erbbaurechtsgeber sollten daher der naheliegenden Sorge enthoben werden, bei (nahezu gleichzeitigem) Ablauf von Erbbaurechten unabsehbaren Entschädigungsforderungen ausgesetzt zu sein – näher *Schmidt-Räntsch*, ZfIR 2019, 165 ff., 180; v. *Oefele/Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, § 1 Rdnr. 3, 8 ff.

52 Allgemein zum Verständnis des Merkmals „im Zweifel“ innerhalb des § 307 Abs. 2 BGB *Staudinger/Coester-Waltjen*, § 307 Rdnr. 222 ff.

den Inhalt des Vertrags durch ihre AGB vorgeben. Dann spielt das vom BGH entwickelte Leitbild keine Rolle, weil ein Ausschluss des § 27 Abs. 3 ErbbauRG sich bei solchen AGB zu Lasten des Eigentümers auswirkt und daher keiner Inhaltskontrolle unterliegt.⁵³

Praktische Bedeutung hat das Urteil des BGH für Projektentwickler und Erbbauberechtigte aus dem gewerblichen Bereich, die sich nach eigenem Vertragsmuster oder von einem Eigentümer, der als Verbraucher handelt (§ 310 Abs. 3 BGB) Erbbaurechte, zum Beispiel für SB-Märkte, einräumen lassen.⁵⁴ Ihnen muss im Hinblick auf das Urteil des BGH abgeraten werden, sich einerseits für Volumen und Art der Bebauung jeden gesetzlich zulässigen oder jedenfalls einen weiten Spielraum vorzubehalten und andererseits § 27 Abs. 3 ErbbauRG abzubedingen.⁵⁵

Wenn man dem künftigen Erbbauberechtigten das Verlängerungsrecht des Eigentümers und die damit verbundene Abwendung der Entschädigungspflicht vor Augen führt und zugleich beiden Vertragsteilen das § 27 Abs. 3 ErbbauRG immanente Streitpotenzial, fördert dies vielleicht die Bereitschaft der Beteiligten, das Verlängerungsrecht auszuschließen oder interessengerechter und weniger streitanfällig zu modifizieren. Dies drängt sich geradezu auf, falls der Erbbauberechtigte ein vorhandenes Gebäude übernimmt und dessen Wert einmalig oder über den Erbbauzins vergütet oder wenn er für Umfang und Art der zu errichtenden Bauwerke nur geringen Spielraum erhält.

Selbst in solchen Fällen gelingt es jedoch nach meiner Erfahrung kaum, die typischen Erbbaurechtsausgeber zu einer Modifikation ihrer AGB zu bewegen – zum einen wegen der Aura altgebräuchlicher Muster, zum anderen wegen des noch geringen Erfahrungsschatzes im Umgang mit endenden Erbbaurechten. Einen Beitrag zu der allenthalben erwünschten weiteren Verbreitung des Erbbaurechts leistet solche Starrheit freilich nicht.

Falls der Erbbauberechtigte ein vorhandenes Gebäude übernimmt oder nur geringen Spielraum für die Bebauung erhält und der Eigentümer auf einem Verlängerungsrecht besteht, kann durch vertragliche Modifikation des § 27 Abs. 3 ErbbauRG versucht werden, dessen offenkundige Schwächen auszuräumen und zugleich Planungssicherheit sowie einen unter heutigen Maßstäben akzeptablen Interessenausgleich zu schaffen.⁵⁶ Dazu wage ich folgenden Formulierungsvorschlag:

- Der Eigentümer kann seine Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung dadurch abwenden, dass er dem Erbbauberechtigten die Verlängerung des Erbbaurechts um die Hälfte seiner bisherigen Laufzeit (alternativ: um ... Jahre) anbietet.⁵⁷

53 Allgemeine Ansicht, vgl. *Palandt/Grüneberg*, § 307 Rdnr. 11 m. w. N.

54 Ebenso *Binkowski/Mönig*, ZfIR 2019, 493, 494.

55 Siehe vorstehenden Abschnitt VI. 2.

56 Ebenso *Ott*, notar 2015, 75, 82 und andeutungsweise BGH in der besprochenen Entscheidung Rdnr. 23.

57 Vgl. vorstehende Abschnitte VII. 3.-6.

- Das Verlängerungsangebot ist nur wirksam, wenn es dem Erbbauberechtigten mindestens drei Jahre vor Ablauf des Erbbaurechts zugeht.⁵⁸
- Die Annahme des Angebots ist nur wirksam, wenn sie dem Eigentümer mindestens zwei Jahre vor Ablauf des Erbbaurechts zugeht.⁵⁹
- Um seine wirtschaftlichen Dispositionen auf die Zeitdauer der Verlängerung einzurichten, hat der Erbbauberechtigte das Recht, in seiner Annahmeerklärung die angebotene Dauer der Verlängerung entweder um die Hälfte der angebotenen Verlängerungszeit zu verkürzen oder um die Hälfte der angebotenen Verlängerungszeit zu verlängern. Macht er davon Gebrauch, so erstreckt sich die Verlängerungsvereinbarung auf den danach maßgeblichen Zeitraum.⁶⁰
- Die Beteiligten sind verpflichtet, alle Erklärungen abzugeben und Anträge zu stellen, um die vereinbarte Verlängerung unverzüglich in das Grundbuch einzutragen. Die Kosten bei Notar und Grundbuchamt sowie eine anfallende Grunderwerbsteuer hat der Erbbauberechtigte zu übernehmen und unverzüglich zu entrichten.
- Gelingt die Eintragung vor dem Zeitablauf des Erbbaurechts gleichwohl nicht, so ändert dies nichts an der Wirksamkeit der Verlängerungsvereinbarung. Diese begründet dann eine Pflicht der Beteiligten, das Erbbaurecht mit der vereinbarten Verlängerungsdauer unter Fortgeltung der bisherigen Vereinbarungen neu zu bestellen.⁶¹
- Eine wiederholte Verlängerung zur Abwendung der Entschädigung ist ausgeschlossen.⁶²
- Lehnt der Erbbauberechtigte das Angebot ab oder nimmt er es nicht wirksam an, so erlöschen das Erbbaurecht und der Anspruch auf eine Entschädigung für das Bauwerk.

58 Vgl. vorstehende Abschnitte VII. 1. und 2. Eine notarielle Beurkundung wäre zwar empfehlenswert, dürfte aber wegen der damit verbundenen Kosten keine Akzeptanz finden.

59 Vgl. vorstehende Abschnitte VII. 2. und 3.

60 Vgl. vorstehende Abschnitte VII. 3. und 4.

61 Vgl. vorstehenden Abschnitt VII. 2.

62 Vgl. vorstehenden Abschnitt VII. 4.

IX. Ergebnisse

- Das Recht des Eigentümers, das Erbbaurecht zur Abwendung der Entschädigung zu verlängern, kann durch Individualvereinbarung oder durch AGB des Eigentümers abbedungen werden. Dies ist grundsätzlich empfehlenswert,⁶³ weil § 27 Abs. 3 ErbbauRG – im Vertrag unerwähnt – das Vertrauen des Erbbauberechtigten auf die vertraglich vereinbarte Entschädigung untergräbt, vom Gesetzgeber wenig durchdacht ist und die Beteiligten mit Rechtsunsicherheit und Streitpotenzial belastet.
- Der BGH hält eine Abbedingung des § 27 Abs. 3 ErbbauRG durch AGB des Erbbauberechtigten im Zweifel für unwirksam, weil der Gesetzgeber mit dem Verlängerungsrecht ein Leitbild geschaffen habe. Im praktischen Ergebnis erfasst diese Rechtsprechung über § 310 Abs. 3 BGB auch Fälle, in denen der Erbbauberechtigte den Erbbaurechtsvertrag als Unternehmer schließt, der Eigentümer dagegen als Verbraucher.
- Der entschiedene Fall hat dem BGH zu wenig Anlass zur notwendigen Differenzierung geboten. Entgegen der allgemein gehaltenen Aussage des BGH kann § 27 Abs. 3 ErbbauRG als Leitbild dann nicht gelten, wenn der Erbbauberechtigte ein vorhandenes Gebäude des Eigentümers übernimmt (§ 12 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG), aber auch dann nicht, wenn Umfang, Zweckbestimmung und Gestaltung der (evtl. zusätzlich) zu errichtenden Bauwerke (§ 12 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG) im Erbbaurechtsvertrag weitgehend fixiert sind.
- Hat sich dagegen der Erbbauberechtigte für die Bebauung durch AGB oder Verbrauchervertrag einen weiten Spielraum für die Bebauung vorbehalten, so ist es gerechtfertigt, den Eigentümer auf der Linie des BGH gegen eine Abbedingung des § 27 Abs. 3 ErbbauRG zu schützen.
- Falls das Verlängerungsrecht des Eigentümers aufrechterhalten werden muss oder soll, empfiehlt sich eine vertragliche Modifikation des § 27 Abs. 3 ErbbauRG,⁶⁴ um die von ihm ausgehende Rechtsunsicherheit einzudämmen und dabei auch den Interessen des Erbbauberechtigten Rechnung zu tragen sowie dem Bedürfnis beider Vertragsteile nach Rechts- und Planungssicherheit.

63 Ebenso Beck'sches Notarhandbuch/*Eichel*, A IV Rdnr. 49.

64 Formulierungsbeispiel in vorstehendem Abschnitt VIII.

Sachenrechtliche Probleme von Photovoltaikanlagen bei Grundstücksübertragungen – Teil 1: Die sachenrechtliche Behandlung der Photovoltaikanlage

Von Notarassessor PD Dr. **Patrick Meier**, Friedberg

Die bereits vor vielen Jahren eingeleitete und zunehmend forcierte Energiewende führt zu einer immer größer werdenden Zahl von Photovoltaikanlagen gerade auch auf Dächern von Privat- und Wirtschaftsgebäuden. Dies zeitigt Auswirkungen auf die notarielle Vertragspraxis, wobei sich insbesondere bei Übergaben und Überlassungen die Frage stellt, was mit der jeweiligen Anlage zu geschehen hat. Soll sie auf den Rechtsnachfolger übergehen oder will sie der bisherige Grundstückseigentümer auch für die Zukunft behalten, obgleich er das Eigentum am Grundstück verliert? Letzteres ist in der Praxis nicht selten, weil die Photovoltaikanlage aufgrund der laufenden Einspeisegebühren eine dauerhafte Gewinnerzielungsmöglichkeit begründet und damit einen Baustein zur Altersvorsorge der aktuellen Eigentümer darstellen kann. Zudem kann so mitunter auch der Sozialhilfebedürftigkeit vorgebeugt werden. Darüber hinaus ist eine solche Gestaltung mitunter auch aus steuerlichen Gründen gewollt. In einem ersten Schritt sind die sich in diesem Zusammenhang stellenden sachenrechtlichen Probleme zu beleuchten und die bisher in der Literatur diskutierten Lösungsvorschläge zu würdigen (Teil 1), ehe ein eigener auch für die Praxis verwendbarer Ansatz entwickelt wird (Teil 2).

I. Die Probleme

In diesem Zusammenhang können sich unterschiedliche Problemlagen ergeben, die danach divergieren, welche Ziele die Parteien verfolgen und in welchem Verhältnis die Anlage zum Grundstück steht.

Beabsichtigen die Beteiligten, das Eigentum an der Photovoltaikanlage auf den Erwerber übergehen zu lassen, so bestehen keine Schwierigkeiten. Ist die Anlage wesentlicher Bestandteil¹ des Grundstücks, erlangt sie der neue Eigentümer des Grundstücks ohne Weiteres.² Aber auch in den Fällen, in denen sie sonderrechtsfähig ist, sind keine besonderen Vorkehrungen notwendig. Photovoltaikanlagen auf Hausdächern sind nämlich gemäß § 97 BGB als Zubehör anzusehen³ und daher sowohl gemäß § 311c BGB vom schuldrechtlichen Geschäft erfasst als auch nach § 926 Abs. 1 Satz 1 BGB mitübereignet, soweit nichts anderes bestimmt ist. Die Einord-

nung als Teil des Zubehörs gilt nach richtiger,⁴ wenn auch umstrittener⁵ Auffassung auch dann, wenn die Anlage lediglich Strom in das öffentliche Versorgungsnetzwerk einspeist, da insoweit dann durch die Montage der Anlage ein weiterer Zweck des Grundstücks in Form der Einnahmeerzielung begründet wird, dem diese in der Folge dient. Typischerweise ist daher keine spezielle Vereinbarung nötig, damit der Erwerber das Eigentum an der Photovoltaikanlage erhält. Um etwaige Zweifel auszuschließen und den sichersten Weg zu gehen,⁶ kann aber dennoch ein Hinweis in den Vertrag integriert werden, wonach klarstellend die Anlage an den Erwerber mitübereignet und -übergeben wird.

Deutlich komplexerer Gestaltungsbedarf zeigt sich, wenn der Veräußerer des Grundstücks die Photovoltaikanlage nicht dem Erwerber zuwenden will. Ist sie kein wesentlicher Bestandteil der Immobilie, ist sie sonderrechtsfähig und kann daher vom Veräußerer zurückbehalten werden. Es genügt dann, im Vertrag auszuführen, dass die Anlage nicht auf die Erwerber übergehen soll. Andernfalls droht sie wegen § 926 Abs. 1 BGB aus dem Eigentum des Veräußerers auszuscheiden, falls nicht insgesamt die Übereignung des Zubehörs ausgeschlossen wird. Größere Herausforderungen stellen sich aber, wenn die Anlage wesentlicher Bestandteil des Grundstücks ist und im Eigentum des Veräußerers bleiben soll. Die Anlage ist in diesem Fall nicht sonderrechtsfähig; an ihr können in der Konsequenz keine abweichenden Rechte im Vergleich zum Grundstück bestehen.⁷

Eine Lösung könnte in einer rein schuldrechtlich wirkenden Abrede liegen, wonach dem Übergeber weiterhin die Gewinne der Anlage abzuführen sind.⁸ Dies bewirkt zwar, dass die Ein-

1 Dazu unten II.

2 HK-BGB/Dörner, 10. Aufl. 2019, § 93 Rdnr. 4; MünchKomm-BGB/Stresemann, 8. Aufl. 2018, § 93 Rdnr. 19.

3 OLG Oldenburg, Beschluss vom 27.9.2012, 12 W 230/12, JurBüro 2013, 96.

4 Wie hier: OLG Oldenburg, Beschluss vom 27.9.2012, 12 W 230/12, JurBüro 2013, 96; LG Passau, Beschluss vom 28.2.2012, 2 T 22/12, RNotZ 2012, 511, 512; LG Saarbrücken, Urteil vom 2.12.2016, 10 S 42/16, ZfIR 2017, 421, 422; Goldbach, ZfIR 2014, 37, 38 f.; wohl auch BeckOGK-BGB/Mössner, Stand: 1.8.2018, § 97 Rdnr. 25.1.

5 Anders aber OLG Nürnberg, Urteil vom 10.10.2016, 14 U 1168/15, MittBayNot 2017, 146, 149; Staudinger/Stieper, Neub. 2017, § 97 Rdnr. 26; MünchKomm-BGB/Stresemann, § 97 Rdnr. 33.

6 BGH, Urteil vom 9.7.1992, IX ZR 209/91, NJW 1992, 3237, 3239; Urteil vom 9.12.2010, III ZR 272/09, NZM 2011, 290, 291; Urteil vom 21.1.2016, III ZR 159/15, DNotZ 2016, 711, 713.

7 Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl. 2016, § 25 Rdnr. 22.

8 Dazu Welsch/Woinar, NotBZ 2014, 161, 164 f.

nahmen dem bisherigen Eigentümer verbleiben, dürfte aber gleichwohl in aller Regel dem Parteiwillen nicht entsprechen. Zum einen besteht für den Übergeber keine Sicherheit, dass sein Vertragspartner diese Pflicht ordnungsgemäß erfüllt, insbesondere ist er vor einer Insolvenz seines Gegenübers nicht geschützt. Zum anderen stellen sich meist auch praktische Schwierigkeiten. Der Erwerber soll regelmäßig nicht mit der Verwaltung der Anlage belastet und deshalb nicht Eigentümer werden. Denkbar ist zudem, dass bei einem Eigentumswechsel der Verlust von Förderprogrammen droht. Überdies ergeben sich steuerrechtliche Fragen, weil Nachteile entstehen können, wenn die Einnahmen beim Erwerber zu versteuern sind.⁹ Die Gewährung eines Nießbrauchs stellt ebenfalls keine Lösung dar, weil auch er nur an rechtlich selbstständigen Sachen bestellt werden und damit wesentliche Bestandteile nicht isoliert betreffen kann.¹⁰

II. Die Photovoltaikanlage als wesentlicher Bestandteil

1. Verbindung mit dem Grund und Boden oder Einfügung zur Herstellung eines Gebäudes

§ 94 Abs. 1 BGB zählt zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks sämtliche mit Grund und Boden fest verbundenen Sachen, insbesondere die Gebäude. Nach Abs. 2 der Vorschrift gehören dazu des Weiteren die Sachen, die zu dessen Herstellung eingefügt wurden. Der Begriff der Herstellung wird dabei weit gefasst, sodass nicht nur alle untrennbar mit dem Gebäude im Übrigen verbundenen Einrichtungen von § 94 Abs. 2 BGB eingeschlossen werden,¹¹ sondern auch solche, die zwar technisch ohne Weiteres entfernt werden könnten, die aber nach der Verkehrsanschauung für die Fertigstellung des Gebäudes unerlässlich sind.¹² Neben den Sachen, die für ein Gebäude im Allgemeinen unabdingbar sind, zählen auch alle Bestandteile hierzu, die das Bauwerk in seiner spezifischen Eigenart prägen.¹³ Zwar ist eine Verbindung mit der sonstigen Bausubstanz notwendig;¹⁴ diese muss allerdings nicht fest oder untrennbar sein, sondern es genügt bereits, wenn die Sachen allein durch die Schwerkraft¹⁵ oder leicht lösbare Verbindungsmaßnahmen mit dem restlichen Gebäude zusammengehalten werden.¹⁶

9 Dies gilt vor allem, wenn der Erwerber einen höheren Grenzsteuersatz zu leisten hat, als es der bisherige Eigentümer hätte.

10 MünchKomm-BGB/Pohlmann, 7. Aufl. 2017, § 1030 Rdnr. 100; BeckOK-BGB/Wegmann, Stand: 1.11.2018, § 1030 Rdnr. 5.

11 BeckOGK-BGB/Mössner, § 94 Rdnr. 24; MünchKomm-BGB/Stresemann, § 94 Rdnr. 23.

12 BGH, Urteil vom 13.3.1970, V ZR 71/67, BGHZ 53, 324, 325; Urteil vom 27.9.1978, V ZR 36/77, NJW 1979, 712; Urteil vom 25.5.1984, V ZR 149/83, NJW 1984, 2277, 2278; Urteil vom 10.6.2011, V ZR 233/10, NJW-RR 2011, 1458.

13 BGH, Urteil vom 13.3.1970, V ZR 71/67, BGHZ 53, 324, 325; Urteil vom 21.5.1953, IV ZR 24/53, NJW 1953, 1180; Urteil vom 1.2.1990, IX ZR 110/89, NJW-RR 1990, 586, 587.

14 Staudinger/Stieper, § 94 Rdnr. 24; Soergel/Marly, BGB, 13. Aufl. 2000, § 94 Rdnr. 28.

15 RG, Urteil vom 3.1.1906, V. 543/05, RGZ 62, 248, 251 f.

16 BGH, Urteil vom 9.1.1958, II ZR 275/56, BGHZ 26, 225, 229; Urteil vom 25.10.1961, V ZR 30/60, BGHZ 36, 46, 50; Urteil vom 10.2.1978, V ZR 33/76, NJW 1978, 1311.

Dass Photovoltaikanlagen hierunter fallen können, ist unstrittig.¹⁷ Die Voraussetzungen des § 94 Abs. 2 BGB sind insbesondere dann erfüllt, wenn Anlagen als Dachfläche dienen,¹⁸ architektonisch in die Grundstruktur des jeweiligen Bauwerks eingefügt wurden¹⁹ oder aus anderen Gründen eine selbstständige Funktion als Gebäudeteil haben.²⁰ Ebenso sind sie wesentlicher Bestandteil, wenn sie eine bedeutsame technische Funktion für das Gebäude aufweisen, beispielsweise die Stromversorgung sichern, die nicht durch einen Anschluss an das öffentliche Netz gewährleistet ist,²¹ oder eine anderweitig nicht herzustellende Warmwasserversorgung bewirken. Wird eine Photovoltaikanlage demgegenüber nur auf ein bestehendes Dach aufgebracht, ohne selbst die Funktion als Dachfläche wahrzunehmen und speist sie die gewonnene Energie in das öffentliche Netz ein, trägt sie nichts zur Herstellung des Gebäudes bei und fällt in der Folge nicht unter § 94 Abs. 2 BGB.²² Die Eigenschaft als wesentlicher Bestandteil ist aber unabhängig davon stets zu bejahen, wenn eine so feste Verbindung geschaffen wurde,²³ dass diese nicht ohne Beschädigung der physischen Integrität des Daches oder der Photovoltaikanlage wieder gelöst werden kann.²⁴

Praktisch ist damit eine umfangreiche Sachverhaltsaufklärung erforderlich, um das Vorliegen der Voraussetzungen des § 94 BGB beurteilen zu können.²⁵ Dabei müssen vor allem die technischen und baulichen Daten der betroffenen Photovoltaikanlage beleuchtet werden.²⁶ Schwierigkeiten bestehen allerdings oftmals schon darin, dass die Parteien keine ausreichenden Kenntnisse über die relevanten Aspekte haben. Auch aus den Regelungen des öffentlichen Baurechts lässt sich nichts ableiten. Zum einen kann sich der Notar ohnehin nicht auf die dort getroffene Beurteilung verlassen, zum anderen sind jedenfalls in Bayern nach Art. 57 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) BayBO Photovoltaikanlagen stets genehmigungsfrei, unabhängig davon, ob sie wesentlicher Bestandteil des Grund-

17 *Flache*, notar 2017, 83, 85 ff.; BeckOK-BGB/Fritzsche, § 94 Rdnr. 20; *Kraub*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rdnr. 1153; *Reymann*, DNotZ 2010, 84, 96 f.; *Staudinger/Stieper*, § 94 Rdnr. 31a.

18 *Flache*, notar 2017, 83, 85; *Kraub*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 1153; *Reymann*, DNotZ 2010, 84, 96 f.; *Staudinger/Stieper*, § 94 Rdnr. 31a; MünchKomm-BGB/Stresemann, § 94 Rdnr. 32.

19 *Staudinger/Stieper*, § 94 Rdnr. 31a.

20 So z. B. bei *Kraub*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 1153 („anstelle von Fenstermodulen“).

21 *Flache*, notar 2017, 83, 86; *Reymann*, DNotZ 2010, 84, 96 f.; *Staudinger/Stieper*, § 94 Rdnr. 31a.

22 OLG Nürnberg, Urteil vom 10.10.2016, 14 U 1168/15, ZfIR 2017, 151, 152; OLG Oldenburg, Beschluss vom 27.9.2012, 12 W 230/12, JurBüro 2013, 96; BeckOK-BGB/Fritzsche, § 94 Rdnr. 11; BeckOGK-BGB/Mössner, § 94 Rdnr. 10.2.

23 Auch Bestandteile von Gebäuden können von § 94 Abs. 1 BGB erfasst sein, wenn sie mit dem Gebäude und dieses mit dem Erdboden fest verbunden sind: BGH, Urteil vom 2.6.2016, VII ZR 348/13, NJW 2016, 2876, 2878; anders aber noch: BGH, Urteil vom 9.10.2013, VIII ZR 318/12, NJW 2014, 845, 846.

24 So auch: *Reymann*, DNotZ 2010, 84, 96.

25 Siehe auch ausführlich zu dieser Frage DNotI-Report 2014, 57 f.

26 *Reymann*, DNotZ 2010, 84, 96.

stücker sind. Daher ist ein Beurteilungsrisiko nur selten auszu-schließen, weil nicht eindeutig zu klären ist, ob die Anlage wesentlicher Bestandteil ist.²⁷ Obwohl damit keineswegs alle Photovoltaikanlagen wesentliche Bestandteile darstellen, ist es empfehlenswert, um Haftungsrisiken für den Notar zu vermeiden, jedenfalls dann, wenn die Aussagen der Beteiligten keine eindeutige und zweifelsfreie Zuordnung erlauben, den sichersten Weg zu beschreiten²⁸ und damit die Anlage als wesentlichen Bestandteil zu behandeln.

2. Verbindung zu einem vorübergehenden Zweck

Auch soweit aber die Voraussetzungen des § 94 BGB vorliegen oder zu unterstellen sind, ist die Qualifikation als wesentlicher Bestandteil eines Gebäudes und damit zugleich des Grundstücks wegen § 95 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB ausgeschlossen, wenn die Einrichtung nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden ist oder in das Gebäude eingefügt wurde.

Dies ist nach herrschender Meinung anzunehmen, wenn nach dem inneren Willen²⁹ des Verbindenden³⁰ die Verbindung nicht auf Dauer bestehen bleiben soll, mithin in der Zukunft beabsichtigt ist, eine Trennung zwischen Gebäude und Sache herbeizuführen,³¹ wobei dies nicht in engem zeitlichen Zusammenhang mit dem Einbau geschehen muss,³² und was auch bei sehr fester Verbindung zwischen Sache und Gebäude oder Grundstück der Fall sein kann.³³ Eine gesonderte Kundgabe dieses Willens nach außen soll nicht erforderlich sein.³⁴ Verlangt wird lediglich, dass der behauptete Wille³⁵ mit der objektiven Sachlage in Einklang zu bringen sein muss.³⁶ Soll der

Gegenstand jedoch bis zum Zeitpunkt seines Verschleißes und damit für seine gesamte Lebensdauer mit dem Grundstück verbunden bleiben, handelt es sich nach verbreiteter Ansicht in der Literatur um keinen Fall des § 95 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB.³⁷ Dem ist allerdings der BGH jüngst entgegengetreten und hat die Absicht einer nur vorübergehenden Verbindung immer als beachtlich angesehen, soweit eine bestimmte Frist für die Trennung geplant war, selbst wenn diese so bestimmt ist, dass sie die übliche Lebensdauer der eingebauten Sache erreicht.³⁸ Der Auffassung des BGH kann aber schon deshalb nicht gefolgt werden, weil die Entfernung der Sache dann keinem spezifischen Plan folgt, sondern ausschließlich auf der Notwendigkeit beruht, sie nach dem Ende ihrer Nutzungszeit durch einen funktionierenden Gegenstand zu ersetzen.³⁹ Ein vorübergehender Zweck liegt daher nicht vor, weil der Ausbau erst erfolgt, wenn die Sache in ihrem wirtschaftlichen und praktischen Wert zerstört ist.⁴⁰ Für die hier in Rede stehenden Fragen spielt der Streit zudem in aller Regel keine Rolle. Jedenfalls dann muss eine vorübergehende Verbindung ausscheiden, wenn beim Einbau keine bestimmte Zeit vorgesehen ist, sondern sich der Eigentümer lediglich abstrakt vorbehält, den Gegenstand zu entfernen, wenn dieser wirtschaftlich oder technisch unbrauchbar geworden ist.⁴¹ In diesem Fall ist schon unklar, ob überhaupt ein Ausbau erfolgt; zudem besteht keine vorhersehbare Grenze, sondern die Verweildauer ist vom tatsächlichen Zustand der Sache abhängig und damit variabel. Dies ist der typische Fall bei Photovoltaikanlagen auf eigenen Grundstücken. Sie sollen dort verbleiben, solange sie Erträge generieren und werden selbst nach ihrer Lebensdauer mitunter nicht entfernt, weil die Kosten hierfür gespart werden sollen. Da bei einem Betrieb auf eigenem Grund keine Abreden mit Dritten erforderlich sind, entspricht es dem Plan des Verbindenden, die Anlage ökonomisch bestmöglich auszunutzen und sie deshalb über die maximal mögliche Frist zu verwenden. Wollte man in dieser Frage anders entscheiden, gäbe es kaum noch wesentliche Bestandteile, da nahezu jeder Gegenstand ausgebaut und erneuert werden soll, wenn er seine Funktionsfähigkeit verloren hat.

3. Verbindung der Photovoltaikanlage in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück

Nach § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB bleibt ein Gebäude oder ein anderes Werk⁴² zudem sonderrechtsfähig, wenn es in Aus-

27 Siehe auch *Flache*, notar 2017, 83, 85 ff.; *Welsch/Woinar*, NotBZ 2014, 161, 162 f. zu den unterschiedlichen Beispielen und *Reymann*, DNotZ 2010, 84, 96 f., der grundsätzlich von Wahrscheinlichkeiten spricht.

28 BGH, Urteil vom 9.7.1992, IX ZR 209/91, NJW 1992, 3237, 3239; Urteil vom 9.12.2010, III ZR 272/09, NZM 2011, 290, 291; Urteil vom 21.1.2016, III ZR 159/15, DNotZ 2016, 711, 713.

29 BGH, Urteil vom 23.9.2016, V ZR 110/15, NJOZ 2017, 1516, 1518; Urteil vom 7.4.2017, V ZR 52/16, NJW 2017, 2099, 2100.

30 Dies muss nicht derjenige sein, der die Verbindung tatsächlich vornimmt, sondern entscheidend ist, auf wessen Kosten und wessen Anweisung dies geschieht: *BeckOGK-BGB/Mössner*, § 95 Rdnr. 21; *Staudinger/Stieper*, § 94 Rdnr. 6; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 52 Rdnr. 4.

31 *HK-BGB/Dörner*, § 95 Rdnr. 2; *Jauernig/Mansel*, BGB, 17. Aufl. 2018, § 95 Rdnr. 2; *MünchKomm-BGB/Stresemann*, § 94 Rdnr. 3.

32 *BeckOK-BGB/Fritzsche*, § 94 Rdnr. 4; *Erman/Schmidt*, BGB, 15. Aufl. 2017, § 95 Rdnr. 2.

33 *BeckOGK-BGB/Mössner*, § 95 Rdnr. 11; *Erman/Schmidt*, BGB, § 95 Rdnr. 2; *MünchKomm-BGB/Stresemann*, § 94 Rdnr. 3.

34 *BeckOGK-BGB/Mössner*, § 95 Rdnr. 9.

35 Dieser wird vor allem beim Einbau einer Sache im Rahmen eines Miet- oder Pachtverhältnisses vermutet: BGH, Urteil vom 21.2.2013, NJW-RR 2013, 910; Urteil vom 23.9.2016, V ZR 110/15, NJOZ 2017, 1516, 1518; Urteil vom 7.4.2017, V ZR 52/16, NJW 2017, 2099, 2100.

36 BGH, Urteil vom 4.7.1984, VIII ZR 270/83, BGHZ 92, 70, 73; Urteil vom 20.5.1988, V ZR 269/86, BGHZ 104, 298, 301; Urteil vom 22.12.1995, V ZR 334/94, NJW 1996, 916, 916 f.; Urteil vom 26.11.1999, V ZR 302/98, NJW 2000, 1031, 1032; Urteil vom 23.9.2016, V ZR 110/15, NJOZ 2017, 1516, 1518; Urteil vom 7.4.2017, V ZR 52/16, NJW 2017, 2099, 2100.

37 *Böttcher*, notar 2012, 383, 385; *Ganter*, WM 2002, 105, 107 f.; *Goecke/Gamon*, WM 2000, 1309, 1311; *Stieper*, Die Scheinbestandteile, 1. Aufl. 2002, S. 32; *Staudinger/Stieper*, § 95 Rdnr. 11; *Stieper*, NJW 2017, 2101, 2101 f.; *Prütting/Wegen/Weinreich/Völmann-Stickelbrock*, BGB, 13. Aufl. 2018, § 95 Rdnr. 3.

38 BGH, Urteil vom 7.4.2017, V ZR 52/16, NJW 2017, 2099, 2100 f.

39 Ebenso für Photovoltaikanlagen: DNotl-Report 2014, 57, 59.

40 *Böttcher*, notar 2012, 383, 385; *Ganter*, WM 2002, 105, 107 f.; *Goecke/Gamon*, WM 2000, 1309, 1311; *Stieper*, Die Scheinbestandteile, S. 32; *Staudinger/Stieper*, § 95 Rdnr. 11; *Stieper*, NJW 2017, 2101, 2101 f.; *Prütting/Wegen/Weinreich/Völmann-Stickelbrock*, BGB, § 95 Rdnr. 3.

41 *MünchKomm-BGB/Stresemann*, § 95 Rdnr. 5; *Welsch/Woinar*, NotBZ 2014, 161, 163; *Wieling*, Sachenrecht, 2. Aufl. 2006, S. 90; wohl ebenso: *BeckOGK-BGB/Mössner*, § 94 Rdnr. 8.

42 Siehe hierzu: *Soergel/Marly*, BGB, § 95 Rdnr. 21; *BeckOGK-BGB/Mössner*, § 95 Rdnr. 26.

übung eines Rechts an dem fremden Grundstück von dem Berechtigten mit ihm verbunden worden ist. Unter diese Rechte sind vor allem die dinglichen Nutzungsrechte, also Erbbaurecht,⁴³ beschränkte persönliche Dienstbarkeit, Grunddienstbarkeit sowie Nießbrauch⁴⁴ zu fassen, wohingegen schuldrechtliche Befugnisse nicht ausreichend sind.⁴⁵ In der klassischen Übergabesituation wurde allerdings die Photovoltaikanlage auf eigenem Grund errichtet, sodass das Eingreifen von § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB nach seinem Wortlaut nicht denkbar ist

4. Ergebnis

Die Anlage soll nicht nur vorübergehend auf dem Grundstück verbleiben und ist auch nicht aufgrund eines besonderen Rechts verbaut; die Voraussetzungen des § 95 BGB sind daher nicht gegeben. Da zudem oftmals nicht sicher ausgeschlossen werden kann, dass die Photovoltaikanlage wesentlicher Bestandteil nach § 94 BGB ist, muss hierfür Vorsorge getroffen werden. Bei der Vertragsgestaltung ist demnach davon auszugehen, dass ein Rückbehalt der Anlage durch bloße Erklärung nicht möglich ist, weil sie nicht ohne Weiteres vom Grundstückseigentum abgetrennt werden kann. Die Ziele der Beteiligten können infolgedessen nur verwirklicht werden, wenn die Anlage nachträglich noch sonderrechtsfähig werden kann.

III. Stellungnahmen in Literatur und Rechtsprechung

Ob und inwieweit dies möglich ist, wird im Schrifttum unterschiedlich bewertet. Unstreitig kann das Ziel dadurch erreicht werden, dass die Sache zunächst ausgebaut und im Anschluss daran unter Beachtung der Vorgaben des § 95 BGB wieder eingebaut wird.⁴⁶ Dies erweist sich allerdings typischerweise schon aus wirtschaftlichen Gründen als ausgeschlossen und ist nicht selten auch technisch unmöglich.

Zweifelhaft ist demgegenüber, ob lediglich der nachträgliche Eintritt der in § 95 BGB genannten Umstände – ohne dass die Sache ausgebaut wird – dazu führt, dass ein zuvor nicht selbstständiger Gegenstand seine Sonderrechtsfähigkeit wiedererlangt. Dies wird von einer verbreitet vertretenen Ansicht⁴⁷ im Anschluss an eine Entscheidung des BGH⁴⁸ bejaht. Der Senat hatte dort einen Sachverhalt zu beurteilen, bei dem ein gemeindliches Rohrleitungssystem, das in gemeindlichem Grund verlegt war, auf einen kommunalen Zweckverband übertragen wurde, der nach dem Einbau der Rohre deren Be-

trieb übernommen hatte. Der BGH ging in dieser auch durch das öffentliche Recht geprägten Konstellation davon aus, dass die bloße Willensänderung der Gemeinde dahin gehend, dass die Rohre nunmehr lediglich vorübergehend im Grundstück verbleiben sollen, die Voraussetzungen des § 95 BGB erfülle.⁴⁹ Die Sache könne in der Folge nach § 929 Satz 1 und 2 BGB oder gemäß § 929 Satz 1, § 930 BGB veräußert werden.⁵⁰

Andere Stimmen lehnen demgegenüber eine solche Möglichkeit ab⁵¹ und stützen sich dabei vor allem auf das sachenrechtliche Publizitätsprinzip.⁵² Dieses sei nicht gewahrt, wenn sich die Veränderung allein im Kopf des bisherigen Eigentümers abspiele und nicht nach außen erkennbar werde.⁵³ Die nachträgliche Schaffung der Sonderrechtsfähigkeit dürfe infolgedessen entweder überhaupt nicht zugelassen werden⁵⁴ oder müsse zumindest auf die Fälle beschränkt sein, in denen die Änderung der Willensrichtung des Eigentümers für Dritte erkennbar sei.⁵⁵

IV. Kritische Bewertung

Der Ansicht des BGH ist zwar im Ausgangspunkt zuzustimmen,⁵⁶ ihr kann aber, soweit der Senat dies überhaupt zum Ausdruck bringen wollte,⁵⁷ nicht mehr gefolgt werden, als in den hier in Rede stehenden Konstellationen die Sonderrechtsfähigkeit durch die nachträgliche Bestimmung eines nur vorübergehenden Zweckes hergestellt werden könnte.

1. Nachträgliche Begründung der Sonderrechtsfähigkeit

Zunächst ist auf die Frage einzugehen, ob auch nachdem ein Gegenstand zum wesentlichen Bestandteil eines Gebäudes geworden ist, noch die Voraussetzungen des § 95 BGB erfüllt werden können und die Sonderrechtsfähigkeit der Sache wieder begründet werden kann.

43 Boemke/Ulrici, BGB Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2014, § 23 Rdnr. 34; Wolf/Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 25 Rdnr. 35.

44 Giesen, AcP 202 (2002), 689, 697; NK-BGB/Ring, 3. Aufl. 2016, § 95 Rdnr. 34; Prütting/Wegen/Weinreich/Völzmann-Stickelbrock, BGB, § 95 Rdnr. 5.

45 Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 42. Aufl. 2018, § 36 Rdnr. 28; Soergel/Marly, BGB, § 95 Rdnr. 19; Peters, WM 2002, 110, 113.

46 Wicke, DNotZ 2006, 252, 254; Voitkewitsch, ZMR 2004, 649, 650.

47 Palandt/Ellenberger, 8. Aufl. 2019, § 95 Rdnr. 4; BeckOK-BGB/Fritzsche, § 95 Rdnr. 17; Kappler, ZfIR 2012, 264, 268; BeckOGK-BGB/Mössner, § 95 Rdnr. 5; Peters, WM 2007, 2003, 2006 ff.; Wicke, DNotZ 2006, 252, 254 ff.

48 BGH, Urteil vom 2.12.2005, V ZR 35/05, BGHZ 165, 184 ff.

49 BGH, Urteil vom 2.12.2005, V ZR 35/05, BGHZ 165, 184, 188 ff.

50 BGH, Urteil vom 2.12.2005, V ZR 35/05, BGHZ 165, 184, 188 ff.

51 Giesen, AcP 202, 689, 718; Hertel, MittBayNot 2006, 321, 322 f.; Reymann, DNotZ 2010, 84, 93 f.; NK-BGB/Ring, § 95 Rdnr. 31; MünchKomm-BGB/Stresemann, § 95 Rdnr. 16; Voß/Steinhuber, ZfIR 2012, 337, 344; Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, § 52 Rdnr. 9; Wieling, Sachenrecht, S. 91; Voitkewitsch, ZMR 2004, 649, 650 f.

52 Hertel, MittBayNot 2006, 321, 323; Reymann, DNotZ 2010, 84, 93 f.; Voß/Steinhuber, ZfIR 2012, 337, 344; Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, § 52 Rdnr. 9; Voitkewitsch, ZMR 2004, 649, 650 f.

53 Voß/Steinhuber, ZfIR 2012, 337, 344; Voitkewitsch, ZMR 2004, 649, 650 f.

54 Hertel, MittBayNot 2006, 321, 322 f.

55 NK-BGB/Ring, § 95 Rdnr. 31; MünchKomm-BGB/Stresemann, § 95 Rdnr. 16.

56 Ebenso: Palandt/Ellenberger, § 95 Rdnr. 4; BeckOK-BGB/Fritzsche, § 95 Rdnr. 17; Kappler, ZfIR 2012, 264, 268; BeckOGK-BGB/Mössner, § 95 Rdnr. 5; Peters, WM 2007, 2003, 2006 ff.; Wicke, DNotZ 2006, 252, 254 ff.

57 Krit. zur Übertragbarkeit der Entscheidung auf nicht-öffentlich-rechtliche Sachverhalte: Hertel, MittBayNot 2006, 321, 322 f.; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 1156; Reymann, DNotZ 2010, 84, 93.

a) Wortlaut und Gesetzgebungsgeschichte

Der Wortlaut des § 95 BGB erweist sich als indifferent. Zu Recht geht der BGH davon aus, dass er, soweit die Frage des vorübergehenden Zwecks betroffen ist, nicht entgegensteht, weil die Formulierung hinreichend weit ist und nur das Vorliegen des Zwecks, nicht aber auch den Zeitpunkt des Einbaus in den Blick nimmt.⁵⁸ Anders ist es dagegen bei der Regelung des § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB.⁵⁹ Hier verlangt die Norm, dass das Gebäude oder das andere Werk in Ausübung eines Rechts an einem fremden Grundstück verbunden worden sein muss und fordert damit die Existenz dieses Rechts schon im Moment der Verbindung. Es erscheint allerdings unwahrscheinlich, dass der Gesetzgeber innerhalb der Norm eine Trennung bewirken und damit den Ausschlussbestand des vorübergehenden Zwecks anders als den der Ausübung eines Rechts am fremden Grundstück behandeln wollte.⁶⁰ Die Gesetzgebungsgeschichte und die Motive des Gesetzgebers deuten vielmehr ebenfalls in Richtung der Einheitlichkeit.⁶¹ So war ursprünglich vorgesehen, auch beim vorübergehenden Zweck zu verlangen, dass die Sache zu dessen Ausübung „verbunden worden ist“.⁶² Im weiteren Verfahren wurde die Formulierung aber angepasst, sodass die heutige Regelung des § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB offensichtlich keinem Zufall entspricht;⁶³ die Fassung § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB kann demgegenüber ohne Weiteres auf einem redaktionellen Fehler beruhen und daher rühren, dass die Anpassung dort vergessen wurde. Zudem behandelt der Gesetzgeber in seinen Erwägungen beide Fälle des heutigen § 95 BGB grundsätzlich parallel,⁶⁴ was ebenfalls einen Anhaltspunkt dafür bietet, dass er die beiden Alternativen in ihren Einsatzzeitpunkten nicht differenzieren wollte. Infolgedessen ist es angezeigt, die von § 95 BGB eingeschlossenen Tatbestandsvarianten nicht nur in ihren allgemeinen Rechtsfolgen, sondern auch in Bezug auf die Möglichkeit der nachträglichen Sonderrechtsfähigkeit, gleich zu behandeln.⁶⁵

b) Teleologie

Ob nach dem Einbau ohne einen Aus- und Wiedereinbau die Sonderrechtsfähigkeit erneut hergestellt werden kann, muss damit allein aus dem Zweck der Vorschrift abgeleitet werden.

58 Zutr.: BGH, Urteil vom 2.12.2005, V ZR 35/05, BGHZ 165, 184, 190.

59 OLG Stuttgart, Urteil vom 19.12.2011, 10 U 63/11, NZM 2012, 578, 580; BeckOK-BGB/Fritzsche, § 95 Rdnr. 15; BeckOGK-BGB/Mössner, § 95 Rdnr. 32; Staudinger/Stieper, § 95 Rdnr. 21; MünchKomm-BGB/Stresemann, § 95 Rdnr. 33.

60 Zutr.: BGH, Urteil vom 2.12.2005, V ZR 35/05, BGHZ 165, 184, 190.

61 Siehe dazu: *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1899, Bd. III, S. 26 f.

62 *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. III, S. 26 f.

63 Offen allerdings: BGH, Urteil vom 2.12.2005, V ZR 35/05, BGHZ 165, 184, 190 f.

64 *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. III, S. 26 f.

65 Ebenso: BeckOGK-BGB/Mössner, § 95 Rdnr. 34; Erman/Schmidt, BGB, § 95 Rdnr. 16; Tersteegen, RNotZ 2006, 433, 451.

aa) Zweck der Regelung

Nach dem Willen des Gesetzgebers dient der heutige § 95 BGB der Beachtung der Interessen des Eigentümers der verbauten Sache.⁶⁶ Er soll vor unbilligen Härten geschützt werden und deshalb die dingliche Rechtsstellung trotz der faktischen Verbindung mit der Immobilie behalten können.⁶⁷ Es war legislativ beabsichtigt, die Ziele des Einzelnen über die des Verkehrs zu stellen und damit trotz des äußeren Anscheins der Einheitlichkeit sachenrechtlich differenzierte Beurteilungen zu ermöglichen. Schützenswerte Interessen können sich aber nicht nur im Zeitpunkt des Einbaus, sondern auch erst nachträglich ergeben. Ein Indiz dafür, dass der Gesetzgeber dies selbst erkannt hat, ist der Umstand, dass er zumindest bei § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB im späteren Verfahren die Formulierung korrigiert hat und dort keinen bestimmten Zeitpunkt mehr festlegt.⁶⁸ Zudem war die Problematik wohl bei Verabschiedung des BGB nicht in gleicher Weise wie heute bedeutsam, weil selbstständig ökonomisch nutzbare Bestandteile von Grundstücken und Gebäuden, wie beispielsweise eine Photovoltaikanlage, Entwicklungen moderner Zeiten sind und deshalb im ausgehenden 19. Jahrhundert kaum von Relevanz waren. Nimmt man dies zusammen, besteht kein Anlass, den Wortlaut des § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB einzuschränken, mit der Folge, dass er ausschließlich dann gälte, wenn schon bei Einbau nur ein vorübergehender Zweck verfolgt worden war.⁶⁹ Eine Kundgabe des geänderten Willens nach außen ist auch bei einer nachträglichen Änderung nicht erforderlich,⁷⁰ weil sich andernfalls Friktionen zur Situation beim anfänglichen Vorliegen eines vorübergehenden Zwecks ergäben. Dort wird nämlich lediglich der innere Wille des Einbauenden betrachtet, weshalb es nicht darauf ankommt, inwieweit Dritte die bestehende Zielsetzung erkennen können, solange diese mit den äußeren Gegebenheiten zumindest in Einklang zu bringen ist.⁷¹ Im Bereich der nachträglichen Willensbegründung darf nichts anderes gelten, da ansonsten die Wertung der Norm nicht durchgehalten und damit dem Regelungsansatz des Gesetzgebers widersprochen würde.

66 *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. III, S. 26.

67 *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. III, S. 26.

68 Ähnlich auch BGH, Urteil vom 2.12.2005, V ZR 35/05, BGHZ 165, 184, 190 f.

69 Wie hier: Palandt/Ellenberger, § 95 Rdnr. 4; BeckOK-BGB/Fritzsche, § 95 Rdnr. 17; Kappler, ZfR 2012, 264, 268; BeckOGK-BGB/Mössner, § 95 Rdnr. 5; Peters, WM 2007, 2003, 2006 ff.; Wicke, DNotZ 2006, 252, 254 ff.

70 Anders aber BGH, Urteil vom 2.12.2005, V ZR 35/05, BGHZ 165, 184, 191.

71 BGH, Urteil vom 4.7.184, VIII ZR 270/83, BGHZ 92, 70, 73; Urteil vom 20.5.1988, V ZR 269/86, BGHZ 104, 298, 301; Urteil vom 22.12.1995, V ZR 334/94, NJW 1996, 916, 916 f.; Urteil vom 26.11.1999, V ZR 302/98, NJW 2000, 1031, 1032; Urteil vom 23.9.2016, V ZR 110/15, NJOZ 2017, 1516, 1518; Urteil vom 7.4.2017, V ZR 52/16, NJW 2017, 2099, 2100.

bb) Verhältnis zum Publizitätsprinzip

Diesem Ergebnis lassen sich auch keine sachenrechtlichen Grundsätze entgegenhalten.⁷² Zwar trifft es zu, dass das Publizitätsprinzip nicht gewahrt wird, wenn nachträglich durch bloße Willensänderung die Sonderrechtsfähigkeit eines zuvor wesentlichen Bestandteils begründet werden kann. Dies steht aber nicht im Widerspruch zum gesetzgeberischen Konzept. Zum einen ist das Publizitätsprinzip bereits an zahlreichen Stellen im Gesetz durchbrochen oder massiv eingeschränkt,⁷³ sodass sich aus ihm keine spezifischen Folgerungen für das Verständnis einzelner Vorschriften ableiten lassen. Das Prinzip reicht nur soweit, wie es der Gesetzgeber des BGB ausgestaltet hat und kann daher nicht dazu eingesetzt werden, eigenständige, das Gesetz übersteigende Anforderungen zu implementieren. Zum anderen zeigt bereits § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB, dass der Gesetzgeber an dieser Stelle keine Anforderungen an die Erkennbarkeit nach außen schaffen wollte. Denn auch bei der Einfügung der Sache in der Absicht einer nur vorübergehenden Verbindung wird letztere für Dritte nicht erkennbar.⁷⁴ Das Publizitätsprinzip wird damit nicht stärker eingeschränkt, wenn die nachträgliche Herstellung der Sonderrechtsfähigkeit durch eine entsprechende Willensänderung erfolgt. In beiden Situationen kann ein Dritter durch bloßes Verfolgen der objektiven Handlungen nicht ermitteln, ob die Sache zum wesentlichen Bestandteil geworden ist. Infolgedessen besteht kein Anlass, beide Situationen aus Gründen der Publizität unterschiedlich zu behandeln. Ganz im Gegenteil wäre ein solches Verständnis verfassungsrechtlich sogar zweifelhaft, da eine Differenzierung, um vor Art. 3 Abs. 1 GG Bestand zu haben, zumindest eines sachlichen Grundes für die Ungleichbehandlung bedarf,⁷⁵ der hier aber nicht zu erkennen ist.

cc) Verhinderung bloßer Förmlichkeiten

Nicht zuletzt spricht für die hier vertretene Deutung auch eine allgemeine systematische Erwägung. Der Ausbau der Sache, um diese im Anschluss wieder neu einzubauen, ist, soweit technisch überhaupt möglich, jedenfalls ökonomisch zwecklos. Ein solches Vorgehen erwiese sich als bloße Förmlichkeit, die aber dem BGB grundsätzlich fremd ist.⁷⁶ Das deutsche Zivilrecht versucht im Allgemeinen, reine Formalismen zu vermeiden, wie exemplarisch der Umstand zeigt, dass eine Frist-

setzung nicht erforderlich ist, wenn der Schuldner die Leistung bereits ernsthaft und endgültig verweigert hat (vgl. § 281 Abs. 2 Alt. 1, § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB).⁷⁷

dd) Erforderlichkeit eines berechtigten Interesses?

Schließlich bedarf es auch keines berechtigten Interesses aufseiten des Eigentümers des (künftigen) Scheinbestandteils für die Trennung.⁷⁸ Dies folgt daraus, dass eine solche Anforderung bei der ursprünglichen Begründung gem. § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB ebenfalls nicht aufgestellt wird, sodass sie auch bei nachträglicher Schaffung keine Berechtigung haben kann. Darf beim erstmaligen Einbau eine Trennung der Bestandteile ohne rechtfertigendes Interesse erfolgen, können keine strengeren Anforderungen für die spätere Herstellung des Scheinbestandteils gelten.

c) Folgerung für § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB

Lässt man den Eintritt der Voraussetzungen von § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB – zeitlich – auch nach der ursprünglichen Verbindung genügen, muss infolge des gesetzgeberischen Plans, beide von § 95 BGB eingeschlossenen Tatbestandsalternativen gleich zu behandeln,⁷⁹ dasselbe für § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB gelten. Deshalb kann die nachträgliche Bestellung einer Dienstbarkeit ebenso zur Sonderrechtsfähigkeit führen.⁸⁰ Ein derartiges Ergebnis ist allerdings nicht mehr im Wege der Auslegung erreichbar, weil der Wortlaut der Vorschrift entgegensteht, der verlangt, dass das Gebäude oder das andere Werk in Ausübung des Rechts an einem fremden Grundstück mit diesem „verbunden worden ist“ und damit den Bestand des Rechts schon im Moment des Einbaus voraussetzt.⁸¹ Die Sonderrechtsfähigkeit lässt sich daher nur im Wege einer Rechtsfortbildung begründen,⁸² indem man § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB analog anwendet. Dies ist gestattet, soweit eine planwidrige Regelungslücke im Gesetz und eine vergleichbare Wertungslage zwischen den vom Wortlaut erfassten und den von ihm nicht eingeschlossenen Fällen bestehen.⁸³ Beides kann hier bejaht werden.⁸⁴ Die vergleichbare Wertungslage ergibt sich aus denselben Gründen, die auch die Auslegung des § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB tragen. Die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke ist gerechtfertigt, weil der Gesetzgeber

72 So aber: *Hertel*, MittBayNot 2006, 321, 323; *Reymann*, DNotZ 2010, 84, 93 f.; *Voß/Steinhuber*, ZfIR 2012, 337, 344; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, § 52 Rdnr. 9; *Woitke-witsch*, ZMR 2004, 649, 650 f.

73 Dies gilt vor allem in Bezug auf die Übereignungstatbestände der §§ 930, 931 BGB, die es Dritten kaum ermöglichen, die neue Rechtszuordnung zu erkennen.

74 Ebenso: *Kappler*, ZfIR 2012, 264, 268; *Wicke*, DNotZ 2006, 252, 259.

75 Siehe zur sog. Willkürformel des BVerfG: *Merten/Papier/Pietzcker*, Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 125 Rdnr. 40; von *Mangoldt/Klein/Starck/Wollenschläger*, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rdnr. 89.

76 Über eindeutige gesetzliche Regelungen hinaus nimmt der BGH sogar an, dass die Einhaltung sinnloser Förmlichkeiten nach § 242 BGB entbehrlich ist, vgl. BGH, Urteil vom 9.10.2000, II ZR 75/99, NJW 2001, 287, 288; Urteil vom 18.2.2016, III ZR 126/15, NJW 2016, 1578, 1581; Urteil vom 21.2.2017, XI ZR 467/15, NJW 2017, 1823, 1826.

77 Siehe z. B. BT-Drucks. 6040, S. 140.

78 So aber BGH, Urteil vom 2.12.2005, V ZR 35/05, BGHZ 165, 184, 191.

79 *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. III, S. 26 f.

80 BeckOGK-BGB/Mössner, § 95 Rdnr. 34; *Erman/Schmidt*, BGB, § 95 Rdnr. 16; MünchKomm-BGB/Stresemann, § 95 Rdnr. 34; *Tersteegen*, RNotZ 2006, 433, 451 f.; *Wicke*, DNotZ 2006, 252, 262; offen: *Reymann*, DNotZ 2010, 84, 95; dagegen aber: OLG Stuttgart, Urteil vom 19.12.2011, 10 U 63/11, NZM 2012, 578, 580; *Staudinger/Stieper*, § 95 Rdnr. 22; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, § 52 Rdnr. 9.

81 Wie hier: *Wicke*, DNotZ 2006, 252, 262.

82 Dazu *Meier/Jocham*, JuS 2016, 392, 393 m. w. N.

83 *Meier/Jocham*, JuS 2016, 392, 394 f.

84 Ebenso: BeckOGK-BGB/Mössner, § 95 Rdnr. 34; *Erman/Schmidt*, BGB, § 95 Rdnr. 16; MünchKomm-BGB/Stresemann, § 95 Rdnr. 34; *Tersteegen*, RNotZ 2006, 433, 451 f.; *Wicke*, DNotZ 2006, 252, 262.

bewusst eine Gleichbehandlung beider Tatbestandsalternativen beabsichtigte und es offenbar ungewollt bei der Anpassung der Formulierung des Abs. 1 Satz 1 unterließ, auch die Regelung des Abs. 1 Satz 2 anzugleichen, sodass beide Vorschriften trotz der inhaltlichen Parallelität eine sprachliche Divergenz aufweisen, die durch die Rechtsfortbildung zu beseitigen ist.

d) Ergebnis

Mithin stehen der nachträglichen Begründung der Sonderrechtsfähigkeit weder in der Variante des vorübergehenden Zwecks noch in der der Ausübung eines Rechts am fremden Grundstück generelle Bedenken entgegen. In Bezug auf § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB kann dieses Ergebnis bereits durch eine Auslegung der Norm erzielt werden, im Bereich des § 95 Abs. 1 Satz 2 BGB bedarf es der analogen Anwendung der Vorschrift.

2. Begründung eines Scheinbestandteils durch Zweckänderung?

Ist somit der Grundannahme des BGH, dass Scheinbestandteile gemäß § 95 BGB auch nach Einbau der Sache geschaffen werden können, ohne Vorbehalte zuzustimmen, gilt dies aber nicht in gleicher Weise für seine sonstigen Ausführungen.

a) Allgemeine Kritik

Der Senat geht nämlich davon aus, dass allein deshalb ein vorübergehender Zweck zu bejahen sei, weil die mit dem Grundstück verbundenen Gegenstände nicht mehr den Interessen des Eigentümers, sondern denen eines Dritten dienen sollen.⁸⁵ Das ist bereits für den vom BGH entschiedenen Einzelfall einer Versorgungsleitung in einem fremden Grundstück nicht überzeugend⁸⁶ und kann keinesfalls auf die hier in Rede stehenden Konstellationen übertragen werden.⁸⁷ Näher betrachtet hat der Umstand, dass der bisherige wesentliche Bestandteil von nun an einer anderen Person als dem Eigentümer wirtschaftlich dient, nichts damit zu tun, ob er nur vorübergehend oder dauerhaft mit dem Grundstück verbunden bleiben soll. Auch in dem vom BGH entschiedenen Fall stand nicht ernstlich im Raum, dass die verlegten Rohrleitungen zu irgendeinem Zeitpunkt in der Zukunft ausgegraben werden sollten. Deshalb hatte sich an der ursprünglichen Absicht, sie nur dann zu ersetzen, wenn dies technisch erforderlich wird, nichts geändert. Infolgedessen sind die Ausführungen des Senats schon für sich genommen nicht nachvollziehbar; jedenfalls kann der allgemeinen Behauptung, in derartigen Konstellationen ergebe sich, dass nur ein vorübergehender Zweck angestrebt sei, nicht beigetreten werden.⁸⁸

85 BGH, Urteil vom 2.12.2005, V ZR 35/05, BGHZ 165, 184, 188.

86 Abl. insgesamt zu dieser Entscheidung: *Hertel*, MittBayNot 2006, 321, 322 f.; *Reymann*, DNotZ 2010, 84, 93 f.; NK-BGB/*Ring*, § 95 Rdnr. 31; MünchKomm-BGB/*Stresemann*, § 95 Rdnr. 16; *Voß/Steinhuber*, ZfIR 2012, 337, 344; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, § 52 Rdnr. 9.

87 Im Ergebnis wie hier: *Hertel*, MittBayNot 2006, 321, 322 f.; *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 1156; *Reymann*, DNotZ 2010, 84, 93.

88 Letztlich wie hier: *Hertel*, MittBayNot 2006, 321, 322 f.; *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 1156; *Reymann*, DNotZ 2010, 84, 93.

b) Situation bei Photovoltaikanlagen

Unabhängig von dieser Kritik kann aus der Entscheidung des BGH jedenfalls nichts für den hier behandelten Fall der Photovoltaikanlagen abgeleitet werden. Bei ihnen besteht nämlich von Anfang an der erklärte Wille der Beteiligten, die Anlage zugunsten des Überlassenden so lange auf dem Grundstück weiter zu betreiben, wie dies technisch und ökonomisch möglich und zweckmäßig ist, sodass es von vornherein ihrem Plan entspricht, die volle wirtschaftliche Lebensdauer der Anlage in Verbindung mit dem Grundstück auszunutzen. Ein vorübergehender Zweck ist demnach nicht gegeben. Geht man davon aus, dass § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB bereits nicht eingreifen kann, wenn zwar ein Ausbau zu einem späteren Zeitpunkt beabsichtigt ist, dies aber erst zu einem Zeitpunkt geschehen soll, wenn die mit dem Grundstück verbundene Sache typischerweise faktisch oder zumindest wirtschaftlich aufgezehrt wurde,⁸⁹ folgt das dargestellte Ergebnis bereits aus diesem Gesichtspunkt, da dann eine Verbindung über die gesamte Lebensdauer der eingebauten Sache geplant und deshalb die Verbindung nicht nur vorübergehend ist. Selbst wenn man aber mit dem BGH das Gegenteil annimmt,⁹⁰ greift § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB hier nicht ein. Denn der bloße Vorbehalt, die Sache möglicherweise dann wieder zu entfernen, wenn sie funktionslos geworden ist, ist nicht ausreichend.⁹¹ Andernfalls gäbe es keine wesentlichen Bestandteile mehr, da jeder Eigentümer die Trennung von solchen Gegenständen in Erwägung zieht, die für ihn wertlos und damit allein eine Belastung sind. Würde man einen allgemeinen hierauf bezogenen Vorbehalt ausreichen lassen, wäre jede eingebaute Sache nur vorübergehend mit der Immobilie verbunden, die Regelungen der §§ 94, 95 BGB mithin überflüssig.

Demnach dient auch eine auf dem Grundstück eingebaute Photovoltaikanlage bei einer Übertragung des Eigentums an der Immobilie unter gleichzeitiger Zurückbehaltung der Anlage keinem vorübergehenden Zweck und ist damit von § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht erfasst. Obwohl abstrakt zu wesentlichen Bestandteilen gewordene Sachen auf diese Weise ihre Sonderrechtsfähigkeit wiedererlangen können, scheidet dies in den hier behandelten Konstellationen daher immer aus.⁹² Die Zweckbestimmung verändert sich nämlich nicht, da weiterhin beabsichtigt ist, die Anlage auf Dauer mit dem Grundstück verbunden zu halten, weshalb es an den Voraussetzungen des § 95 Abs. 1 Satz 1 BGB fehlt.

89 *Böttcher*, notar 2012, 383, 385; *Ganter*, WM 2002, 105, 107 f.; *Goecke/Gamon*, WM 2000, 1309, 1311; *Stieper*, Die Scheinbestandteile, S. 32; *Staudinger/Stieper*, § 95 Rdnr. 11; *Stieper*, NJW 2017, 2101, 2101 f.; *Prütting/Wegen/Weinreich/Völmann-Stickelbrock*, BGB, § 95 Rdnr. 3.

90 BGH, Urteil vom 7.4.2017, V ZR 52/16, NJW 2017, 2099, 2100 f.

91 MünchKomm-BGB/*Stresemann*, § 95 Rdnr. 5; *Welsch/Woinar*, NotBZ 2014, 161, 163; *Wielsing*, Sachenrecht, S. 90; wohl ebenso: *BeckOGK-BGB/Mössner*, § 94 Rdnr. 8.

92 Ebenso: *Palandt/Ellenberger*, § 95 Rdnr. 4; *BeckOK-BGB/Fritzsche*, § 95 Rdnr. 17; *Kappler*, ZfIR 2012, 264, 268; *BeckOGK-BGB/Mössner*, § 95 Rdnr. 5; *Peters*, WM 2007, 2003, 2006 ff.; *Wicke*, DNotZ 2006, 252, 254 ff.

BUCHBESPRECHUNGEN

Andreas Albrecht/Elisabeth Albrecht/Horst Böhm/Ulrike Böhm-Rößler:

Die Patientenverfügung

2. Aufl., Ernst und Werner Gieseking, 2018. 274 S., 49 €

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

Der vorliegende Band ist ein echtes interdisziplinäres Werk – verfasst wurde es von einer Palliativmedizinerin (*Elisabeth Albrecht*), einer Rechtsanwältin mit Arbeitsschwerpunkt im Medizin- und Sozialrecht (*Ulrike Böhm-Rößler*), einem Notar (*Andreas Albrecht*) und dem Präsidenten eines LG mit großer Erfahrung im Betreuungsrecht (*Horst Böhm*). Der nahe liegende Gedanke, hier hätten sich vier Autoren zusammengesetzt und jeweils aus der eigenen Perspektive verfasste Textteile für ein Gesamtwerk beige-steuert, ist unzutreffend. Denn tatsächlich haben die vier Autoren, wie sie im Vorwort erläutern, nach intensiver Diskussion ein gemeinschaftlich verantwortetes, professionsübergreifendes Werk aus einem Guss verfasst. Dass nicht nachvollzogen werden kann, welche Werkteile aus wessen Feder stammen, ist zwar gerade für ein Fachbuch eher ungewöhnlich, mag aber der besonderen Thematik durchaus angemessen sein: Denn der Band beschäftigt sich ausführlich und intensiv mit der Selbstbestimmung des Menschen in Anbetracht einer schweren, lebensbedrohlichen Erkrankung oder an dessen Lebensende, mit der Entscheidung über Art und Umfang ärztlicher Behandlungsmaßnahmen sowie mit der eigenverantwortlichen Vorsorge für den Fall der eigenen Einwilligungsunfähigkeit. Es geht um die Patientenverfügung, die im Werk umfassend und professionsübergreifend, aus der Sicht der Palliativmedizin und von der juristischen Warte aus, erläutert wird.

Das Interesse an dieser Thematik und der Bedarf nach kompetenter Information und Beratung hierzu sollen in der Bevölkerung stark zunehmen: Die Autoren verweisen dazu auf die Berichte von Palliativmedizinern, wonach Patienten heute zunehmend eine Verfügung über die Behandlung bei schwerer Erkrankung hätten und deren Beachtung einforderten. Auch die Zahl der im Zentralen Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer registrierten Vollmachten und Patientenverfügungen nehme zu; mittlerweile seien dort über 3,8 Mio. verbindliche Anordnungen registriert, in denen Menschen ihren Willen niedergelegt hätten, von wem und wie sie bei Krankheit und am Lebensende vertreten und versorgt werden wollen (Rdnr. 2, 82): Gerade für den Berater sollte das Grund genug sein, sich intensiv mit diesem Fragekreis auseinanderzusetzen, um die richtigen Antworten und fachkundigen Rat anbieten zu können.

Diesen Informationsbedarf deckt der Band in hervorragender Weise: Der Verlagsankündigung zufolge soll sich das Werk sowohl an Notarinnen und Notare, an Rechtsanwälte, Betreuungsrichter sowie die Mitarbeitenden von Hospiz- und Palliativ-einrichtungen richten und sogar an interessierte Laien. Dieser

doch recht weit gespannte Adressatenkreis ist nicht ganz unproblematisch, weil es bei einer derartig vielschichtigen, hoch emotionalen Fragestellung wie der Patientenverfügung nicht leicht ist, allen Interessen gleichmäßig gerecht zu werden. Insgesamt betrachtet gelingt das jedoch ganz gut; der Band bietet für alle mit einer Patientenverfügung befassten Personen und Institutionen eine sehr gut lesbare, informative und tief-schürfende Einführung in die Thematik aus (palliativ-)medizinischer und juristischer Sicht. Die umfassende, sehr breit angelegte Darstellung ist mit zahlreichen Beispielen und lebens-nahen Fallschilderungen angereichert, anhand derer die Problematik gut nachvollziehbar entwickelt wird. Abgerundet wird das trotz allem kompakte Werk durch einen ausführlichen Formulierungsvorschlag für einen Behandlungswunsch (Rdnr. 402), ein durchstrukturiertes Schema zur Prüfung der Frage nach einem Behandlungsabbruch (Rdnr. 422) sowie verschiedene Notfallpläne mit Handlungsanweisungen für Einrichtungen, Krankenhäuser oder Notfallmediziner im „Akutfall“ (Rdnr. 411), einen hilfreichen, umfangreichen Anhang, in dem die Kernaussagen des Bandes zusammengefasst sind (Rdnr. 403 f.) und schließlich einen Katalog mit praktischen, lebensnahen Hinweisen für ein sachgerechtes Vorgehen (Rdnr. 414 ff.).

Ausgangspunkt der Darstellung ist die Diskussion um die Verabschiedung von § 1901a BGB im Jahr 2009. Vor diesem Hintergrund werden die Entwicklung der gesellschaftlichen Akzeptanz, aber auch die zunächst ganz überwiegend straf-rechtliche Rechtsprechung zur „Sterbehilfe“ und die daran anknüpfende zivilrechtliche Rechtsprechung sehr informativ und ausgesprochen gehaltvoll, unter Einbeziehung auch allgemeiner Erwägungen, dargelegt. Auch erste „Problemschwerpunkte“ aus ärztlicher sowie juristischer Sicht sind herausgearbeitet. Daran schließt sich sodann ein Überblick über § 1901a BGB an, in dem die Problematik einer Patientenverfügung anhand von Beispielen nachvollziehbar und sehr lebensnah aufbereitet wird (u. a. Rdnr. 42, 69, 87). An manchen Stellen wäre es für den Juristen freilich hilfreich, wenn auf die palliativmedizinischen Aspekte eines Falles verstärkt eingegangen werden könnte; ggf. auch mit einer Übersicht über die in der Praxis am häufigsten anzutreffenden Diagnosen und deren Erläuterungen für den medizinischen Laien. Im anschließenden Kapitel wird sodann sehr genau auf die Einzelheiten der Errichtung einer Patientenverfügung eingegangen: Die diesbezügliche Darstellung imponiert, weil sehr genau und wohl durchaus lebensnah auch die Interessen einer Einrichtung, beispielsweise eines Pflegeheimes, etwa bei der Durch-

führung von Pflegemaßnahmen, die sich von ihrer „Qualität“ einem Eingriff annähern, oder bei Behandlungsvereinbarungen bei psychischen Erkrankungen in die Darstellung einfließen und schließlich auch die einschlägigen sozialrechtlichen Regelungen berücksichtigt werden: Hier zeigt sich der große Vorteil eines interdisziplinären, auch mit einer Ärztin besetzten Autorenteam und einer fach- bzw. rechtsgebietsübergreifenden Darstellung. Der Schwerpunkt der Ausführungen liegt bei der Anwendung der Patientenverfügung in der Praxis: Mit zahlreichen Beispielen und weiterführenden Hinweisen unterlegt, auch auf die Informationsangebote einschlägiger Verbände und Einrichtungen, zeigen die Verfasser auf, wie eine bestehende Patientenverfügung im Alltag umgesetzt bzw. beachtet wird, und vor allem, welche Probleme hierbei auftreten können. Das „Beziehungsgeflecht“ zwischen Patient, Arzt, Patientenangehörigen und -vertretern oder einem Betreuer sowie das Zusammenwirken mit dem Betreuungsgericht wird sehr plastisch und gut nachvollziehbar aufbereitet. Besonders eindrucksvoll zeigt sich das an dem plakativ mit „Theorie trifft auf Praxis“ (Rdnr. 354 ff.) überschriebenem Kapitel, in dem eindringlich die praktischen Herausforderungen für den Arzt, aber auch die auf die aktuelle Rechtsprechung zurückzuführenden Verunsicherungen in der tagtäglichen (Pflege-)Praxis anhand eines Beispielfalles aufgezeigt und Hinweise für ein sachgerechtes Vorgehen gegeben werden. Abgerundet wird der in-

formative, ausgesprochen gehaltvolle Band durch ein Kapitel, in dem auf Fälle mit Auslandsbezug eingegangen wird (Rdnr. 356 ff.), aber auch kultursensibel auf die spezifischen Probleme bei der Beteiligung von ausländischen Betroffenen wie beispielsweise Migranten oder Flüchtlingen (Rdnr. 365). Auf das Spannungsverhältnis zwischen Patientenverfügung und postmortalen Organspende (Rdnr. 366 ff.) wird ebenfalls hingewiesen. Im abschließenden Kapitel (Rdnr. 370 ff.) wird die Rechtslage noch einmal kritisch beleuchtet und die Autoren erläutern offene Fragen und Defizite im Spannungsverhältnis unter anderem zum Sozialrecht, zur Palliativ- und Hospizversorgung sowie zum Strafrecht.

„Unter dem Strich“: Der Band überzeugt in jeder Hinsicht. Der Text zeigt sehr deutlich, dass die Verfasser mit der praktischen Seite der Materie außergewöhnlich gut vertraut sind und den Stoff mit großem Einfühlungsvermögen für die jeweilige Situation aufbereiten. Auch wenn das Werk einige Formulierungsmuster enthält, handelt es sich dabei nicht um ein Formularbuch, das man „im Fall der Fälle“ aus dem Schrank nimmt. Aber es zeigt sehr genau auf, wo in der Praxis die Probleme und „Fallgruben“ liegen, die bei der rechtsvorsorgenden Gestaltung zu berücksichtigen sind, und stellt von daher ein für den Berater sehr zu empfehlendes Werk dar, in der die Patientenverfügung umfassend und interdisziplinär behandelt wird.

Fritz Kersten/Selmar Bühling:

Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit

26. Aufl., Carl Heymans, 2019. 3276 S., 319 €

Von Notar Dr. **Christoph Suttman**, LL.M. (Columbia), Wertingen

Das nunmehr in 26. Auflage vorliegende Werk kann durchaus zu Recht als „Standardwerk“ in der notariellen Praxis bezeichnet werden. Nach dem Vorwort zur aktuellen Auflage, welches auf das Vorwort zur ersten Auflage aus dem Jahr 1906 Bezug nimmt, liegt der Anspruch des Werkes unverändert darin, „für die wichtigsten, schwierigsten, häufigsten Geschäfte hervorragend brauchbare Muster herzustellen“. Bereits an dieser Stelle darf vorweggenommen werden, dass dieser Anspruch nach wie vor erfüllt wird. Dass überdies die Zeiten zwischen den einzelnen Neuauflagen kürzer werden, ist ausweislich des Vorwortes der beschleunigten Rechtsentwicklung geschuldet. In der Neuauflage ist im Bereich der Herausgeberschaft mit der Übernahme durch Professor Dr. Jan Eickelberg und Sebastian Herrler ein Generationenwechsel vollzogen worden. Das grundlegende und bewährte Konzept des Werkes wurde dabei nicht verändert. Es gliedert sich nach wie vor in die Bereiche Notariatsverfassung und Notarverfahrensrecht, Beurkundungen aus dem Bürgerlichen Recht (mit Orientierung am Aufbau des BGB) und aus dem Handels- und Gesellschaftsrecht. In nunmehr 159 Kapiteln werden in bewährter Manier die wichtigsten für die Praxis bedeutsamen Fragen aus den genannten Bereichen erläutert und mit Formulierungsmustern sowie Hinweisen zu Gebührenfragen ergänzt. Der Umfang der zur Verfügung gestellten Muster und Formulare liegt ausweislich des Vorworts nunmehr bei über 1.800. Unverändert praktisch ist in diesem Zusammenhang die mitgelieferte CD-ROM, die eine direkte Übernahme der Muster in die eigene EDV ermöglicht.

Neu aufgenommen wurde in der 26. Auflage ein Kapitel über „Elektronischen Rechtsverkehr im Notariat“ (§ 12a), in welchem einerseits die (künftigen) Neuerungen durch die Einführung des Elektronischen Urkundenarchivs dargestellt, andererseits aber auch die bereits jetzt geltenden Verfahren im

Bereich des Grundbuchs, des Handelsregisters, des ZTR und ZVR beschrieben werden. Dass die Rechtsentwicklung gerade in diesem Bereich an Geschwindigkeit zunimmt, zeigt unter anderem die Tatsache, dass die Verordnung über das besondere elektronische Notarpostfach (beN) erst nach Drucklegung des Werkes veröffentlicht wurde (BGBl. vom 8.3.2019). Die Erläuterungen zu beN, elektronischem Urkundenverzeichnis und elektronischem Urkundenarchiv geben einen guten Überblick über die technischen Neuerungen, welche die Notare in den kommenden Jahren beschäftigen werden. Die Darstellungen zum elektronischen Rechtsverkehr mit Grundbuchamt und Handelsregister fassen demgegenüber das bereits Erreichte im Bereich der Digitalisierung des Notariats gut zusammen. Die Neuauflage berücksichtigt ferner die Neuregelung des Bauvertragsrechts und damit einhergehend des Bauträgerrechts (§ 33). Das Inkrafttreten der Güterrechtsverordnungen wird berücksichtigt, jedoch vergleichsweise knapp. Das noch enthaltene Muster zur Rechtswahl nach Art. 15 Abs. 2 EGBGB (§ 81 Rdnr. 24M) dürfte mittlerweile überholt sein.

Umfassend neu bearbeitet wurde ferner das Recht der GmbH einschließlich der mit der Gesellschafterlistenverordnung einhergehenden Änderungen der Gesellschafterliste. Der Formulierungsvorschlag zur Geschäftsführerversicherung durch mehrere Geschäftsführer wurde dabei den vielleicht zu strengen Vorgaben der Rechtsprechung angepasst. Abschließend kann festgestellt werden, dass in dem sehr breit angelegten Werk kaum eine Praxisfrage übergangen wird; für nahezu jedes Problem wird der Praktiker eine Erläuterung und ggf. auch einen Formulierungsvorschlag finden. Auch die Neuauflage kann daher nur uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden.

Gabriele Müller/Thomas Renner:

Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis

5. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2018. 446 S., 79 €

Von Notarassessorin **Ann-Kathrin Schmelter**, Waldkirchen

„Letztwillige Verfügung, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung bilden für viele Menschen ein Vorsorgepaket!“ Diese Aussage aus dem Vorwort der fünften Auflage des von Rechtsanwältin Dr. *Gabriele Müller* (DNotI) und Notar Dr. *Thomas Renner* (Erfurt) verfassten Buches „Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis“ bringt zum Ausdruck, dass neben letztwilligen Verfügungen auch Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen zum notariellen Tagesgeschäft zählen. Inzwischen seien fast vier Millionen Vorsorgevollmachten beim Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer registriert.

Nach der Veröffentlichung von vier Auflagen in nur zehn Jahren, die allesamt eine positive Resonanz hervorgerufen haben, erschien im Januar 2018 die fünfte Auflage des vorgenannten Buches.

Dieses überzeugt inhaltlich dadurch, dass es zu allen juristischen Fragen im Bereich Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügung unter Bezugnahme auf die aktuelle Rechtsprechung und Literatur fundierte und begründete Antworten enthält, die durch Praxisfälle veranschaulicht werden. Das Inhaltsverzeichnis zu Beginn sowie das Stichwortverzeichnis am Ende des Buches erleichtern das schnelle Auffinden der relevanten Ausführungen.

Immer wieder finden sich fett gedruckte Formulierungsbeispiele zu einzelnen Rechtsfragen im Text, die der Leser als Baustein in die notarielle Urkunde aufnehmen kann. Zudem sind in Kapitel 4 umfassende, praxistaugliche Formulierungsmuster für Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen abgedruckt. Sehr erfreulich wäre es, wenn die Bausteine und Formulierungsmuster zusätzlich in einem passwortgeschützten Downloadbereich zur Verfügung stünden, sodass sie direkt in den Urkundstext eingefügt werden können. Die Frage, wie Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen in kostenrechtlicher Hinsicht zu behandeln sind, wird durch Notar *Renner* anhand von Fallbeispielen (Rdnr. 868 ff.) beantwortet.

Das Buch untergliedert sich in vier Kapitel: Kapitel 1 befasst sich mit dem Betreuungsrecht, Kapitel 2 mit Vorsorgeverfügungen, d. h. Vorsorgevollmachten, Betreuungsverfügungen und Patientenverfügungen. Den hierbei auftretenden juristischen Fragen (z. B. bezüglich der Ausgestaltung des Grundverhältnisses oder des Auftretens mehrerer Bevollmächtigter) werden jeweils eigene Abschnitte gewidmet, die der Leser mithilfe des Inhaltsverzeichnisses schnell auffinden kann.

Die aktuelle Rechtsprechung des BGH zur Patientenverfügung hat Notar *Renner* eingearbeitet: Die Entscheidung des BGH vom 6.7.2016¹, in der der Senat eine Patientenverfügung, nach der die Betroffene „lebensverlängernde Maßnahmen“ für den Fall schwerer Dauerschäden des Gehirns ablehnte, für

nicht unmittelbar bindend erklärte, da sie keine konkrete Entscheidung der Betroffenen über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in konkrete ärztliche Maßnahmen enthalte, wurde in der Literatur vielfach als Verschärfung der Anforderungen an eine wirksame Patientenverfügung interpretiert. Mit seinem Beschluss vom 8.2.2017² stellte der BGH heraus, dass die in einer Patientenverfügung fixierte Äußerung, „keine lebenserhaltenden Maßnahmen“ zu wünschen, allein keine konkrete Behandlungsentscheidung enthalte, sich die gebotene Konkretisierung jedoch durch die Bezeichnung bestimmter ärztlicher Maßnahmen oder die Bezugnahme auf bestimmte Behandlungssituationen oder Krankheiten ergeben könne.

Der BGH stellte nach Auffassung von *Renner* in dem letztgenannten Beschluss klar, dass eine Verschärfung der Anforderungen an eine wirksame Patientenverfügung nicht beabsichtigt gewesen sei. *Renner* hält die in der Praxis verwendeten Textmuster für wirksam, so lange sie die Grundeinstellung des Betroffenen zu bestimmten Maßnahmen in festgelegten – meist aussichtslosen – medizinischen Situationen zum Ausdruck bringen (Rdnr. 517).

In Kapitel 3 setzt sich Rechtsanwältin *Müller* mit Sonderfragen auseinander: Welche Regelungen sind erforderlich, wenn eine Vorsorgevollmacht im Ausland eingesetzt werden soll? Welche Gestaltung sollte bei einer unternehmensbezogenen Vorsorgevollmacht gewählt werden?

Kapitel 3 enthält überdies Ausführungen zu den Themen „digitaler Nachlass“ und „Sorgerechtsverfügungen“, die in der Voraufgabe noch nicht besprochen wurden. Zwar werfe das erstgenannte Thema vordringlich erbrechtliche Fragen auf; es könne aber gerade im Hinblick auf die fortschreitende Digitalisierung der Gesellschaft auch zu Lebzeiten des Betroffenen eine Rolle spielen, wenn dieser wegen Krankheit ausfalle. *Müller* weist auf die tatsächlichen Schwierigkeiten hin, die mit dem fehlenden Zugang des Bevollmächtigten zu passwortgeschützten Inhalten verbunden sind, und empfiehlt dem Vollmachtgeber, eine verschlüsselte Passwortdatenbank anzulegen, die durch ein sog. Masterpasswort gesichert wird. Dieses solle in einer notariellen Urkunde hinterlegt werden (Rdnr. 1087). *Müller* schlägt als Alternative hierzu vor, eine eigene Datenbank beispielsweise bei der Bundesnotarkammer zu schaffen, in der die Masterpasswörter sicher gespeichert werden (Rdnr. 1090). Da sich das Zentrale Vorsorgeregister (ZVR) im notariellen Alltag überaus bewährt hat, wäre es zu begrüßen, wenn eine solche Datenbank zum Abspeichern der Masterpasswörter als Untermodul zum ZVR zur Verfügung stünde.

Auch Ausführungen zu dem Thema „Sorgerechtsvollmacht/-verfügung“ waren in der Voraufgabe nicht enthalten: Hier geht

¹ BGH, Beschluss vom 6.7.2016, XII ZB 61/16, NJW 2016, 3297.

² BGH, Beschluss vom 8.2.2017, XII ZB 604/15, NJW 2017, 1737.

es um die Frage, inwiefern ein Vollmachtgeber, dem das Sorgerecht für minderjährige Kinder zusteht, für den Fall seines lebzeitigen Ausfalls Vorsorge treffen kann. Eine sog. Sorgerechtsvollmacht, durch die ein Elternteil eine Vollmacht zur Ausübung des Sorgerechts erteilt, wird überwiegend für zulässig gehalten (Rdnr. 1101). *Müller* geht davon aus, dass ein Sorgerechtsinhaber auch für den Fall seines lebzeitigen Ausfalls analog §§ 1776, 1777 BGB bindend einen Vormund benennen könne (Rdnr. 1105).

Dadurch, dass *Müller* und *Renner* in der fünften Auflage ihres Werks aktuelle Entwicklungen im Bereich Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung besprechen, die in den Voraufgaben noch gar nicht thematisiert werden konnten, ist die Anschaffung der neuen Auflage jedem Notar uneingeschränkt zu empfehlen.

Reinhard Schütt:

Vorweggenommene Erbfolge unter der Rom-I-Verordnung – Probleme der Statutenvielfalt, Lösungsansätze

Alma Mater, 2018. 154 S., 48 €

Von Notar **Michael Volmer**, Starnberg

Soweit die Europäische Union im Bereich des allgemeinen Privatrechts wie des Internationalen Privatrechts Verordnungen und Richtlinien erlässt, geht sie nach abgegrenzten Sachbereichen vor: DAS Erbrecht, DAS Ehegüterrecht, um neuere Beispiele zu nennen. Diese Vorgehensweise hat für die EU den Charme, dass sie jeweils ein einzelnes Thema aufarbeiten und abhandeln kann. Der Beurkundungsauftrag der Beteiligten an den Notar richtet sich hingegen nicht nach Rechtsgebieten, sondern nach Anlässen oder Problemen, die möglichst umfassend gelöst werden sollen. Die daraus resultierenden Brüche sind mir bei einer, wenngleich nur kurzen, Befassung mit der grenzüberschreitenden Vollstreckung notarieller Scheidungsfolgevereinbarungen aufgefallen:¹ Unterhalt, Zugewinnausgleich oder sonstige Abgeltungszahlungen werden grenzüberschreitend je anders vollstreckt ungeachtet der Tatsache, dass diese Ansprüche in ein- und derselben Urkunde niedergelegt sind. Vor diesem Hintergrund habe ich die Besprechung der im Jahre 2018 als Dissertation der Universität Saarbrücken angenommenen Arbeit von *Reinhard Schütt* zur vorweggenommenen Erbfolge gerne übernommen. Denn auch bei diesen Urkunden kommen Vertragsstatut, Güterrechtsstatut, Erbstatut, Sachenrechtsstatut und, bei gesellschaftsrechtlichen Übertragungsvorgängen, auch Gesellschaftsrechtsstatut mit womöglich unterschiedlichen Ergebnissen zur Anwendung, „wodurch Regelungs- und Wertungswidersprüche entstehen, die den inneren Zusammenhang der vorweggenommenen Erbfolge zerstören“ (*Schütt*, S. 114).

Schütt nähert sich dem Thema zunächst aus der rein deutschen Sicht mit der Frage, ob die vorweggenommene Erbfolge im nationalen deutschen Recht ein eigenständiger einheitlicher Vertrag sei, wenngleich im BGB nicht geregelt

(S. 9 bis 61). Nach einem kurzen geschichtlichen Überblick (S. 9 bis 14) diskutiert er die vorhandenen Normen außerhalb des BGB, die für die Annahme einer vorweggenommenen Erbfolge als einheitlichem Vertragstyp ins Feld geführt werden können (S. 15 bis 25), nämlich die einschlägige Höfeordnung (die es im Saarland selbst aber nicht gibt), sowie die Ermächtigung zu besonderem Landesrecht in Art. 96 EGBGB. Nach einer Darstellung der typischen Übergebemotive grenzt *Schütt* dann den Übergabevertrag ab von der Schenkung (auch der Schenkung unter Auflage und der gemischten Schenkung), Ausstattung, ehebezogenen Zuwendung oder güterrechtlichen Zuwendung (S. 30 bis 44). Im Anschluss insbesondere an ältere Überlegungen von *Eccher*² und *Coing*³ hält er die vorweggenommene Erbfolge für ein eigenständiges Rechtsinstitut schon im deutschen Recht (S. 48 bis 61).

Diese Annahme führt ihn sodann im grenzüberschreitenden Verkehr zu einer Statutenvielfalt, da die Rom-I-Verordnung lediglich die schuldrechtlichen Beziehungen betrifft (S. 81 bis 88). Weitere Fragen, wie die Erbfolge an sich einschließlich der Verzichtsmöglichkeit, das Ehegüterrecht sowie das Gesellschaftsrecht regelt die EU durch jeweils eigenständige IPR-Vorgaben oder – wie im Fall des Sachenrechts für die Erfüllungsakte – sie enthält sich bewusst jeder Vereinheitlichung. Vorbehaltlich einer ausdrücklichen Rechtswahl wendet *Schütt* auf die schuldrechtlichen Beziehungen gemäß der Rom-I-VO das Aufenthaltsrecht des Übergebers/Erblässers an (S. 105, 106). Wesentliches Thema sei die Versorgung des Übergebers, sodass die Sicherstellung dieser Altenteilsleistungen als Charakteristikum den Übergabevertrag präge. Die Anwendung der EuErbVO, auch wenn diese wahrscheinlich zum

¹ Würzburger Notarhandbuch/*Volmer*, 5. Aufl. 2018, Abschnitt I.3.

² Antizipierte Erbfolge, 1980 (zum österreichischen Recht).

³ *Coing* in FS Fritz Schwind, 1978, S. 63.

selben Ergebnis führen würde, lehnt *Schütt* wegen der ausdrücklichen Anwendungsbeschränkung der VO ab (S. 120). Die Durchsetzung eines Einheitsstatuts anstelle der drohenden Statutenvielfalt, die *Schütt* für widersprüchlich und undurchsichtig hält, sieht er dann in der internationalprivatrechtlichen Kategorie des sog. Gesamtstatuts (S.130 bis 132). Adäquate Lösungen durch andere Konzepte wie Hauptstatut, akzessorische Anknüpfung oder Anpassung lehnt er ab (S. 116 bis 128). Mit dieser Gesamtstatutlösung kommt *Schütt* zu dem Ergebnis, dass sich das Aufenthaltsrecht des Übergebers sogar gegenüber dinglichen Rechten des Belegenheitsstaates durchsetzt (S. 129 bis 140). Damit hat *Schütt* natürlich den angestrebten Anwendungseinklang herbeizurechtlich argumentiert.

Die Arbeit überzeugt mich als Mahnung an den europäischen Gesetzgeber, bei seinem forschen Voranschreiten zur Vereinheitlichung des Internationalen Privatrechts innezuhalten und eher demütig-vorsichtig tätig zu werden. Die von *Schütt* vorgeschlagene Lösung *de lege lata* wirft hingegen schwerwiegende Folgeprobleme auf.

Entgegen *Schütt* halte ich in unserer nationalen Rechtsordnung die vorweggenommene Erbfolge schon nicht für einen einheitlichen Vertragstyp. Die Einwände sind an dieser Stelle erst kürzlich dargestellt worden⁴ und sollen nicht erneut vertieft werden. Ich gestatte mir aber den Hinweis, dass auch bei *Schütt* die Annahme eines einheitlichen Vertragstyps nur wenige abweichende Rechtsfolgen mit sich bringt (obgleich er selbst richtig argumentiert, dass gerade abweichende Rechtsfolgen die Annahme neuer Vertragstypen überhaupt erst rechtfertigen, S. 30 bis 58). Die vorweggenommene Erbfolge benötigt *Schütt* nur, um das schenkungsrechtliche Widerrufsrecht abzuschneiden und *causa* für einen in der Urkunde enthaltenen Pflichtteilsverzicht zu geben (S. 83 in Fn. 426). Beide Rechtsfolgen kann man meines Erachtens auch einfacher haben.

In Bereich der internationalprivatrechtlichen Argumentation hätte jedenfalls nach der deutschen Methodenlehre eine Anwendung des Erbstatuts der EuErbVO mindestens genauso nahe gelegen wie die allenfalls vage anerkannte Kategorie des Gesamtstatuts. Die entsprechende Aussage in der EuErbVO ist aus meiner Sicht nicht als absolutes Verbot einer ausdehnenden Anwendung zu sehen, sondern als Selbstbeschränkung des europäischen Gesetzgebers, der diese Fälle einfach

aus seiner Wahrnehmung ausgeblendet und die internationalprivatrechtlichen Implikationen nicht in seine Überlegungen einbezogen hat.

Aber wichtiger noch: *Schütt* hat sicher recht mit der Feststellung, dass die Anwendung mehrerer Statuten auf ein einheitliches Vertragswerk – ich will hier bewusst nicht von Vertragstyp sprechen – in der Handhabung schwierig ist und zu Widersprüchen führen kann. Die Lösung, auf diesen Vertrag nur ein Gesamtstatut anzuwenden, führt aber nur dazu, dass dann die Brüche nicht innerhalb der Urkunde, sondern außerhalb oder schlimmstenfalls zwischen zeitversetzten Urkunden auftreten.

Das zeigt sich im Bereich des Sachenrechts, denn auch die Gesamtstatutlösung kann nicht etwa den *numerus clausus* der beschränkten dinglichen Rechte aushebeln. *Schütt* löst dies über eine Anpassung analog Art. 31 EuErbVO – aber das verschiebt die Probleme aus der Urkunde hinaus (und damit weg von der privatautonomen Gestaltungshoheit der Vertragsparteien) in das Grundbuchverfahren!

Falls weiter der Übergabevertrag in allen Aspekten dem Aufenthaltsrecht des Übergebers unterstellt wird, kommen die Brüche, wenn der Übergeber gar nicht nach dieser Rechtsordnung beerbt wird. Der Statutenbruch findet zwar nicht bei der Durchführung der Übergabeurkunde statt, aber selbstverständlich unverändert bei der Auflösung des Konflikts, wie sich ein im Übergabevertrag für zulässig angesehener Pflichtteilsverzicht eigentlich bei Nachlassabwicklung in einer verzichtsfeindlichen ausländischen Erbrechtsordnung verhält. Oder soll das Gesamtstatut so stark sein, dass es dauerhaft alle Rechtsbereiche beim Erblasser normiert? Was machen wir dann mit dem am Übergabevertrag vielleicht nicht beteiligten Ehegatten oder anderen Gesellschaftern? Wenn aber Statutenbrüche unvermeidlich sind, sind mir Normkonflikte innerhalb derselben Urkunde wesentlich lieber als zwischen verschiedenen Urkunden: Die Statutenkonflikte innerhalb der Urkunde mögen zwar schwierig sein; da ich als Rechtsberater über diese Urkunde aber gerade nachdenke, kann ich sie in meine Überlegungen mit einbeziehen. Wer aber denkt bei der Beurkundung einer Bauplatzübergabe in Deutschland oder der Übergabe einer Ferienimmobilie in Italien an das künftige Erbstatut des Übergebers?

⁴ Kappler/Kappler, MittBayNot 2019, 217.

RECHTSPRECHUNG

BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

1. Verletzung der Verpflichtung zur Bestellung eines beschränkten dinglichen Rechts bei Veräußerung des Grundstücks

BGH, Urteil vom 19.1.2018, V ZR 273/16 (Vorinstanz:
OLG Dresden, Urteil vom 20.10.2016, 10 U 470/16)

BGB § 241 Abs. 2, § 275 Abs. 1, § 280 Abs. 1, §§ 873,
1004

GBO § 39 Abs. 1

LEITSÄTZE:

- Die Vertragspartner sind zum einen verpflichtet, an der Erreichung und Verwirklichung von Ziel und Zweck des Vertrages mitzuwirken und sich, soweit sich dies mit den eigenen Interessen vernünftigerweise vereinbaren lässt, gegenseitig zu unterstützen. Sie haben zum anderen alles zu unterlassen, was die Erreichung des Vertragszwecks und den Eintritt des Leistungserfolgs gefährden oder beeinträchtigen könnte.
- Wer sich seinem Vertragspartner gegenüber zur Bestellung eines beschränkten dinglichen Rechts an seinem Grundstück verpflichtet hat, muss jedenfalls vor Eintritt der Verjährung des Rechtsverschaffungsanspruchs bei späteren Verfügungen über das Grundstück prüfen, ob die bewilligte Belastung in das Grundbuch eingetragen worden ist, und, wenn das noch nicht geschehen ist, die Verfügungen so gestalten, dass Eintragung des bewilligten Rechts möglich bleibt und nicht im Belieben eines Dritten steht.

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2018, 686.

2. Ermittlung des Grundstückswertes bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit des Kaufpreises grundsätzlich nach der Vergleichswertmethode

BGH, Beschluss vom 8.1.2019, XI ZR 535/17 (Vorinstanz:
KG, Urteil vom 31.7.2017, 24 U 129/14)

BGB §§ 138, 241 Abs. 2, § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2

GG Art. 103 Abs. 1

ZPO § 139

LEITSÄTZE:

- Zur Anwendbarkeit des Vergleichswertverfahrens bei der Feststellung des Verkehrswerts einer Immobilie.
- Der Austausch der von dem Sachverständigen gewählten Wertermittlungsmethode gegen eine andere ohne Ausweisung der eigenen besonderen Sachkunde des Gerichts ist unzulässig. Der Hinweis auf die vergleichsweise „schmale“ Basis für die Ermittlung des Vergleichswerts bietet keine Grundlage dafür, bei Wohnungseigentum, das der Kapitalanlage und der Steuerersparnis dient, den Verkehrswert durch einen Mittelwert von Vergleichs- und Ertragswert zu bestimmen. (Leitsatz der Schriftleitung)
- Die Methodenwahl ist unter Berücksichtigung der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr bestehenden Gepflogenheiten und sonstiger Umstände des Einzelfalles zu treffen; sie ist zu begründen. Lässt sich eine aussagekräftige Menge von Vergleichspreisen verlässlich ermitteln, wird die Vergleichswertmethode als die einfachste und zuverlässigste Methode angesehen; sie steht deshalb bei Wohnungseigentum im Vordergrund. (Leitsatz der Schriftleitung)
- Liegen die Voraussetzungen für eine verlässliche Verkehrswertermittlung nach Vergleichspreisen vor, kann auch dann, wenn eine andere Wertermittlungsmethode zu einem deutlich abweichenden Ergebnis führt, an dem durch Vergleich ermittelten Ergebnis nicht vorbeigegangen werden. (Leitsatz der Schriftleitung)

3. Zulässige Erhebung der Notbedarfseinrede des Beschenkten gegenüber dem Sozialhilfeträger

BGH, Urteil vom 20.11.2018, X ZR 115/16 (Vorinstanz: OLG Stuttgart, Beschluss vom 28.10.2016, 9 U 118/16)

BGB §§ 138, 242, 404, 412, 519, 528 Abs. 1, § 529 Abs. 2, § 818 Abs. 2

LEITSÄTZE:

1. Hat der Sozialhilfeträger den Anspruch des Schenkers auf Rückgabe des Geschenks wegen Verarmung auf sich übergeleitet, kann der Beschenkte grundsätzlich bei einer Gefährdung seines eigenen angemessenen Unterhalts die Rückgabe des Geschenks auch dann verweigern, wenn er bei Erfüllung des Rückforderungsanspruchs seinerseits Sozialhilfe von dem betreffenden Träger beanspruchen könnte.
2. Dem Beschenkten ist jedoch die Notbedarfseinrede nach Treu und Glauben verwehrt, wenn der Schenker dem Beschenkten einen Vermögensgegenstand zuwendet, den er zur Deckung seines Unterhaltsbedarfs benötigt, dieser Unterhaltsbedarf deshalb vom Sozialhilfeträger befriedigt werden muss und der Beschenkte annehmen muss, den zugewendeten Gegenstand mit der Schenkung einer Verwertung zur Deckung des Unterhaltsbedarfs des Schenkers zu entziehen.

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2019, 525.

4. Mieteinnahmen als Beschaffenheitsvereinbarung eines Kaufvertrages über ein Mehrfamilienhaus

OLG Köln, Urteil vom 29.11.2018, 3 U 24/18

BGB §§ 281, 434, 437, 442

LEITSÄTZE:

1. Zu den Voraussetzungen einer Beschaffenheitsvereinbarung bei vertraglicher Bestimmung im Kaufvertrag zu Mieteinnahmen eines Mehrfamilienhauses.
2. Ist die Jahresnettomiete in einer von den Vertragsparteien und dem Notar unterschriebenen Anlage zum notariellen Kaufvertrag genannt, muss der Anlage nicht die ausdrücklich Erklärung zu entnehmen sein, dass die Verkäuferin eine Jahresnettomiete in dieser Höhe zusichert bzw. die Verbindlichkeit dieser Angabe ausdrücklich betont wird. Dies ist für eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 BGB nicht zwingend erforderlich. (Leitsatz der Schriftleitung)

3. Die in einem Kaufvertrag enthaltenen und ausdrücklich zum Gegenstand der Vereinbarungen gemachten Angaben über tatsächlich erzielte Mieterträge sind als Beschaffenheitsvereinbarung zu verstehen, wenn der Käufer nicht aufgrund besonderer Umstände andere Vorstellungen über den Wert des Kaufgrundstücks hegt, als sie nach der Verkehrsschauung bei solchen Objekten mit dem zugesicherten Mietertrag verbunden sind. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

1 I. Die Kläger erwarben von der Beklagten durch notariellen Kaufvertrag des Notars Dr. G in B (...) ein Mehrfamilienhaus in der T.straße 7-9 in B mit 14 vermieteten Wohneinheiten.

2 Die Kläger verlangen – insoweit in der Berufung noch im Streit – Schadensersatz in Höhe des Minderertrags bei den Mieteinnahmen. Sie berufen sich dazu auf die als Anlage zum Kaufvertrag genommene und von den Kaufvertragsparteien sowie dem Notar unterschriebene „Mieterliste T.straße“ (...), einer Aufstellung, die neben den Namen der Mieter und der Lage der Wohnungen die einzelnen Warmmieten und in einem Kasten die Angaben enthält:

„73.428,00 € Jahresmiete Brutto abzgl. BK 12.632,00 € Jahresnettomiete 60.796,00 €“

Auf diese Anlage wird unter Ziff. V Nr. 6 des notariellen Kaufvertrags verwiesen. Darin ist geregelt:

„a) Miet- und Pachtverhältnisse sind bekannt und werden übernommen. Eine Kopie der Aufstellung der Mietverhältnisse ist dieser Urkunde als Anlage beigefügt. Zu den Mietverhältnissen wird Folgendes vereinbart:

(...)

d) Der Veräußerer wies den Erwerber darauf hin, dass ihm nicht alle Originalmietverträge (Zweitschriften) vorliegen. Ferner wurden ihm die Mietkaution sowie die Bürgschaften der Ämter auf Mietkaution nicht übergeben. Einige Originalmietverträge sowie die Mietkaution und Bürgschaften der Ämter auf Mietkaution befinden sich derzeit noch beim Verwalter. Für den Fall, dass bei Kaufpreisfälligkeit die Originalmietverträge und Mietkaution sowie Bürgschaften der Ämter auf Mietkaution nicht in Händen des Veräußerers sein sollten, ist der Erwerber berechtigt, bei Kaufpreiszahlung einen Teilbetrag i. H. v. 10.000 € einzubehalten. Sobald der Veräußerer dem Erwerber die Originalmietverträge (Zweitschriften), sämtliche Mietkautionen sowie die Bürgschaften der Ämter auf Mietkaution übergeben hat, hat der Erwerber den von ihm erbrachten einbehaltenen Kaufpreis-Teilbetrag i. H. v. 10.000 € an den Veräußerer zu zahlen. (...“

3 Die Beklagte wurde bei dem streitgegenständlichen Kaufvertrag durch ihren Ehemann, den Zeugen L, vertreten. Die „Mieterliste T.straße“ wurde im Büro der Maklerfirma J GmbH durch den Zeugen B auf Veranlassung des Zeugen C erstellt. Bei dem Zeugen C handelt es sich um einen guten Bekannten des inzwischen verstorbenen Vaters der Kläger und auch des Ehemanns der Beklagten. Er hat den Kontakt zwischen den Kaufvertragsparteien vermittelt und war auch beim Notar anwesend. Der Zeuge L traf sich mit den Zeugen C einige Zeit vor dem Notartermin im Maklerbüro. Dabei überreichte er dem Zeugen C die Mietverhältnisse betreffende Unterlagen.

(...)

7 Mit Urteil vom 25.1.2018 (...) hat das LG dem Feststellungsantrag (...) im Hinblick auf die mögliche baurechtliche Illegalität einzelner Wohnungen stattgegeben und im Übrigen die Klage abgewiesen. Zur Begründung der Klageabweisung hat es ausgeführt, die Anlage zum notariellen Kaufvertrag sei nicht als ausreichende Zusicherung eines bestimmten Nettomietetrags anzusehen. Die Mieterliste selbst sei nicht eindeutig. So sei nicht ersichtlich, was von dem Posten „BK“

umfasst sei. Es könnten die gesamten Betriebskosten der Immobilie sein, die auf den Mieter umlegbaren oder der vom Eigentümer selbst zu tragende Teil. Die Unterscheidung sei auch nicht aus anderen Umständen zu treffen, weil zur Kenntnis der Kläger die maßgeblichen Mietverträge fehlten; zudem bleibe unklar, für welches Jahr die variablen „BK“ angefallen seien. Im notariellen Kaufvertrag werde auch nur bezüglich der Anlage auf eine „Kopie der Aufstellung der Mietverhältnisse“ verwiesen. Auch daraus gebe sich keine Bedeutung der Anlage im Hinblick auf die Zusicherung eines bestimmten Ertrages.

8 Selbst wenn man dies anders sehe, sei ein Gewährleistungsanspruch nach § 442 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, weil die Kläger im Kaufvertrag erklärt hätten, die Mietverhältnisse, mithin auch die monatlichen Mietzahlungen, seien bekannt.

9 Auch die Beweisaufnahme habe keine anderen Erkenntnisse ergeben. So sei nicht eindeutig, wie der Betrag von 12.632 € für „BK“ in die Aufstellung gelangt sei. Die Aussage des Zeugen C, der Zeuge L habe ihm diese Zahl mündlich mitgeteilt, sei nicht nachvollziehbar, auch wenn die Beweisaufnahme ergeben habe, dass der Zeuge L dem Zeugen C eine handschriftliche Aufzeichnung (...) mit den Namen der Mieter und den monatlichen Zahlungseingängen gegeben habe, die allerdings die Betriebskosten nicht ausweise. Da völlig ungeklärt sei, wie die Zahl der Betriebskosten in die Mieterliste Eingang gefunden habe, sei es fern liegend, dass die Kläger gerade auf diese Angaben vertraut hätten, ohne dass dies im notariellen Text angesprochen werde, vielmehr die Kläger bei allgemeinem Gewährleistungsausschluss erklärten, dass ihnen die Mietverträge bekannt seien.

10 Dagegen richtet sich die Berufung der Kläger (...)

AUS DEN GRÜNDEN:

16 II. Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Kläger hat in der Sache Erfolg.

17 1) Die Kläger können aus § 434 Abs. 1, § 437 Nr. 3 i. V. m. § 281 Abs. 1 BGB Schadensersatz in der Höhe verlangen, in der die in dem Objekt T.straße 7-9 in B erzielten Nettomieten hinter den mit notariellem Kaufvertrag vom 19.7.2013 vereinbarten Nettomieten zurückbleiben.

18 a) Entgegen der Auffassung des LG ergibt sich aus der Regelung im notariellen Kaufvertrag, insbesondere der Anlage „Mieterliste T.straße“, im Zusammenhang mit den unstreitigen bzw. sich aus der vom LG durchgeführten Beweisaufnahme ergebenden Gesamtumständen eine Beschaffenheitsvereinbarung hinsichtlich der Jahresnettomiete im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses.

19 Die aus der Bewirtschaftung eines bebauten, vermieteten Grundstücks erzielten Mieterträge und die aufzuwendenden Betriebskosten gehören zu den Eigenschaften, die Gegenstand einer von den Kaufvertragsparteien vereinbarten Beschaffenheit des Grundstücks nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB sein können (BGH, Urteil vom 5.11.2010, ZR 228/09, juris Rdnr. 12; Erman/*Grunewald*, BGB, 15. Aufl. 2017, § 434 Rdnr. 11). Jede nach früherem Recht zusicherungsfähige Eigenschaft einer Sache kann nunmehr eine Beschaffenheit im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB sein (BGH, Urteil vom 5.11.2010, V ZR 228/09, juris Rdnr. 13).

20 Vorliegend ist die Jahresnettomiete von 60.796,00 € in einer von den Vertragsparteien und dem Notar unterschriebenen Anlage zum notariellen Kaufvertrag genannt. Zwar ist der Anlage nicht die ausdrücklich Erklärung zu entnehmen, dass die Verkäuferin eine Jahresnettomiete in dieser Höhe zusichert bzw. die Verbindlichkeit dieser Angabe ausdrücklich

betont wird. Dies ist aber für eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 BGB auch nicht zwingend erforderlich. Für eine Beschaffenheitsvereinbarung in Bezug auf einen Mietertrag reicht es zum Beispiel aus, wenn im Kaufvertrag auf einen Mietvertrag Bezug genommen wird und darin konkrete Einnahmen genannt werden. Angaben eines Mietertrages sind, auch wenn nur die Größenordnung genannt wird, ferner dann eine Beschaffenheitsvereinbarung, wenn der Käufer sie als vertraglich ansehen kann (MünchKommBGB/*Westermann*, § 434 Rdnr. 59). Denn der zur Zeit des Vertragsabschlusses tatsächlich aus einem Hausgrundstück gezogene Nutzen gilt nach der Verkehrsanschauung als ein sicherer Maßstab und als eine der wichtigsten Grundlagen für die Ertragsfähigkeit und damit für die Wertschätzung des Grundstückes. Werden die tatsächlich erzielten Mieterträge in einem Grundstückskaufvertrag aufgeführt und ausdrücklich zum Gegenstand der Vereinbarungen gemacht, dann spricht dies grundsätzlich für eine vertragsmäßige Zusicherung. Eine andere Würdigung kann sich nur aus besonderen Umständen des Einzelfalles ergeben (BGH, Urteil vom 26.2.1993, V ZR 270/91, NJW 1993, 1385; NJW 1990, zitiert nach juris). Das heißt: Die in einem Kaufvertrag enthaltenen und ausdrücklich zum Gegenstand der Vereinbarungen gemachten Angaben über tatsächlich erzielte Mieterträge sind als Zusicherung einer Eigenschaft (bzw. Beschaffenheitsvereinbarung) zu verstehen, wenn der Käufer nicht aufgrund besonderer Umstände andere Vorstellungen über den Wert des Kaufgrundstücks hegt, als sie nach der Verkehrsanschauung bei solchen Objekten mit dem zugesicherten Mietertrag verbunden sind (BGH, NJW 2001, 2551; NJW-RR 1990, 1161, 1162, vgl. auch NJW 1990, 902; NJW 1993, 1385; NJW 1998, 534, 535; OLG Hamm, NJW-RR 1995, 1481; OLG Celle, NJW-RR 1999, 280,281, alle zitiert nach juris).

21 Vorliegend spricht für die Bedeutung der in der „Mieterliste T.straße“ enthaltenen Angaben zu den Mieterträgen als Beschaffenheitsvereinbarung, dass sie als Anlage zum notariellen Kaufvertrag genommen wurde. Sie ist also unmittelbarer Inhalt des Kaufvertrages geworden, und es wird nicht nur indirekt ein Verweis auf eine Unterlage außerhalb des Vertrages vorgenommen (wie dies beispielsweise bei einem Exposé oder einem Mietvertrag der Fall ist, was für eine Beschaffenheitsvereinbarung unter Umständen gleichwohl ausreichend sein könnte). Die Jahresnettomiete stellt sich zudem durch den Fettdruck als Essenz der in der Anlage zuvor genannten Einzelangaben der auf die jeweiligen Wohnungen entfallenden Warmmieten dar und ergibt sich schlüssig aus der Summe der Bruttomieten abzüglich der Betriebskosten. Unstreitig lagen den Klägern die Mietverträge im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht vor. Sie hatten daher in Ziffer V 6 des notariellen Kaufvertrages einen Einbehalt vom Kaufpreis in Höhe von 10.000 € bis zur Übergabe der Mietverträge und Kautionen vereinbart. Die Informationslage der Kläger zu den Mieteinnahmen beruhte daher allein auf den Angaben in dieser Anlage, was deren Bedeutung unterstreicht. Soweit die Beklagte die Aussage der Mieterliste lediglich darin sieht, dass den Klägern die Namen der Mieter und die Lage der Wohnungen hätten bekannt gegeben werden sollen, wofür auch die Überschrift „Mieterliste T.straße“ spreche, so überzeugt dies nicht. Vielmehr nehmen neben dem Namen der

Mieter und der Lage der Wohnungen die einzelnen Mieten in der Anlage eine gleichwertige Stellung ein. Die Jahresnettomiete als der Betrag, der bei einer fremdvermieteten Immobilie als Renditeobjekt üblicherweise interessiert, ist zudem, wie ausgeführt, im Fettdruck hervorgehoben. Gegen eine Beschaffenheitsvereinbarung spricht auch nicht, dass auf die Anlage in der Weise in Ziffer V. 6 des notariellen Kaufvertrages Bezug genommen wird, als es dort heißt „(...) Eine Kopie der Aufstellung der Mietverhältnisse ist dieser Urkunde als Anlage beigefügt“. Entgegen der Ansicht des LG wird weder durch den Begriff „Kopie“ noch den Begriff „Aufstellung der Mietverhältnisse“ der Eindruck erzeugt, die Anlage habe in Bezug auf die Mieterträge keine Relevanz bzw. spreche gegen eine diesbezügliche Vereinbarung. Dadurch dass eine maschinenschriftliche Aufstellung – wie hier – unterschrieben wird, erhält sie die Bedeutung eines Originals. Die Wahl der Begriffe „Aufstellung“ oder „Liste“ sind für die Auslegung des Inhalts von untergeordneter Bedeutung. Die Regelungen unter Ziffer V des notariellen Kaufvertrages sind insgesamt mit „Weitere Vereinbarungen“ überschrieben, es folgt ein Haftungsausschluss und Ausnahmen davon. Dieser Kontext spricht gegen eine Unverbindlichkeit der Angaben in der Mieterliste in Bezug auf die Mieteinnahmen.

22 Anders als das LG angenommen hat, wird die Aussage zu den Mieterträgen in der Anlage auch nicht dadurch relativiert, dass der Begriff „BK“ gewählt und der Betrag von 12.632 € nicht näher erklärt wird. Die Parteien sind sich darüber einig, dass mit „BK“ Betriebskosten gemeint sind. Der Umstand, dass die „BK“ als Differenz zwischen der Jahresmiete Brutto und der Jahresnettomiete aufgeführt sind, erhellt, dass mit „BK“ die Betriebskosten gemeint sind, die auf die jeweiligen Mieter umgelegt werden. Dass der Betrag von 12.632,00 € nicht näher aufgeschlüsselt und keinem konkreten Abrechnungszeitraum zugeordnet ist, ist unschädlich. Denn es ist selbstverständlich, dass die jeweils aktuellen Zahlen (bei den Betriebskosten also die Zahlen aus der letzten Jahresnebenkostenabrechnung) gemeint sind. Dass in der Beweisaufnahme nicht geklärt werden konnte, wie die Zahl von 12.632 € in die Aufstellung gelangt ist, insbesondere das LG sich nicht davon überzeugen konnte, dass die Angabe vom Zeugen L gegenüber dem Zeugen C mündlich erfolgte, ist nach Auffassung des Senats für die Bedeutung der Anlage „Mieterliste T.straße“ irrelevant. Denn jedenfalls steht fest, dass die genannte Zahl aus der Sphäre des Verkäufers stammt. Entweder hat der Zeuge L sie dem Zeugen C mündlich mitgeteilt (wie der Zeuge C bekundet hat) oder der Zeuge C hat sie den ihm vom Zeugen L übergebenen Unterlagen entnommen oder mit Vollmacht der Beklagten selbst ermittelt (so der eigene Vortrag der Beklagten). Für die Käufer jedenfalls stellte sich die Zahl, gerade weil sie „krumm“ ist und nicht mit einer „ca.“ Einschränkung verbunden ist, als rechnerisch ermittelt dar. Die Angaben sind zudem nicht so unklar, dass es fernliegt, dass sich ein vernünftiger Käufer auf solche Zahlen für seine Kaufentscheidung verlässt. Dies gilt umso mehr, wenn man die Aussage des Zeugen L berücksichtigt, nach denen er beim Notartermin in Gegenwart der Kläger geäußert haben will, er könne die Liste nicht unterschreiben, weil er sie erstmals im Notartermin sehe und die Zahlen nicht im Kopf habe, worauf er sich bei dem anwesenden Zeugen C rückversichert

habe mit dem Bemerken, er werde ihn in die Haftung nehmen, wenn es Probleme gebe. Denn dies unterstreicht aus Sicht der Käufer, dass es sich bei der Anlage gerade nicht um eine laienhaft erstellte ungefähre Schätzung ohne Gewähr handelt, sondern sie von einem in der Materie kundigen Immobilienmakler für den Verkäufer erstellt wurde. Dass der Zeuge C von den Klägern beauftragt wurde, die Liste zu erstellen, behauptet die Beklagte nicht. Vielmehr haben die Kläger unstreitig durch ihren verstorbenen Vater in einem Gespräch mit dem Zeugen L und dem Makler C um eine Aufstellung der Mieteinnahmen gebeten, woraufhin sich der Zeuge L mit dem Zeugen C zusammensetzte und Unterlagen und/oder mündliche Informationen übergab.

23 b) Eine Haftung der Beklagten ist auch nicht nach § 442 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, weil den Klägern die tatsächlich niedrigeren Nettomieten im Zeitpunkt des Kaufvertrages bekannt gewesen wären. Zwar enthält Ziffer V 6 die Regelung „Miet- und Pachtverhältnisses sind bekannt und werden übernommen“; sodann folgt der Verweis auf die „Aufstellung der Mietverhältnisse“ in der fraglichen Anlage. Aus dem weiteren Kontext, insbesondere der Ziffer V 6 d) des notariellen Kaufvertrages wird aber deutlich, dass sich die Kenntnis der Käufer bezüglich der Mietverhältnisse auf die Angaben in der „Mieterliste T.straße“ beschränkt. Denn nach dieser Bestimmung lagen selbst dem Veräußerer nicht alle Mietverträge im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vor und Unterlagen und Kautionen wurden seitens des Veräußerers den Erwerbern nicht übergeben. Daher wurde ein Einbehalt von 10.000 € vom Kaufpreis vorgenommen. Es ist auch unstreitig, dass die Kläger die Details der Mietverhältnisse und die einzelnen Miethöhen nicht kannten. Damit ist die Erklärung in Ziff. V 6 so zu verstehen, dass die in der Anlage genannten Mietverhältnisse den Käufern bekannt gegeben wurden und übernommen werden.

24 c) Umstände, nach denen es den Klägern auf die Angabe der Mieterträge ausnahmsweise nicht angekommen sei, hat die Beklagte nur unsubstantiiert vorgetragen. Soweit die Beklagte behauptet hat, die Kläger hätten das Objekt wegen Lage und Zustand unbedingt erwerben wollen, bedeutet dies schon nicht, dass ihnen die Erträge nicht wichtig waren. Vielmehr sind Lage und Zustand bei einer fremdvermieteten Immobilie Faktoren, die sich in der Miethöhe widerspiegeln. Soweit die Beklagte für die Motivation der Kläger, das Haus unabhängig von der Höhe des Mietertrags unbedingt kaufen zu wollen, mit Schriftsatz (...) Beweis durch Zeugnis des Herrn L angetreten hat, hat dessen Aussage die Behauptung zudem nicht bestätigt. Vielmehr hat der Zeuge L zu verstehen gegeben, dass jedenfalls er der „Mieterliste T.straße“ auch in Bezug auf die Mieterträge Bedeutung beigemessen hat. Denn er wollte die Anlage zunächst nicht unterschreiben („Bauchschmerzen“), sondern hat sich bei dem Zeugen C rückversichert, ob alles seine Richtigkeit habe. Nach seiner Darstellung hat er dem Zeugen C umfangreiche Unterlagen, unter anderem Kontoauszüge, übergeben; dieser Zeuge sollte auch Nebenkosten ermitteln. Vor diesem Hintergrund ist die – ohnehin nicht ausreichend substantiierte – Behauptung der Beklagten, die Mieterliste habe nur der Zusammenstellung der Mieter gedient und sei nur zu diesem Zweck beim Notar verlesen worden, jedenfalls nicht bewiesen.

25 Dass die Kläger beim Notar konkret geäußerte hätten, auf die genauen Mieterträge komme es nicht an, hat die Beklagte ebenfalls nicht bewiesen. Der Zeuge L hat bei seiner Vernehmung nicht geschildert, dass die Kläger geäußert hätten, die genauen Erträge seien nicht wichtig, sie bräuchten die Aufstellung nur für die Bank. Vielmehr hat er angegeben, dass die Kläger seine Äußerungen gegenüber dem Zeugen C, dass er nicht sagen könne, ob die Liste stimme, mitbekommen hätten; allerdings hätten die „ja nichts dafür gekonnt“. Die Käuferseite habe ihm mitgeteilt, er müsse das unterschreiben. Dies spricht dafür, dass es den Klägern auf die Angaben zu den Mieterträgen ankam. Selbst wenn sie geäußert hätten, die Liste sei (nur) wichtig für die Bank – was der Zeuge L so nicht geschildert hat – wäre damit zudem nicht die Erklärung der Kläger verbunden, dass die Höhe der Mieterträge für den Kaufvertragsschluss nicht wichtig war. Im Gegenteil hing die Finanzierung des Objekts für die Kläger offenbar von der Höhe der Mieterträge und damit der Rendite ab.

26 Soweit die Beklagte nach Schluss der mündlichen Verhandlung zweiter Instanz auf das Zeugnis der Frau V, auf das sie kurz vor der Beweisaufnahme erster Instanz für diese Instanz verzichtet hat, zurückkommt, hat die Beklagte schon nicht zu den Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO vorgegangen. Denn die erneute Benennung eines Zeugen, auf den in erster Instanz verzichtet wurde, ist neu und nur unter den Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen (Zöller/Greger, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 399 Rdnr. 2). Zudem hat die Beklagte durch die in der Berufungserwiderung erklärte allgemeine Bezugnahme auf ihren erstinstanzlichen Vortrag und die Beweisangebote den Verzicht auf die Zeugin nicht erkennbar widerrufen. Auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat, in der das erstinstanzliche Beweisergebnis erörtert wurde, hat die Beklagte die Zeugin nicht erneut benannt. Der erneute Beweistritt ist erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung erfolgt, was gemäß § 296a ZPO verspätet ist. Die Beweiserhebung durch Vernehmung der Zeugin ist aber auch unabhängig davon nicht veranlasst. Soweit die Beklagte durch Zeugnis der Frau V unter Beweis stellt, dass der Zeuge L bei der Kaufvertragsbeurkundung erklärt habe, die Liste sei vom Makler, Herrn C, erstellt worden und die Beklagte könne für die Richtigkeit keine Gewähr übernehmen, kann dies als wahr unterstellt werden; denn jedenfalls hat die Vernehmung des Zeugen L ergeben, dass er sich beim Zeugen C rückversichert hat, ob die Angaben zutreffend sind, und die Kläger darauf bestanden haben, dass er die Liste unterschreibt. Wenn er dann unterschreibt, ist damit die Erklärung verbunden, dass er den etwaig vorher erklärten Vorbehalt aufgibt und für die Richtigkeit einstehen will. Dass die Kläger geäußert hätten, die Liste diene nur der Glaubhaftmachung gegenüber der Bank, kann ebenfalls als wahr unterstellt werden, da sich daraus gerade nicht ergibt, dass es den Klägern auf die Richtigkeit der Angaben zu den Mieteinnahmen nicht ankam. Soweit die Zeugin Äußerungen des Zeugen L bei den Verhandlungen bestätigen soll, die im Widerspruch zu den eigenen Angaben des Zeugen L bei seiner Vernehmung stehen, hätte es zudem einer Erklärung bedurft, dass die Angaben des Zeugen L nicht richtig sind und die Zeugin andere/bessere Erkenntnisse hat als der die Beklagte bei den Kaufvertragsverhandlungen vertretende Zeuge L.

27 d) Soweit Parteien in Ziffer V 1 des notariellen Kaufvertrages die Gewährleistung für Sachmängel ausgeschlossen haben, gilt dieser Ausschluss nicht für die vereinbarten Beschaffenheit. Die Erklärungen zu den Nettomieten stellen vielmehr eine (weitere) Ausnahme (wie auch die in Ziffer V 2 des notariellen Kaufvertrages, nach der eine Haftung des Verkäufers für die baurechtliche Zulässigkeit der Bebauung besteht) von dem zuvor bestimmten allgemeinen Haftungsausschluss dar (vgl. dazu auch BGH, Urteil vom 5.11.2010, V ZR 228/09, juris Rdnr. 18). Eine nach beiden Seiten interessengerechte Auslegung der Kombination von Beschaffenheitsvereinbarung und Gewährleistungsausschluss kann nur dahin vorgenommen werden, dass der Haftungsausschluss nicht für das Fehlen der vereinbarten Beschaffenheit, sondern nur für solche Mängel gelten soll, die darin bestehen, dass die Sache sich nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung bzw. sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet und keine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (BGH, Urteil vom 29.11.2006, VIII ZR 92/06, juris Rdnr. 31).

28 e) Die Kläger können nach § 437 Nr. 3 i. V. m. § 281 Abs. 1 BGB sog. „kleinen“ Schadenersatz verlangen, d. h. verlangen, so gestellt zu werden, als wenn gehörig erfüllt worden wäre. Besteht der Mangel darin, dass die Erträge geringer und die Betriebskosten einer vermieteten Sache höher als im Kaufvertrag vereinbart sind, kann der Käufer die ihm dadurch entstehenden Mehrkosten von dem Verkäufer als Schadenersatz auch dann beanspruchen, wenn die Voraussetzungen für eine Minderung nach § 441 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht verifiziert werden können (BGH, Urteil vom 5.11.2010, V ZR 228/09, juris Rdnr. 32; Palandt/Grüneberg, 77. Aufl., § 281 Rdnr. 45).

(...)

ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Thomas Raff**, Kandel (Pfalz)

1. Neuere Rechtsprechung zur Beschaffenheitsvereinbarung

Die Mängelgewährleistungsrechte aus §§ 437 ff. BGB knüpfen nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB primär an eine Vereinbarung über die Beschaffenheit der Sache (all ihre gegenwärtigen Eigenschaften)¹ an. Sie können sowohl ausdrücklich als auch konkludent getroffen werden² und setzen voraus, dass der Verkäufer „in vertragsgemäß bindender Weise die Gewähr für das Vorhandensein einer Eigenschaft der Kaufsache übernimmt und damit seine Bereitschaft zu erkennen gibt, für alle Folgen des Fehlens dieser Eigenschaft einzustehen“.³ Nach der Rechtsprechung des BGH kommt seit der Schuldrechtsreform eine Beschaffenheitsvereinbarung aber nicht mehr „im Zweifel“ in Betracht, sondern nur mehr

1 Im Einzelnen Staudinger/Matusche-Beckmann, Neub. 2013, § 434 Rdnr. 49 ff.

2 Staudinger/Matusche-Beckmann, § 434 Rdnr. 64.

3 BGH, Urteil vom 18.10.2017, VIII ZR 32/16, NJW 2018, 150, 151.

in einem eindeutigen Fall.⁴ Eindeutig meint allerdings nicht ausdrücklich; eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung ist weiterhin möglich (solange sie nur eindeutig ist).⁵

Die Änderung der Rechtsprechung liegt daran, dass beim Verbrauchsgüterkauf ein Gewährleistungsausschluss nicht mehr zulässig ist, § 476 Abs. 1 BGB (vormals: § 475 Abs. 1), der früher üblicherweise vereinbart wurde.⁶ Aber auch außerhalb eines Unternehmer-Verbraucher-Verhältnisses wollen Beschaffenheitsvereinbarungen wohl überlegt sein: Sie überlagern den allgemeinen Gewährleistungsausschluss,⁷ und das gilt auch für konkludente Beschaffenheitsvereinbarungen.⁸

2. Sachverhalt der Entscheidung

In dem Fall, den das OLG Köln zu entscheiden hatte, vereinbarten die Vertragsparteien unter anderem:

„Miet- und Pachtverhältnisse sind bekannt und werden übernommen. Eine Kopie der Aufstellung der Mietverhältnisse ist dieser Urkunde als Anlage beigefügt. (...)“

Die Anlage trägt als Überschrift „Mieterliste T.straße“ und enthält eine Aufstellung, die neben dem Namen der Mieter und der Lage der Wohnungen die einzelnen Warmmieten aufweist und in einem Kasten folgende Angaben macht:

„73.428,00 € Jahresmiete Brutto abzgl.
BK 12.632,00 €[;] Jahresnettomiete 60.796,00 €.“

Auf diese Anlage wird im Vertrag verwiesen; die Anlage wird von Notar und Beteiligten unterschrieben. Es dürfte sich hierbei um einen Verweis gemäß § 14 BeurkG gehandelt haben; ob dessen Anforderungen (insb.: Abs. 3) allesamt eingehalten sind, wird aus dem Sachverhalt zwar nicht ganz klar. Das OLG verhält sich zu § 14 BeurkG nicht. Dieser Anmerkung wird aber zugrunde gelegt, dass ein wirksamer Verweis nach § 14 BeurkG vorliegt.

3. Rechtliche Einordnung als Beschaffenheitsvereinbarung

Der Entscheidung des OLG Köln ist im Ergebnis zuzustimmen. Zu kritisieren ist zwar, dass das OLG Köln sich bedauerlicherweise nicht mit der oben referierten neueren BGH-Rechtsprechung zu Beschaffenheitsvereinbarungen ausein-

andersetzt.⁹ Dennoch dürfte die Begründung des OLG tragfähig sein. Ein Verweis nach § 14 BeurkG spricht für eine – beurkundungspflichtige¹⁰ – Beschaffenheitsvereinbarung, obwohl es freilich denkbar ist, dass auch bei nicht mitverlesenen Anlagen, die einer Urkunde nur zu Dokumentationszwecken beigefügt werden, § 14 BeurkG „überobligatorisch“ eingehalten wird.¹¹ Hier dürfte ein Fall einer konkludenten, aber eindeutigen, Beschaffenheitsvereinbarung nach der oben referierten BGH-Rechtsprechung vorliegen, denn die Angabe von Mieteinnahmen in einer notariellen Urkunde (ohne dass der Verkäufer die Tragweite der Angaben eingeschränkt hätte) mit Unterschrift beider Seiten ist mehr als nur eine Liste mit den Namen der gegenwärtigen Mieter.¹² Namentlich die Angabe der Jahresnettomiete – durch den Verkäufer mit seiner Unterschrift bestätigt – dürfte beim Käufer ein berechtigtes Vertrauen darauf wecken, dass der Verkäufer hinsichtlich dieser Zahl Rechtsbindungswillen hatte. Denn in der im Haupttext der Urkunde vereinbarten Übernahme der Mietverhältnisse liegt konkludent auch eine Festlegung auf die gemäß § 14 BeurkG in Bezug genommenen Zahlen.

4. Auswirkungen auf die Praxis

In der Praxis sollte vor diesem Hintergrund darauf geachtet werden, dass sich beide Seiten der Tragweite solcher Erklärungen bewusst sind. Ist eine Beschaffenheitsvereinbarung gewünscht, sollte der Begriff auch verwendet werden; und der Notar sollte über die Rechtsfolgen belehren: Da das Vertretenmüssen nach § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet wird, ist eine Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB in der Praxis nicht weit entfernt von einer Garantie gemäß § 276 Abs. 1 Satz 1 a. E. BGB. Das wird auch an dem Fall des OLG Köln deutlich, das zum Vertretenmüssen des Verkäufers nichts sagt – sogar § 280 BGB noch nicht einmal erwähnt. Ist eine Beschaffenheitsvereinbarung – wie sehr häufig – nicht gewünscht (gerade wegen der einschneidenden Folgen für den Verkäufer), sollte auf Angaben zu den Mieteinnahmen verzichtet werden – so wie ein Grundstückskaufvertrag (Ausnahme: Bauträgerkaufvertrag) regelmäßig keine Angaben über die Größe des Kaufgrundbesitzes enthält.

4 BGH, Urteil vom 12.3.2008, VIII ZR 253/05, DAR 2008, 338; Beschluss vom 2.11.2010, VIII ZR 287/09, DAR 2011, 520; Urteil vom 29.6.2016, VIII ZR 191/15, NJW 2016, 3015, 3018; Urteil vom 26.4.2017, VIII ZR 80/16, NJW 2017, 2817, 2818; Urteil vom 27.9.2017, VIII ZR 271/16, NJW 2018, 146.

5 Siehe dazu BGH, Urteil vom 29.6.2016, VIII ZR 191/15, NJW 2016, 3015, 3018; Urteil vom 26.4.2017, VIII ZR 80/16, NJW 2017, 2817, 2818; Urteil vom 27.9.2017, VIII ZR 271/16, NJW 2018, 146.

6 Siehe zur jüngeren Rechtsgeschichte BGH, Urteil vom 12.3.2008, VIII ZR 253/05, DAR 2008, 338 Rdnr. 13.

7 Siehe aus der Literatur MünchKomm-BGB/Westermann, 8. Aufl. 2019, § 434 Rdnr. 8, 11 und Raff, MittBayNot 2017, 451 ff. – jeweils m. w. N.

8 BGH, Urteil vom 6.11.2015, V ZR 78/14, DNotZ 2016, 271 ff. Rdnr. 9 (mit abl. Anm. Faust, JZ 2016, 1012 ff.).

9 Das kritisiert Bickert, ZfIR 2019, 188, 188 mit Recht.

10 NK-BGB/Büdenbender, 3. Aufl. 2016, § 434 Rdnr. 10.

11 So BeckOGK-BeurkG/Seebach/Rachlitz, Stand: 1.3.2019, § 14 Rdnr. 21.

12 A. A. – ohne sich mit dem Problem des § 14 BeurkG zu befassen – Bickert, ZfIR 2019, 188, 188.

5. Darlegungsanforderungen bei Verletzung der Aufklärungspflicht über Sachmängel

OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.9.2018, 24 U 185/17

BGB § 166 Abs. 1, §§ 280, 281, 424 Abs. 1, §§ 433, 434 Abs. 1, § 437 Abs. 3, § 444

LEITSATZ:

Behauptet der Käufer einer Immobilie bei ausgeschlossener Sachmängelhaftung, Mängel seien nicht erkennbar gewesen und der Verkäufer habe ihn arglistig darüber nicht aufgeklärt, muss der Käufer die negative Tatsache beweisen, nicht aufgeklärt worden zu sein. Im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast muss der Verkäufer lediglich vortragen, wann, wie und wo er aufgeklärt haben will. Für die negative Tatsache, dass Mängel erkennbar waren, gilt nichts anderes. Der Verkäufer muss in einem derartigen Fall nur angeben, dass der Mangel seiner Art nach unabhängig vom Zeitpunkt und der Dauer der Besichtigung für jeden potenziellen Käufer ebenso sichtbar war.

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2019, 105.

6. Antrag auf Eintragung eines aufschiebend bedingten Sondernutzungsrechts in das Grundbuch

OLG München, Beschluss vom 22.12.2017, 34 Wx 139/17

BGB § 158 Abs. 1, §§ 398, 746, 876, 873, 891

GBO § 15 Abs. 2, §§ 19, 29, 73

WEG § 5 Abs. 4, § 7 Abs. 3, § 10 Abs. 2 und 3, § 13 Abs. 2 Satz 1, § 15 Abs. 1

LEITSATZ:

Für die Eintragung eines bisher nicht gebuchten („schuldrechtlichen“) Sondernutzungsrechts (hier: Pkw-Stellplatz) im Grundbuch eines Wohnungseigentums ist bei bestehender Wohnungseigentümergeinschaft die Mitwirkung aller Wohnungseigentümer in Form der Bewilligung auch dann erforderlich, wenn ein Ausschluss aller (übrigen) Wohnungseigentümer unter der aufschiebenden Bedingung einer positiven Zuweisung zu einem Wohnungseigentum in der im Grundbuch eingetragenen Teilungserklärung vorbehalten wurde, eine solche aber nicht eingetragen wurde, und nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Sondernutzungsrecht seit erstmaliger Übertragung anderweitig abgetreten wurde.

SACHVERHALT:

1 I. Zu notarieller Urkunde vom 8.12.1995, ergänzt durch Nachtrag vom 7.3.1996 teilte der damalige Eigentümer, ein Bauträger (Beteiligter zu 4), den Grundbesitz in Wohnungs- und Teileigentum auf. Beabsich-

tigt war die Errichtung einer Wohnanlage bestehend aus einem Wohngebäude mit acht Wohneinheiten, sowie einer Reihenhausanlage mit vier Wohneinheiten sowie Tiefgarage. Unter Ziffer III. der Urkunde sind einigen Sondereigentumseinheiten Sondernutzungsrechte an Flächen um die Gebäude zugewiesen. In Ziffer IX. der Teilungserklärung ist hinsichtlich weiterer Sondernutzungsrechte bestimmt:

2 „Es werden weitere Sondernutzungsrechte hinsichtlich der in der Z...-Straße gelegenen vier Stellplätze begründet, wie sie im beigefügten Lageplan mit den Nummern St.1 bis St.4 bezeichnet sind.

3 Sie werden aufschiebend bedingt durch die Zuordnung zu einzelnen Wohnungen bestellt und zur Eintragung in das Grundbuch bewilligt und beantragt. (...“

4 Eine Regelung zur Übertragung von Sondernutzungsrechten enthält die Teilungserklärung nicht.

5 Mit Schreiben vom 8.12.1995 legte der Notar dem Grundbuchamt die Teilungserklärung gemäß § 15 GBO „zum Vollzug aller noch nicht erledigter Anträge“ vor und reichte mit Schreiben vom 7.3.1996 einen Nachtrag mit Aufteilungsplänen sowie am 18.3.1996 den Lageplan, in dem die Sondernutzungsflächen farblich eingezeichnet waren (Ziffer III der Teilungserklärung vom 8.12.1995), nach. Darin waren auch die Stellplätze St 1 bis St 4 zeichnerisch dargestellt und gekennzeichnet.

6 Die Teilung wurde am 29.3.1996 im Grundbuch vollzogen und dabei auf die Teilungserklärung samt Nachtrag Bezug genommen. Im Bestandsverzeichnis ist im Hinblick auf Sondernutzungsrechte eingetragen:

„wegen Gegenstand und Inhalt des Sondereigentums und der Sondernutzungsrechte wird auf die Bewilligung vom 8.12.1995 (...) und vom 7.3.1996 (...) Bezug genommen.“

7 Das Wohnungseigentum Nr. 20 veräußerte der Bauträger im Vertrag vom 22.11.1996 an den Ersterwerber, den Beteiligten zu 3. Als mitverkauft ist das Sondernutzungsrecht an der oberirdischen Stellplatzfläche Nr. St 2 bezeichnet. Im Vertrag Ziff. II. heißt es am Ende:

8 „Dieses Sondernutzungsrecht wird hiermit dem Wohnungseigentum Nr. 20 zugeordnet. Die Eintragung der Zuordnung als Inhalt des Sondereigentums der Einheit Nr. 20 wird hiermit bewilligt und beantragt.“

9 Der Vertrag vom 22.11.1996, der zudem Anträge auf Eintragung einer Vormerkung und deren Löschung nach Eintragung der Auflassung enthielt, wurde dem Grundbuchamt am 28.11.1996 vom Notar mit dem Antrag auf Eintragung der bewilligten Auflassungsvormerkung vorgelegt. Am gleichen Tag legte der Notar zudem mit gesondertem Schreiben eine Grundschuldbestellungsurkunde vor. Auf dem beigelegten Formblatt wird Bezug genommen auf diese Urkunde und der Antrag gestellt auf „Vollzug aller noch nicht erledigter Anträge“. Das Grundbuchamt hat darauf die im Kaufvertrag bewilligte Auflassungsvormerkung eingetragen, wie auch alle Anträge hinsichtlich der Grundschuldbestellungsurkunde erledigt.

10 Mit notarieller Urkunde vom 4.12.1997 wurden die Kaufvertragsurkunde hinsichtlich der Stellplätze in der Tiefgarage abgeändert, die Auflassung erklärt sowie die Löschung der Auflassungsvormerkung und Eintragung einer Pfandunterstellung bewilligt. Unter Vorlage der Urkunde am 16.3.1998 wurde unter Bezugnahme auf die Urkunde vom 4.12.1997 gemäß § 15 GBO durch Ankreuzen im Vorlageformular beantragt, Vollzug „aller noch nicht erledigter Anträge“. Eine Bezugnahme auf die Urkunde vom 22.11.1996 findet sich in dem Vollzugsantrag nicht. Es erfolgte die Eintragung der Auflassung wie auch der Löschung der Auflassungsvormerkung und die Eintragung einer Pfandunterstellung.

11 Eine Zuordnung des Sondernutzungsrechts an Stellplatz St 2 ist im Grundbuch nicht vermerkt.

12 Mit Kaufvertrag vom 5.6.2008 veräußerte der Beteiligte zu 3 die Wohnung Nr. 20 an den Beteiligten zu 1. Der veräußerte Grundbesitz war dabei wie folgt bezeichnet:

„107,40/1500 Miteigentumsanteil an dem Grundstück (...) verbunden mit dem Sondereigentum an den im Aufteilungsplan mit Nr. 20 bezeichneten Räumen des Reihenhauses (...) und: 0,101/1500 Miteigentumsanteil an dem vorbezeichneten Grundstück (...) verbunden mit dem Sondereigentum an den im Aufteilungsplan mit Nr. 31 bezeichneten Tiefgaragenstellplatz.“

13 Das Sondernutzungsrecht an einem oberirdischen Stellplatz ist im Vertrag vom 5.6.2008 nicht erwähnt.

14 Mit Vertrag vom 22.8.2016 veräußerte der Beteiligte zu 1 das mit Urkunde vom 22.11.1996 zwischen Bauträger und Erstkäufer zugeordnete Sondernutzungsrecht am Stellplatz Nr. St 2 an die Beteiligte zu 2. Die Vertragsteile waren sich über den Rechtsübergang einig und bewilligten und beantragten die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch. Nach Hinweis des Grundbuchamts, dass die Zuordnung des Stellplatzes im Grundbuch nicht eingetragen ist, stellte der Notar zusätzlich den Antrag, die Zuordnung gemäß Urkunde vom 22.11.1996 nachzutragen.

15 Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 3.3.2017 die Eintragungsanträge zurückgewiesen. Ein Antrag auf Eintragung des Sondernutzungsrechts im Hinblick auf die Urkunde vom 22.11.1996 sei weder bei deren Vorlage noch am 5.11.1997 gestellt gewesen und daher eine Eintragung unterblieben. Die Zuordnung im Vertrag vom 22.11.1996 entfalte daher nur schuldrechtliche Wirkung, sodass das Sondernutzungsrecht isoliert habe abgetreten werden können. Die fehlende Nennung des Sondernutzungsrechts im Kaufvertrag bei Weiterveräußerung am 5.8.2008 spreche dafür, dass dessen isolierte Abtretung an ein anderes Mitglied der WEG stattgefunden haben könne. Mangels bisher im Grundbuch verlautbarter Zuordnung bedürfe die nachträgliche Eintragung eines allenfalls rein schuldrechtlichen, frei veräußerbaren Sondernutzungsrechts der Mitwirkung aller Wohnungseigentümer und sonstiger Berechtigter mit Ausnahme des jeweils begünstigten Sondereigentums.

16 Hiergegen richtet sich die Beschwerde, die der Notar namens der Beteiligten zu 1 bis 3 eingelegt hat. Er meint, das Sondernutzungsrecht sei mit dinglicher Wirkung infolge des Bedingungseintritts, nämlich der Zuweisung, entstanden; einer – ohnehin nur klarstellenden – Eintragung des Rechts im Grundbuch habe es nicht bedurft. Die negative Komponente des Sondernutzungsrechts sei durch den aufschiebend bedingten Ausschluss sämtlicher Sondereigentümer von der Nutzung gemäß Urkunde vom 28.12.1995 begründet worden. Dieser aufschiebend bedingte Ausschluss sei durch Eintragung der Teilungserklärung im Grundbuch verdinglicht worden. Die positive Komponente folge aus der Zuordnung in der notariellen Urkunde vom 22.11.1996. Die Zuweisung der alleinigen Nutzungsbefugnis führe zu einer Übertragung des persönlichen Sondernutzungsrechts unter Umwandlung in ein subjektiv dingliches Recht, ohne dass es der Eintragung bedürfe. Die Eintragung stelle nur eine Grundbuchberichtigung dar. Im Kaufvertrag vom 5.6.2008 seien alle Bestandteile und Zubehör mitverkauft worden und damit auch das mit dem Sondereigentum verbundene Sondernutzungsrecht. Für die Annahme einer Abtretung eines schuldrechtlichen Sondernutzungsrechts fehle die Grundlage in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht.

17 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

AUS DEN GRÜNDEN:

18 II. Das Rechtsmittel ist erfolglos.

19 1. Gegen die Zurückweisung der Eintragungsanträge ist die – unbefristete – Beschwerde der statthafte Rechtsbehelf (§ 11 Abs. 1 RPflG mit § 71 Abs. 1 GBO). Die Beschwerde ist vom Urkundsnotar auch für die Urkundsparteien, mithin den Beteiligten zu 1 als Eigentümer der Wohneinheit 20 und Veräußerer des Sondernutzungsrechts sowie die Beteiligte zu 2 als Käuferin, in zulässiger Weise eingelegt, §§ 73, 15 Abs. 2 GBO. Soweit er die Beschwerde zudem in Vollmacht für den Betei-

ligten zu 3 erhoben hat, ist die Beschwerde unzulässig. Der Beteiligte zu 3 ist nicht beschwerdebefugt. Im Antragsverfahren setzt die Beschwerde gegen die Zurückweisung eines Antrags nämlich voraus, dass dem Beschwerdeführer ein Antragsrecht nach § 13 GBO zusteht (Hügel/Kramer, GBO, 3. Aufl., § 71 Rdnr. 181). Ein solches besteht für den Beteiligten zu 3 nicht mehr, da er durch die beantragte Eintragung nicht begünstigt und in Anbetracht der Weiterveräußerung seines früheren Sondereigentums an Wohnung 20 an den Beteiligten zu 2 auch nicht betroffen wäre.

20 2. Das Rechtsmittel hat im Hinblick auf die beantragte Zuordnung des Sondernutzungsrechts am Stellplatz St 2 zu Wohnung 2 bzw. der nachträglichen Zuordnung zu Wohnung 20 vor Umtragung auf Wohnung 2 allerdings keinen Erfolg, da die begehrte Eintragung an der bislang fehlenden Zustimmungserklärung der übrigen Wohnungseigentümer und sonstigen dinglich Berechtigten scheitert. Es ist nämlich nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen, dass im Übertragungszeitpunkt zu der Wohnung 20 auch das beschriebene Sondernutzungsrecht gehört.

21 a) Unter einem Sondernutzungsrecht für einen Wohnungs- oder Teileigentümer wird eine nach § 10 Abs. 2 Satz 2, § 15 Abs. 1 WEG vereinbarte Gebrauchsregelung verstanden, die einem bestimmten Wohnungseigentümer hinsichtlich eines Teils des gemeinschaftlichen Eigentums das ausschließliche Recht zum Gebrauch einräumt, den anderen Wohnungseigentümern also insoweit ihr Recht zum Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums nach § 13 Abs. 2 Satz 1 WEG nimmt (vgl. nur BayObLG, Rpfleger 1990, 63). Das Sondernutzungsrecht hat zwei Komponenten: dem Eigentümer einer bestimmten Wohnung wird (positiv) die Befugnis zum Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums eingeräumt, alle übrigen Eigentümer werden (negativ) von der ihnen als Miteigentümern zustehenden Befugnis zum Mitgebrauch ausgeschlossen (vgl. BayObLGZ 1985, 378, 380 f.).

22 Das Sondernutzungsrecht als Form der Gebrauchsregelung gemeinschaftlichen Eigentums (§ 15 Abs. 1 WEG) kann im Grundbuch eingetragen werden (vgl. § 10 Abs. 3 WEG). Zu dessen Wirksamkeit muss es dies aber nicht. Sollen Sondernutzungsrechte auch gegen Sondernachfolgern wirksam sein, setzt dies nach § 10 Abs. 3 WEG jedoch die Eintragung im Grundbuch voraus. Diese führt zu einer inhaltlichen Änderung des Sondereigentums aller Wohnungseigentümer (BGHZ 37, 203, 206; 73, 145, 148). Ein erst nach Aufteilung und Verkauf der Wohnungen zu begründendes Sondernutzungsrecht bedarf infolgedessen der Vereinbarung und somit nach § 877 mit §§ 876, 873 BGB der Mitwirkung aller Wohnungseigentümer. Im Grundbuchverfahren hat dies zur Folge, dass alle Wohnungseigentümer die Eintragung im Grundbuch gemäß § 19 GBO bewilligen müssen.

23 Anderes gilt, soweit Wohnungseigentümer bereits durch eine Vereinbarung, die im Grundbuch eingetragen ist, vom Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums ausgeschlossen sind (negative Komponente). Sind die übrigen Wohnungseigentümer bereits in der Teilungserklärung vom Mitgebrauch gemeinschaftlichen Eigentums ausgeschlossen worden und hat der teilende Alleineigentümer durch entsprechende Regelung in der Teilungserklärung (Vorratsteilung nach § 8 WEG)

sich selbst oder dem Verwalter die Begründung von Sondernutzungsrechten durch entsprechende Zuordnungserklärung vorbehalten, so sind die einzelnen Wohnungs- und Teileigentumsrechte von Anfang an nur mit dieser Einschränkung entstanden und werden durch die spätere Zuordnung von Nutzungsrechten zu einzelnen Sondereigentumseinheiten rechtlich nicht mehr betroffen (vgl. BayObLG, Rpfleger 1990, 63).

24 Dabei kann der Ausschluss der Miteigentümer vom Mitgebrauch in der Teilungserklärung auch in der Weise erfolgen, dass der Fortfall des Mitgebrauchs vom Eintritt eines künftigen Ereignisses abhängig gemacht wird, wobei dieses künftige Ereignis auch in der Zuordnungserklärung des teilenden Eigentümers oder des sonst hierzu Berechtigten bestehen kann (BayObLG, Rpfleger 1993, 193). Eine derartige Regelung stellt sich im Hinblick auf die negative Komponente des Sondernutzungsrechts als aufschiebende Bedingung i. S. v. § 158 Abs. 1 BGB dar. Das Ereignis, mit dessen Eintritt der Ausschluss wirksam sein soll, ist die Zuordnungserklärung des teilenden Eigentümers oder sonst Berechtigten (vgl. BayObLGZ 1985, 378, 381).

25 Eine solche Regelung in der Teilungserklärung bewirkt, dass die Wohnungseigentümer bis auf den durch die Zuordnungserklärung Begünstigten mit Eintritt der Bedingung vom Mitgebrauch des betreffenden gemeinschaftlichen Eigentums ausgeschlossen sind. Ihr Sondereigentum wird durch die Zuordnung des ausschließlichen Nutzungsrechts zu einem bestimmten Sondereigentum allerdings nicht mehr (zusätzlich) verändert, sodass auch Drittberechtigte dadurch nicht beeinträchtigt werden können (vgl. auch OLG Düsseldorf, Rpfleger 1988, 63; 1993, 193). Deshalb ist sowohl die Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer als auch die der Grundpfandgläubiger im Fall der konkreten Zuordnung des Sondernutzungsrechts durch den nach der Teilungserklärung hierzu Berechtigten entbehrlich (vgl. BayObLG, Rpfleger 1990, 63; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1988, 63). Grundbuchverfahrensrechtlich ist eine Bewilligung dieser Wohnungseigentümer sowie Drittberechtigten zur Eintragung der alleinigen Gebrauchsbefugnis bei einem Sondereigentum (positive Komponente) nicht mehr erforderlich, denn der Inhalt ihres Sondereigentums wird – wie dargestellt – durch diese neue Regelung nicht (mehr) berührt.

26 Voraussetzung dafür, dass es einer Mitwirkung der übrigen Wohnungseigentümer (sowie der dinglich Berechtigten) nach materiellem Recht sowie ihrer Bewilligung gemäß § 19 GBO nach Verfahrensrecht zur Eintragung von Sondernutzungsrechten zugunsten bestimmter Wohnungseigentümer aufgrund einer späteren Zuordnungserklärung nicht bedarf, ist, dass die negative Komponente des Sondernutzungsrechts dinglicher Inhalt der Wohnungs- und Teileigentumsrechte geworden ist. Hierfür muss die – dem Bestimmtheitsgrundsatz auch hinsichtlich der Bedingung genügende – Teilungserklärung nicht insgesamt ins Grundbuch eingetragen werden; nach § 7 Abs. 3 WEG genügt vielmehr zur näheren Bezeichnung von Gegenstand und Inhalt des Sondereigentums die Bezugnahme auf die Bewilligung und die Aufteilungspläne, die Bestandteil der Teilungserklärung sind (BayObLG, NJW-RR 1991, 1356, 1357).

27 b) Voraussetzung dafür, dass die Wirkungen nach § 10 Abs. 2 und Abs. 3, § 5 Abs. 4 WEG eintreten, ist die Ein-

tragung der erfolgten positiven Zuordnung des Sondernutzungsrechts im Grundbuch des berechtigten Wohnungseigentums (BayObLG vom 8.11.1985, BReg 2 Z 119-122/84, juris Rdnr. 42 – insoweit nicht abgedruckt in NJW-RR 86, 93; KG, RNotZ 2007, 151, 154).

28 Ohne Eintragung der positiven Komponente beim Sondereigentum des Erwerbers entsteht das Sondernutzungsrecht zwar infolge des Bedingungseintritts, allerdings nur als schuldrechtliches Sondernutzungsrecht, nicht hingegen als Inhalt des Sondereigentums (vgl. AG München, ZWE 2017, 452; Bärmann/Wenzel, WEG, 10. Aufl., § 13 Rdnr. 84).

29 In diesem Fall kann der Eigentümer regelmäßig das seinem Sondereigentum zugewiesene Recht ohne Mitwirkung der übrigen Eigentümer „isoliert“, auch ohne dass dies im Grundbuch verlaubar werden müsste, durch Abtretung nach § 398 BGB an ein anderes Mitglied der Gemeinschaft übertragen (h. M.; vgl. Senat vom 11.5.2012, 34 Wx 137/12, NJW-RR 2013, 135; vom 18.4.2013, 34 Wx 363/12, Rpfleger 2013, 514; vom 27.5.2014, 34 Wx 149/14, MittBayNot 2014, 530; Bärmann/Klein, WEG, 12. Aufl., § 13 Rdnr. 121; Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten/Kümmel, WEG § 13 Rdnr. 35; Riecke/Schmid/Riecke, WEG, 3. Aufl., Anhang zu § 13 Rdnr. 164; Böttcher, ZNotP 2014, 47, 56).

30 c) Ist ein schuldrechtliches Sondernutzungsrecht für eine Sondereigentumseinheit entstanden, so führt die Übertragung des Sondereigentums grundsätzlich – ohne dass die Abtretung im Vertrag ausdrücklich verlaubar sein müsste (vgl. OLG Hamm, FGPrax 1998, 175; OLG Schleswig, FGPrax 1996, 56; Hügel/Kral, GBO, 2. Aufl., Wohnungseigentum Rdnr. 140) – gemäß § 746 BGB auch zum Übergang des Sondernutzungsrechts (a. A. Bärmann/Klein, WEG, § 13 Rdnr. 12; Hügel/Kral, GBO, WEG Rdnr. 209).

31 Dazu kommt es aber dann nicht, wenn der Veräußerer schon zuvor das Sondernutzungsrecht ganz oder teilweise auf andere Miteigentümer übertragen hat. Denn in diesem Fall steht das Recht Letzteren und nicht mehr dem Veräußerer zu. Weil sich der Vorgang außerhalb des Grundbuchs abspielt, ist dessen Publizität insoweit eingeschränkt. Dass eine anderweitige Übertragung nicht stattgefunden hat, muss daher dem Grundbuchamt nachgewiesen werden.

32 d) Vorliegend verlaubar das lediglich auf die Teilungserklärung Bezug nehmende Grundbuch keine Zuordnung des Sondernutzungsrechts zu einem Sondereigentum. Das durch Bedingungseintritt zugunsten der Wohnungseinheit Nr. 20 entstandene Recht zur ausschließlichen Nutzung des Stellplatzes Nr. 2 ist somit nicht zum Inhalt des Sondereigentums der Einheit Nr. 20 geworden.

33 Auch ein – noch offener – Antrag (vgl. Senat vom 13.10.2016, 34 Wx 185/15, Rpfleger 2017, 144) auf Eintragung des Sondernutzungsrechts bei der Sondereigentumseinheit Nr. 20 lag bislang nicht vor. Eine Eintragung war seitens der Beteiligten zu 3 und 4 nicht beantragt worden. Die Antragsschreiben des Notars, mit denen der Vollzug der noch nicht erledigten Anträge begehrt wurde, nehmen nämlich jeweils nicht Bezug auf denjenigen Vertrag, mit dem das Sondernutzungsrecht am Stellplatz der Wohnung Nr. 20 zugewiesen wurde. Damit scheidet eine Übertragung als verdinglichtes Sondernutzungs-

recht durch entsprechende Änderung des Inhalts der betroffenen Sondereigentumrechte aus.

34 Mangels bisheriger Eintragung (vgl. § 10 Abs. 3 WEG) spricht auch keine Vermutung (§ 891 BGB) dafür, dass das – einmal zugewiesene – Sondernutzungsrecht an dem Stellplatz beim Inhaber des Wohnungseigentums Nr. 20 verblieben ist. Somit besteht keine Vermutung für die Rechtsinhaberschaft des Abtretenden, denn das Recht konnte – wie ausgeführt – zwischen den Wohnungseigentümern derselben Gemeinschaft ohne Mitwirkung der anderen außerhalb des Grundbuchs wirksam übertragen werden. Auch wenn die Beteiligten anderes vortragen ist weder auszuschließen noch gänzlich unwahrscheinlich, dass das Recht in der Vergangenheit übertragen wurde. Insbesondere die Tatsache, dass das Sondernutzungsrecht bei Übertragung des Sondereigentums vom Beteiligten zu 3 auf den Beteiligten zu 1 nicht erwähnt wurde, kann den Grund darin haben, dass es schon anderweitig abgetreten war. Somit steht nicht fest, ob und gegebenenfalls an wen das Gebrauchsrecht nach der erstmaligen Zuweisung vom 22.11.1996 übertragen wurde.

35 Mangels formgerechten (§ 29 Abs. 1 Satz 2 GBO) Nachweises der Rechtsinhaberschaft des Abtretenden scheidet eine Eintragung des bis jetzt lediglich schuldrechtlichen Sondernutzungsrechts ohne Mitwirkung der übrigen Miteigentümer somit aus.

36 Die Mitwirkung der übrigen Miteigentümer erübrigt sich in dieser Situation auch nicht deshalb, weil das Grundbuch weiterhin durch Bezugnahme auf die Teilungserklärung auf den (aufschiebend bedingten) Ausschluss der Miteigentümer vom Mitgebrauch hinweist. Diese Eintragung ist in Anbetracht der erstmaligen Zuweisung des ausschließlichen Nutzungsrechts zu Wohnung Nr. 20 mit Urkunde vom 22.11.1996 für die Frage, wer von der Eintragung des Sondernutzungsrechts rechtlich betroffen ist, nicht mehr aussagekräftig. Mit Bedingungseintritt durch Vornahme der Zuweisung ist nämlich für einen Wohnungseigentümer ein Recht zum ausschließlichen Gebrauch der Gemeinschaftsfläche entstanden, über das der Berechtigte – trotz des in der Teilungserklärung ausgesprochenen Ausschlusses der übrigen Wohnungseigentümer – durch Übertragung auf einen anderen Sondereigentümer verfügen konnte. Von der Eintragung des ausschließlichen Nutzungsrechts bei einem Sondereigentum ist der jeweilige – bis dahin nur schuldrechtlich – Berechtigte in seiner Rechtsstellung betroffen. Somit lässt sich ab der erstmaligen Zuweisung der Nutzungsbefugnis aus dem im Grundbuch bei allen Wohnungs- und Teileigentumsrechten eingetragenen Nutzungsausschluss (negative Komponente) eine Aussagekraft über die fehlende Betroffenheit bei Eintragung der Nutzungsberechtigung zu Gunsten eines Wohnungseigentums (positive Komponente) nicht mehr ableiten.

37 e) Eine abgeschwächte Form des Nachweises für die Tatsache, dass das Recht (noch immer) zur ursprünglichen Wohneinheit gehört, zum Beispiel durch eidesstattliche Versicherung, ist im Eintragungsverfahren grundsätzlich unzulässig (*Demharter*, GBO, § 29 Rdnr. 23). Auch eine Offenkundigkeit im grundbuchrechtlichen Sinne kann nicht bejaht werden. Dies würde voraussetzen, dass der maßgebliche Umstand beim Grundbuchamt bekannt ist, was sich auch aus der allge-

meinen Lebenserfahrung erschließen kann (*Demharter*, GBO, § 29 Rdnr. 60 m. w. N.). Es lässt sich aber keineswegs ausschließen, dass einer der Rechtsvorgänger das Stellplatzrecht, etwa mangels Eigenbedarfs, in den vergangenen nahezu zwei Jahrzehnten auf einen Miteigentümer übertragen hat oder dass es zum Tausch von Stellplätzen gekommen ist. Dass die Verhältnisse seit der Zuweisung unverändert geblieben seien, steht weder fest noch besteht ein dahin gehender Erfahrungssatz. Es ist insbesondere angesichts des langen Zeitraums seit Begründung des Rechts auch nicht „gänzlich unwahrscheinlich“ (vgl. *Schmidt*, ZWE 2012, 367 in einer ablehnenden Anmerkung zur Senatsentscheidung vom 11.5.2012, 34 Wx 137/12, NJW-RR 2013, 135), dass eine solche Übertragung stattgefunden habe.

38 Die in der Beschwerde angestellten Überlegungen führen zu keinem anderen Ergebnis: der Mangel liegt nicht in der Wirksamkeit der – erstmaligen – Zuweisung, sondern im Nachweis, dass das zugewiesene Recht noch mit demselben Sondereigentum verbunden ist.

39 f) Die Eintragung bei einem Wohnungseigentum kann demnach nur vorgenommen werden, wenn alle in Betracht kommenden Inhaber des Sondernutzungsrechts, mithin alle übrigen Miteigentümer, entsprechend § 19 GBO zustimmen (siehe auch OLG Zweibrücken, Urteil vom 1.7.2013, 3 W 22/13, juris). Ebenso bedarf es zur Buchung des bis jetzt lediglich „schuldrechtlichen“ Sondernutzungsrechts der Zustimmung der Gläubiger nach Maßgabe von § 5 Abs. 4 Satz 2 WEG (BGH, DNotZ 2002, 866).

(...)

BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

7. Widerruflichkeit der Verwaltungszustimmung

BGH, Beschluss vom 6.12.2018, V ZB 134/17 (Vorinstanz: OLG München, Beschluss vom 31.5.2017, 34 Wx 386/16)

BGB § 183

WEG § 12

LEITSATZ:

Ist als Inhalt des Sondereigentums vereinbart, dass der Wohnungseigentümer zur Veräußerung des Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten bedarf, wird die erteilte Zustimmung unwiderruflich, sobald die schuldrechtliche Vereinbarung über die Veräußerung wirksam geworden ist.

Der Volltext der Entscheidung erscheint demnächst in der DNotZ.

8. Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf

BGH, Urteil vom 23.11.2018, V ZR 33/18 (Vorinstanz: OLG Zweibrücken, Urteil vom 25.1.2018, 4 U 113/16)

BGB § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1
Erbbaurecht § 27 Abs. 3

LEITSATZ:

Eine in einem Erbbaurechtsvertrag formulärmäßig verwendete Klausel, wonach die Abwendungsbefugnis des Grundstückseigentümers nach § 27 Abs. 3 Erbbaurecht schuldrechtlich oder als Inhalt des Erbbaurechts ausgeschlossen ist, widerspricht dem gesetzlichen Leitbild des Erbbaurechts und ist nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB im Zweifel unwirksam. Das gilt auch dann, wenn in dem Erbbaurechtsvertrag die Entschädigung, die der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten nach Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf zu leisten hat, auf zwei Drittel des Verkehrswerts des Bauwerks begrenzt wird.

SACHVERHALT:

1 Die Beklagten sind in ungeteilter Erbengemeinschaft Miteigentümer zweier Grundstücke. Ihre Rechtsvorgänger bestellten mit notariellem Vertrag vom 28.1.1983 an diesen Grundstücken ein Gesamterbbaurecht für die Dauer von mindestens 30 Jahren. In Abschnitt III des Erbbaurechtsvertrags (nachfolgend: ErbbV) heißt es unter § 6:

„Zeitablauf

1. Nach vertragsgemäßem Zeitablauf des Erbbaurechts hat der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten für die im Erbbaurecht errichteten Bauten und Anlagen eine Entschädigung in Höhe von $\frac{2}{3}$ des Verkehrswertes zu zahlen.

2. Können sich die Vertragsparteien über die Höhe des Verkehrswertes der Bauwerke und Anlagen nicht einigen, so soll dieser Wert auf Kosten des Erbbauberechtigten durch einen vereidigten Sachverständigen der zuständigen Industrie- und Handelskammer für beide Seiten verbindlich festgesetzt werden.

3. Die Beteiligten schließen das Abwendungsrecht des Grundstückseigentümers nach § 27 Abs. 3 der Erbbaurechtsverordnung für diesen Vertrag aus.

4. (...) Soweit bei Beendigung des Erbbaurechts das Gebäude und die sonstigen baulichen Anlagen noch nutzbar sind, verpflichten sich mehrere Grundstückseigentümer ihre Grundstücke zu einem Grundstück zu vereinigen, das ihnen als Gesellschafter bürgerlichen Rechts im Verhältnis der eingebrachten Grundstücksflächen zusteht.“

2 Die Klägerin erwarb 1984 das Erbbaurecht und errichtete auf den Grundstücken einen Verbrauchermarkt. Am 10.5.2014 endete die Laufzeit des Erbbaurechtsvertrags. Der von der Klägerin beauftragte Sachverständige ermittelte einen Verkehrswert der errichteten Bauwerke von 1.400.000 €. Ge-

stützt auf § 27 Abs. 3 Satz 1 Erbbaurecht boten die Beklagten der Klägerin an, das Gesamterbbaurecht um zehn Jahre zu den bisherigen Bedingungen zu verlängern, was diese ablehnte. Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin die Zahlung einer Entschädigung von 933.333 €.

3 Das LG hat die Klage abgewiesen und auf die von den Beklagten für den Fall der Klageabweisung erhobene Widerklage die Klägerin verurteilt, die Löschung des Erbbaurechts mit der Maßgabe zu bewilligen, dass diese ohne gleichzeitige Eintragung einer an die Stelle des Erbbaurechts tretenden Entschädigungsforderung zu erfolgen habe. Auf die Berufung der Klägerin hat das OLG die Beklagten als Gesamtschuldner zur Zahlung von 212.417,94 € nebst Zinsen ab 11.5.2014 verurteilt. Mit der von dem OLG zugelassenen Revision streben die Beklagten die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils an. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

AUS DEN GRÜNDEN:

4 I. Das sachverständig beratene Berufungsgericht meint, die Klägerin könne nach § 27 Abs. 1 Satz 1 Erbbaurecht i. V. m. Abschnitt III § 6 Abs. 3 ErbbV die Zahlung einer Entschädigung in Höhe von zwei Dritteln des gerichtlich ermittelten Verkehrswertes in Höhe von 318.626,92 € verlangen. Der Entschädigungsanspruch sei nicht durch das Angebot der Beklagten auf Verlängerung des Erbbaurechts gemäß § 27 Abs. 3 Satz 1 Erbbaurecht erloschen, da die gesetzliche Bestimmung im Erbbaurechtsvertrag wirksam abbedungen worden sei. Es könne offenbleiben, ob es sich bei der Klausel um eine Allgemeine Geschäftsbedingung oder vorformulierte Vertragsbedingung handele und ob eine inhaltliche Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB überhaupt zulässig sei. Die Regelung halte einer solchen Kontrolle jedenfalls stand, da sie die Beklagten als Grundstückseigentümer nicht unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 1 BGB benachteilige. Wesentlicher Grundgedanke des § 27 Erbbaurecht sei die Zahlung einer Entschädigung an den Erbbauberechtigten als Ausgleich für die auf dem Grundstück errichteten Bauwerke. Je länger das Erbbaurecht bestehe, desto geringer sei der Entschädigungsanspruch. Es obliege somit grundsätzlich den Vertragsparteien, die Dauer des Erbbaurechts und damit die Höhe der Entschädigung festzulegen. Durch § 27 Abs. 3 Erbbaurecht werde dem Grundstückseigentümer lediglich die Möglichkeit der Abwendung der Entschädigungszahlung eröffnet, um sich vor wirtschaftlichen Schwierigkeiten zu bewahren, die sich aus der Entschädigungspflicht namentlich bei gleichzeitigem Ablauf mehrerer Erbbaurechte ergeben könnten. Der Ausschluss der Abwendungsbefugnis unter gleichzeitiger Reduzierung des Entschädigungsanspruchs auf zwei Drittel des Verkehrswertes sei jedenfalls nicht als unbillig anzusehen.

5 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

6 1. Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass die gesetzliche Abwendungsbefugnis des Grundstückseigentümers nach § 27 Abs. 3 Erbbaurecht dispositiv ist und daher von den Parteien vertraglich abbedungen werden kann.

7 a) Erlischt das Erbbaurecht durch Zeitablauf, so hat der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten eine Ent-

schädigung für das Bauwerk zu leisten (§ 27 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG). Nach § 27 Abs. 3 Satz 1 Hs. 1 ErbbauRG kann der Grundstückseigentümer seine Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung dadurch abwenden, dass er dem Erbbauberechtigten das Erbbaurecht vor dessen Ablauf für die voraussichtliche Standdauer des Bauwerks verlängert. Lehnt der Erbbauberechtigte die Verlängerung ab, so erlischt der Anspruch auf Entschädigung (§ 27 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 ErbbauRG).

8 b) Nach allgemeiner und zutreffender Ansicht kann das Recht des Grundstückseigentümers, die Zahlung der Entschädigung gemäß § 27 Abs. 3 ErbbauRG abzuwenden, modifiziert oder ganz ausgeschlossen werden (vgl. BeckOK-BGB/Maaß, Stand: 1.11.2018, § 27 ErbbauRG Rdnr. 9; Erman/Grzivotz, BGB, 15. Aufl., § 27 ErbbauRG Rdnr. 5; Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer, ErbbauRG, 11. Aufl., § 27 Rdnr. 33; MünchKomm-BGB/Heinemann, 7. Aufl., § 27 ErbbauRG Rdnr. 9; Palandt/Wicke, 78. Aufl., § 27 ErbbauRG Rdnr. 4; Staudinger/Rapp, Neub. 2017, § 27 ErbbauRG Rdnr. 16; von Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, 6. Aufl., § 5 Rdnr. 222; Lemke/Czub, Immobilienrecht, 2. Aufl., § 27 ErbbauRG Rdnr. 15 a. E.; Ott, notar 2015, 75, 82; zu § 27 Abs. 3 ErbbauVO vgl. Glaß/Scheidt, Erbbaurecht, 2. Aufl., S. 171; Planck/Strecker, BGB, 5. Aufl., § 27 ErbbauVO Anm. 2c; RGRK/Räffe, BGB, 12. Aufl., § 27 ErbbauVO Rdnr. 12). Das ergibt sich aus § 27 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG. Etwas anderes folgt entgegen der Auffassung der Revision nicht daraus, dass § 27 Abs. 3 ErbbauRG auf diese Vorschrift nicht ausdrücklich verweist.

9 aa) Mit der Einführung von § 27 Abs. 1 ErbbauRG wollte der Gesetzgeber die Entschädigung des Erbbauberechtigten für das Bauwerk zum Regelfall machen. Gleichzeitig bestimmte er, dass Vereinbarungen über die Höhe der Entschädigung, die Art ihrer Zahlung sowie über ihren Ausschluss als Inhalt des Erbbaurechts getroffen werden können. Eine Mindestentschädigung legte er in § 27 Abs. 2 ErbbauRG für den Fall fest, dass das Erbbaurecht, was hier nicht einschlägig ist, zur Befriedigung des Wohnbedürfnisses minderbemittelter Bevölkerungskreise bestellt wurde. Mit diesen Regelungen wollte er das Erbbaurecht attraktiver machen und dessen Beleihbarkeit fördern (vgl. RANz Nr. 26 vom 31.1.1919 zu §§ 26 bis 29 ErbbauVO). Der Regelungsgehalt von § 27 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG besteht also nicht in erster Linie darin, die Dispositivität der Entschädigung herauszustellen, sondern zu bestimmen, dass die Höhe der Entschädigung, die Art ihrer Zahlung sowie ihre Ausschließung als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart werden können und damit dingliche Wirkung erhalten. Die Parteien des Erbbaurechtsvertrags können sich aber auf schuldrechtliche Absprachen beschränken (Lemke/Czub, Immobilienrecht, § 27 ErbbauRG Rdnr. 8; Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer, ErbbauRG, § 27 Rdnr. 10).

10 bb) Die Abwendungsbefugnis gemäß § 27 Abs. 3 ErbbauRG ist demgegenüber ein Schutzrecht des Grundstückseigentümers gegen den Entschädigungsanspruch (vgl. MünchKomm-BGB/Heinemann, § 27 ErbbauRG Rdnr. 9). Der Eigentümer kann durch das Angebot auf Verlängerung des Erbbaurechts seiner Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung entgehen. Auf diesen Schutz kann er nach allgemeinen Grundsätzen verzichten (vgl. Ott, notar 2015, 75, 82)

und mit dem Erbbauberechtigten den Ausschluss der Abwendungsbefugnis vereinbaren. Mit einer solchen Vereinbarung wird dessen Entschädigungsanspruch nach § 27 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG gesichert. Sie kann deshalb nach § 27 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG wie eine Vereinbarung über die Entschädigung nicht nur mit schuldrechtlicher, sondern auch mit dinglicher Wirkung getroffen werden. Als Inhalt des Erbbaurechts kann vereinbart werden, dass das Recht des Grundstückseigentümers gemäß § 27 Abs. 3 ErbbauRG, seine Verpflichtung zur Zahlung der Entschädigung durch Verlängerung des Erbbaurechts abzuwenden, ausgeschlossen ist (vgl. auch Beck'sches Notarhandbuch/Eichel, 6. Aufl., A.IV.4 Rdnr. 49a; Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer, ErbbauRG, § 27 Rdnr. 33; Lemke/Czub, Immobilienrecht, § 27 ErbbauRG Rdnr. 15; Würzburger Notarhandbuch/Maaß, 4. Aufl., Teil 2 Kap. 5 Rdnr. 86 f.; MünchKomm-BGB/Heinemann, § 27 ErbbauRG Rdnr. 9; Ott, notar 2015, 75, 82; Staudinger/Rapp, § 27 ErbbauRG Rdnr. 16; von Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 5 Rdnr. 222). Die Parteien können sich aber auch insoweit auf eine schuldrechtliche Vereinbarung beschränken (vgl. Lemke/Czub, Immobilienrecht, Rdnr. 15).

11 2. Rechtsfehlerhaft nimmt das Berufungsgericht jedoch an, dass die Abwendungsbefugnis der Beklagten nach § 27 Abs. 3 ErbbauRG auch dann wirksam vertraglich ausgeschlossen ist, wenn es sich – was das Berufungsgericht offen gelassen hat und weshalb davon im Revisionsverfahren zugunsten der Beklagten auszugehen ist – bei der Regelung in Abschnitt III § 6 Nr. 3 ErbbV um eine von der Rechtsvorgängerin der Klägerin gestellte Allgemeine Geschäftsbedingung handeln sollte.

12 a) Als Allgemeine Geschäftsbedingung unterliegt die Regelung einer Kontrolle nach Maßgabe der Vorschrift des § 9 AGBG (heute: § 307 BGB), die für bis zum 31.12.2001 geschlossene Verträge und damit auch für den in Rede stehenden Erbbaurechtsvertrag vom 28.1.1983 gilt. Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB, wonach für Dauerschuldverhältnisse vom 1.1.2003 an nur das BGB und damit die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB anzuwenden sind, ist nicht einschlägig. Der Vertrag über die Bestellung eines Erbbaurechts ist ein Rechtskauf (§ 453 BGB) und begründet kein Dauerschuldverhältnis (vgl. Senat, Urteil vom 15. März 2013, V ZR 201/11, WM 2013, 848 Rdnr. 27 m. w. N.). Für die Beurteilung der hier maßgeblichen Rechtsfrage wirkt sich das indes nicht aus, da § 9 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 AGBG und § 307 Abs. 1 und 2 Nr. 1 BGB im Wesentlichen inhaltsgleich sind (vgl. BGH, Urteil vom 18.4.2002, III ZR 199/01, NJW 2002, 2386).

13 b) Die Regelung in Abschnitt III § 6 Nr. 3 ErbbV hält der Inhaltskontrolle nach § 9 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 AGBG (jetzt: § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB) nicht stand.

14 aa) Für den Entschädigungsanspruch des Erbbauberechtigten nach § 27 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG ist allerdings umstritten, ob dieser durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ausgeschlossen werden kann. Das wird teilweise verneint mit der Begründung, der Entschädigungsanspruch des Erbbauberechtigten habe Leitbildfunktion im Sinne von § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB mit der Folge, dass eine Klausel über den Ausschluss der Entschädigung unwirksam wäre, soweit nicht im Einzelfall besondere Umstände die Abweichung vom gesetzlichen Grundgedanken rechtfertigten (vgl. Palandt/Wicke, § 27

Erbbaurecht Rdnr. 3; *Boemke/Purmann*, NJW 2010, 2983, 2987). Nach anderer Ansicht gehört der Entschädigungsanspruch des Erbbauberechtigten nicht zum gesetzlichen Leitbild des Erbbaurechts. Ein vollständiger Ausschluss des Entschädigungsanspruchs durch Allgemeine Geschäftsbedingungen sei zulässig; die Missbrauchsgrenze stelle das Gesetz in § 27 Abs. 2 Erbbaurecht auf (vgl. BeckOK-BGB/*Maaß*, § 27 Erbbaurecht Rdnr. 5; MünchKomm-BGB/*Heinemann*, § 27 Erbbaurecht Rdnr. 7; *Staudinger/Rapp*, § 27 Erbbaurecht Rdnr. 8; von *Oefele/Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, § 4 Rdnr. 116; *Ott*, notar 2015, 75, 80). Nach einer weiteren Ansicht kann der vollständige Ausschluss des Entschädigungsanspruchs nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam sein (*Lemke/Czub*, Immobilienrecht, § 27 Erbbaurecht Rdnr. 9; wohl auch *Ingenstau/Hustedt/Bardenhewer*, Erbbaurecht, § 27 Rdnr. 13; von *Oefele/Winkler/Schlögel*, Handbuch Erbbaurecht, § 5 Rdnr. 122). Diese Frage bedarf hier jedoch keiner Entscheidung.

15 bb) Der formularmäßige Ausschluss der Abwendungsbefugnis des Grundstückseigentümers ist mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung in § 27 Abs. 3 Erbbaurecht unvereinbar und deshalb grundsätzlich unwirksam (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Von einem wesentlichen Grundgedanken ist auszugehen, wenn die gesetzliche Regelung, von der die Formularbestimmung abweicht, nicht auf reinen Zweckmäßigkeitserwägungen, sondern auf die Interessen beider Parteien berücksichtigenden Gerechtigkeitserwägungen beruht und deshalb zum gesetzlichen Leitbild gehört (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 8.11.2016, XI ZR 552/15, BGHZ 212, 363 Rdnr. 31 f.; Urteil vom 8.11.2017, VIII ZR 13/17, BGHZ 217, 1 Rdnr. 22, jew. m. w. N.). Bei der in § 27 Abs. 3 Erbbaurecht vorgesehenen Abwendungsbefugnis handelt es sich um eine solche Ausprägung des Gerechtigkeitsgebots, denn die Regelung ist Ergebnis einer von dem Gesetzgeber vorgenommenen Risikoverteilung hinsichtlich der Weiterverwendung des Bauwerks nach Ablauf des Erbbaurechts. Eine in einem Erbbaurechtsvertrag formularmäßig verwendete Klausel, wonach die Abwendungsbefugnis des Grundstückseigentümers nach § 27 Abs. 3 Erbbaurecht schuldrechtlich oder – wovon der Senat hier wegen der Regelung in Abschnitt III § 14 Nr. 1 Erbbaurecht i. V. m. Abschnitt III des notariellen Nachtrags vom 4.4.1984 ausgeht – als Inhalt des Erbbaurechts ausgeschlossen ist, widerspricht deshalb dem gesetzlichen Leitbild des Erbbaurechts und ist nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB (hier nach § 9 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 AGBG) im Zweifel unwirksam. Das gilt auch dann, wenn in dem Erbbaurechtsvertrag die Entschädigung, die der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten nach Erlöschen des Erbbaurechts durch Zeitablauf zu leisten hat, auf zwei Drittel des Verkehrswerts des Bauwerks begrenzt wird.

16 (1) Mit Ablauf des Erbbaurechts hat der Grundstückseigentümer dem Erbbauberechtigten eine Entschädigung für den Verlust des Eigentums an den auf dem Grundstück befindlichen Bauwerken (§ 12 Abs. 3 Erbbaurecht) zu zahlen (§ 27 Abs. 1 Satz 1 Erbbaurecht). Dessen Höhe bestimmt sich, wenn nicht ein anderes vereinbart ist, nach dem Verkehrswert des Bauwerks im Zeitpunkt des Erlöschens des Erbbaurechts (vgl. Senat, Urteil vom 6.12.1974, V ZR 95/73, WM 1975, 256, 257; Urteil vom 3.10.1980, V ZR 125/79, NJW 1981, 1045, 1047).

Diesen Entschädigungsanspruch kann der Grundstückseigentümer nach § 27 Abs. 3 Erbbaurecht abwenden, indem er dem Erbbauberechtigten das Erbbaurecht – ggf. wiederholt (vgl. § 27 Abs. 3 Satz 2 Erbbaurecht) – vor dessen Ablauf verlängert. Lehnt der Erbbauberechtigte die Verlängerung ab, erlischt der Anspruch auf Entschädigung (§ 27 Abs. 3 Satz 1 Hs. 2 Erbbaurecht).

17 (2) Sinn und Zweck der Abwendungsbefugnis ist es, den Grundstückseigentümer davor zu bewahren, durch die Entschädigungspflicht in wirtschaftliche Schwierigkeiten zu geraten. Dabei hat der historische Gesetzgeber insbesondere Gemeinden als schutzbedürftig angesehen, die eine größere Zahl von Erbbaurechten zu Wohnzwecken mit gleicher Ablaufzeit bestellt haben und für die deshalb bei Ablauf der Erbbaurechte eine Verpflichtung zur Zahlung von „ziemlich bedeutenden“ Entschädigungssummen entsteht (vgl. RANz Nr. 26 vom 31.1.1919 zu §§ 27 bis 29 ErbbaurechtVO). Er hat das Schutzrecht aber nicht auf die Gemeinden beschränkt, sondern allen Grundstückseigentümern die Möglichkeit eingeräumt, die Verpflichtung zur Zahlung einer Entschädigung durch die Verlängerung des Erbbaurechts abzuwenden.

18 (3) Der Möglichkeit des Grundstückseigentümers, zwischen der Übernahme des Bauwerks gegen Zahlung einer Entschädigungssumme und der Verlängerung des Erbbaurechts zu wählen, kommt zentrale Bedeutung für den Ausgleich seiner Interessen mit denen des Erbbauberechtigten am Ende der Laufzeit des Erbbaurechts zu. Könnte der Grundstückseigentümer die Entschädigungspflicht nicht abwenden, wäre der Ablauf des Erbbaurechts für ihn unter Umständen mit erheblichen wirtschaftlichen Belastungen verbunden.

19 (a) Er müsste zum einen die Entschädigungssumme aufbringen. Dies kann ihn in der konkreten Situation nach Vertragsablauf zur Unzeit treffen, wenn es ihm nicht möglich ist, die Entschädigungssumme zu zahlen oder zu finanzieren oder den damit verbundenen Liquiditätsabfluss zu verkraften. Dem könnte der Grundstückseigentümer zwar dadurch vorbeugen, dass er rechtzeitig ausreichende Rücklagen bildet. Das hätte aber beträchtliche Liquidationsverluste während der gesamten Laufzeit des Erbbaurechts zur Folge und wäre, da der Wert des Bauwerks erst am Ende der Laufzeit ermittelt wird, außerdem mit Unsicherheiten verbunden. Sieht der Erbbaurechtsvertrag eine Verlängerungsoption vor, weiß der Grundstückseigentümer zudem auch nicht, wann das Erbbaurecht endet.

20 (b) Zum anderen müsste der Grundstückseigentümer eine neue Verwendung für das Bauwerk finden. Dies kann insbesondere dann zu Schwierigkeiten führen, wenn es infolge der Marktentwicklung oder seines Zustands nicht nachgefragt ist. Zwar werden sich ungünstige Nutzungs- und Verwertungsmöglichkeiten des Bauwerks regelmäßig bei der Verkehrswertermittlung niederschlagen, die Grundlage der Berechnung der Entschädigung ist. Das Risiko, den ermittelten Verkehrs- bzw. Ertragswert zu realisieren, würde ohne die Regelung in § 27 Abs. 3 Erbbaurecht mit dem Ende des Erbbaurechts aber zwingend auf den Grundstückseigentümer übergehen, obwohl er zuvor keinen Einfluss auf die Instandhaltung und Bewirtschaftung und meist auch nicht auf die Nutzung des Bauwerks hatte.

21 (c) Die Abwendungsbefugnis trägt damit einem wesentlichen Schutzbedürfnis des Grundstückseigentümers Rechnung. Zugleich weist sie das Risiko der weiteren Verwendung des Bauwerks dem Erbbauberechtigten als demjenigen zu, der die baulichen Investitionen getätigt bzw. von seinem Rechtsvorgänger übernommen hat (vgl. RANz Nr. 26 vom 31.1.1919 zu §§ 26 bis 29 ErbbauVO) und der während der Laufzeit des Erbbaurechts für die wirtschaftliche Ausrichtung und die Instandhaltung des Bauwerks verantwortlich war. Das ist interessengerecht. Ist das Bauwerk gewinnbringend nutzbar, entsteht dem Erbbauberechtigten durch die Verlängerung des Erbbaurechts kein wirtschaftlicher Nachteil; sofern er es nicht selbst nutzen will, kann er es vermieten oder aber das Erbbaurecht verkaufen. Ist dies nicht der Fall und hat der Erbbauberechtigte deshalb kein Interesse an der Verlängerung des Erbbaurechts, ist es sachgerecht, ihm die damit verbundenen Nachteile zuzuweisen. Andernfalls würde das während der Laufzeit des Erbbaurechts grundsätzlich von ihm zu tragende Ertragsrisiko (vgl. Senat, Urteil vom 15.4.2016, V ZR 42/15, NJW 2016, 3100 Rdnr. 15) nach Ablauf der Zeit, für die das Erbbaurecht bestellt war, zwangsläufig auf den Grundstückseigentümer übergehen.

22 (4) Der in § 27 Abs. 3 ErbbauRG bestimmte Zeitpunkt, zu dem sich der Grundstückseigentümer zwischen der Zahlung der Entschädigung und der Verlängerung des Erbbaurechts entscheiden kann, gehört ebenfalls zu den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung. Sähe man in dem Ausschluss der Abwendungsbefugnis bei Abschluss des Erbbaurechtsvertrages lediglich eine zeitlich vorverlagerte Entscheidung zwischen Entschädigungszahlung und Verlängerung des Erbbaurechts, würde sich der Grundstückseigentümer zu einem Zeitpunkt seiner durch das Gesetz eingeräumten Wahlmöglichkeit begeben, zu dem er die für die Wahl notwendigen Entscheidungsgrundlagen (eigene wirtschaftliche Situation bei Ende des Erbbaurechts, Zustand des Bauwerks, Verwertungsmöglichkeiten) nicht kennt. Angesichts der langen, typischerweise mehrere Generationen überdauernden Laufzeit von Erbbaurechten ist bei der Bestellung eines solchen Rechts regelmäßig nicht einmal vorhersehbar, ob der Erbbaurechtsausgeber das Ende des Erbbaurechts noch erleben wird, geschweige denn, ob sich für ihn dann die Übernahme des Bauwerks gegen Entschädigungszahlung oder die Verlängerung des Erbbaurechts empfiehlt. Teil des Leitbildes von § 27 Abs. 3 ErbbauRG ist deshalb auch, dass die Abwendungsbefugnis des Grundstückseigentümers am Ende der Laufzeit des Erbbaurechts noch besteht.

23 cc) Der Verstoß der Allgemeinen Geschäftsbedingung gegen das gesetzliche Leitbild führt im Zweifel zu deren Unwirksamkeit. Anderes gilt, wenn die Leitbildabweichung sachlich gerechtfertigt ist und der gesetzliche Schutzzweck auf andere Weise sichergestellt wird (Senat, Urteil vom 18.7.2014, V ZR178/13, BGHZ 202, 150 Rdnr. 21; BGH, Urteil vom 7.3.2013, VII ZR 162/12, NJW 2013, 1431 Rdnr. 26 m. w. N.). Daran fehlt es hier. Der Erbbaurechtsvertrag vom 28.1.1983 enthält keine Regelung, die die mit dem Ausschluss der Abwendungsbefugnis verbundenen Nachteile für den Grundstückseigentümer ausgleicht oder aus sonstigen Gründen als ausnahmsweise tragbar erscheinen lassen.

24 Eine solche Regelung liegt insbesondere nicht in der Reduzierung der Entschädigungssumme auf zwei Drittel des Verkehrswerts des Bauwerks. Zwar ist die Gefahr, dass der Grundstückseigentümer durch die Leistung der Entschädigung in finanzielle Schwierigkeiten gerät, umso stärker, je höher diese ist. Selbst eine auf zwei Drittel des Verkehrswerts des Bauwerks beschränkte Entschädigung kann aber, insbesondere bei einem hohen Verkehrswert, zu einer bedeutenden Entschädigungssumme führen, deren Zahlung bzw. Finanzierung dem Grundstückseigentümer nicht möglich ist oder zu einem beträchtlichen Liquiditätsverlust führt.

25 III. Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben; es ist aufzuheben. Der Rechtsstreit ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, da er nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 ZPO). Es muss klären, ob es sich bei der Regelung in Abschnitt III § 6 ErbbV um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handelt.

26 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

27 1. Verzugszinsen ab dem 11.5.2014 kann die Klägerin nur verlangen, wenn sich die Beklagten in Verzug befunden haben. Das setzt eine Mahnung voraus (§ 284 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. i. V. m. Art. 229 § 5 EGBGB). Eine solche Mahnung war nicht deshalb entbehrlich, weil die Beklagten die Verlängerung des Erbbaurechts angeboten haben. Zwar bedarf es nach ständiger Rechtsprechung für den Eintritt des Verzugs keiner Mahnung, wenn der Schuldner die Erfüllung grundlos endgültig verweigert. Voraussetzung des Verzugs ist aber auch in diesem Fall, dass die Leistung des Schuldners fällig ist (Senat, Urteil vom 28.9.2007, V ZR 139/06, NJW-RR 2008, 210 Rdnr. 11). Das war zum Zeitpunkt des Verlängerungsangebots der Klägerin noch nicht der Fall. Die Entschädigungsforderung entsteht zwar bereits mit der Entstehung des Erbbaurechts als bedingtes Recht. Ihre Fälligkeit ist aber bis zum Erlöschen des Erbbaurechts aufgeschoben (Senat, Beschluss vom 11.4.2013, V ZB 109/12, BGHZ 197, 140 Rdnr. 14).

28 Eine nach Fälligkeit erklärte Mahnung durch die Klägerin ist bislang nicht festgestellt. Für sie wäre zu prüfen, ob sie trotz einer Zuvielforderung wirksam wäre (vgl. Senat, Urteil vom 25.6.1999, V ZR 190/98, NJW 1999, 3115 m. w. N.; Urteil vom 28.1.2000, V ZR 252/98, WM 2000, 586).

(...)

9. Nacherbenvermerk bei Erbauserb- andersetzung

BGH, Beschluss vom 12.7.2018, V ZB 228/17 (Vorinstanz: OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 10.10.2017, 20 W 72/16)

BGB §§ 2042, 2113 Abs. 2, §§ 2136, 2377
GBO §§ 29, 36 Abs. 1, §§ 51, 78 Abs. 1

LEITSATZ:

Ist nur für einen Miterben eine Nacherbfolge angeordnet, unterliegt dieser, wenn er die übrigen Erbanteile hinzu-erwirbt, hinsichtlich eines zum Nachlass gehörenden Grundstücks insgesamt den Beschränkungen des § 2113 BGB; bei seiner Eintragung als Grundstückseigentümer ist daher ein Nacherbenvermerk anzubringen (Fortführung von Senat, Beschluss vom 15.3.2007, V ZB 145/06, BGHZ 171, 350 Rdnr. 13).

SACHVERHALT:

1 I. Der Vater der Antragstellerin verstarb 1976 und wurde ausweislich des erteilten Erbscheins von ihr und ihrer Mutter zu gleichen Teilen beerbt. Der Erteilung des Erbscheins, demzufolge die Antragstellerin als Vorerbin und für den Fall ihres kinderlosen Versterbens die „Familie“ des Erblassers als Nacherbin eingesetzt worden war, lag ein Testament vom 17.10.1973 zugrunde. In diesem war bestimmt, dass die Antragstellerin „das Anwesen R. Str.“ und ihre Mutter alle übrigen Grundstücke erhalten sollte. Eine Auseinandersetzung des Nachlasses fand zu Lebzeiten der Mutter nicht statt. Diese verstarb 1978 und wurde ausweislich des ausgestellten Erbscheins von der Antragstellerin beerbt.

2 1983 wurde die Antragstellerin auf der Grundlage der beiden Erbscheine „zufolge Erbfolge und Berichtigung“ als Eigentümerin zweier Grundstücke sowie eines hälftigen Miteigentumsanteils an einem weiteren Grundstück eingetragen. In Abt. II Nr. 1 der Grundbücher ist jeweils folgender Nacherbenvermerk eingetragen:

3 „(...) [die Antragstellerin] ist bezüglich der ideellen Hälfte im Fall eines kinderlosen Todes nur befreite Vorerbin. Nacherbe ist insoweit die ‚Familie‘ des (...) [Vater der Antragstellerin]. Die Nacherbfolge tritt mit dem kinderlosen Tod der Vorerbin ein.“

4 2013 beantragte die Antragstellerin beim Grundbuchamt, die Nacherbenvermerke zu löschen. Sie berief sich darauf, dass sich die Anordnung der Nacherbschaft nur auf das ihr zugeordnete, inzwischen aber verkaufte Grundstück R.-Straße bezogen habe, während die weiteren Grundstücke, die im Eigentum des Erblassers gestanden hätten, aufgrund der Teilungsanordnung im Testament auf ihre Mutter übergegangen und von dieser an sie vererbt worden seien. Das Grundbuchamt lehnte die Löschung ab; eine hiergegen gerichtete Beschwerde blieb ohne Erfolg.

5 Im September 2015 hat die Antragstellerin beantragt, sie unter Löschung der Nacherbenvermerke als Alleineigentümerin bzw. – hinsichtlich des dritten Grundstücks – als Miteigentümerin zu $\frac{1}{2}$ einzutragen. Dazu hat sie die Ausfertigung eines notariell erteilten Auseinandersetzungszeugnisses gemäß § 36 GBO vorgelegt. In diesem wird ausgeführt, im Testament des Erblassers sei eine Teilungsanordnung dahin gehend getroffen worden, dass die Antragstellerin das Anwesen R.-Straße und ihre Mutter alle übrigen Grundstücke erhalten solle. Die Antragstellerin habe am 27.1.2014 eine Auseinandersetzungserklärung dahin abgegeben, dass sie alle übrigen Grundstücke als Alleinerbin ihrer Mutter zu Alleineigentum erhalte. Sie habe die Einigung bezüglich des Eigentumsübergangs auf sich selbst erklärt sowie ihre Eintragung als Allein- bzw. Miteigentümerin bewilligt und beantragt.

6 Das Grundbuchamt hat den Antrag abgelehnt. Die dagegen gerichtete Beschwerde ist ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem OLG zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Antragstellerin ihren Antrag weiter.

7 II. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung unter anderem in ZEV 2018, 398 veröffentlicht ist, meint, die Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 GBO lägen nicht vor. Die Vorschrift gelte nur für die Umschreibung des Eigentums, die Antragstellerin sei aber bereits als Eigentümerin bzw. Miteigentümerin im Grundbuch eingetragen. Es gehe ihr allein um die Beseitigung der Nacherbenvermerke. Ferner finde § 36 GBO nur Anwendung, wenn eine Auseinandersetzung unter Miterben vorliege. Für einen Alleinerben gelte die Vorschrift nicht. Jedenfalls hätten die Nacherben an einer Auseinandersetzung beteiligt werden müssen. Eine solche Beteiligung gehe aus dem Auseinandersetzungszeugnis nicht hervor. Dass eine Beteiligung der Nacherben entbehrlich sei, weil nur eine Teilungsanordnung erfüllt worden sei und die Antragstellerin insofern nicht den Beschränkungen des § 2113 Abs. 2 BGB unterlegen habe, ergebe sich aus dem privatschriftlichen Testament von 1973 nicht hinreichend deutlich. Das Testament genüge jedenfalls nicht der Form des § 29 GBO. Das Grundbuch sei auch nicht zu berichtigen. Die Nacherbenvermerke entsprächen der in dem Erbschein ausgewiesenen Vor- und Nacherbfolge.

AUS DEN GRÜNDEN:

8 III. Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen gemäß § 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 71 FamFG zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Die Erwägungen des Beschwerdegerichts halten einer rechtlichen Nachprüfung stand.

9 1. Ohne Rechtsfehler nimmt das Beschwerdegericht an, dass das Grundbuchamt den auf § 36 GBO gestützten Eintragungsantrag zu Recht zurückgewiesen hat; denn die Voraussetzungen dieser Vorschrift liegen nicht vor.

10 a) Nach § 36 Abs. 1 Satz 1 GBO genügt zum Nachweis der Rechtsnachfolge und der zur Eintragung des Eigentumsübergangs erforderlichen Erklärungen der Beteiligten ein gerichtliches Zeugnis, wenn bei einem zum Nachlass gehörenden Grundstück einer der Beteiligten als Eigentümer eingetragen werden soll. Ist ein Erbschein über das Erbrecht sämtlicher Erben erteilt, so ist nach Abs. 2a auch der Notar für die Erteilung des Zeugnisses zuständig, der die Auseinandersetzung vermittelt hat. Zweck der Vorschrift ist es, die Auseinandersetzung (unter anderem) von Erbengemeinschaften zu erleichtern (vgl. *Demharter*, GBO, 31. Aufl., §§ 36, 37 Rdnr. 1). Voraussetzung für ihre Anwendung ist daher nach einhelliger und zutreffender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur, dass eine solche Gemeinschaft besteht und statt der Erbengemeinschaft einzelne ihrer Mitglieder eingetragen werden sollen (vgl. KG, JFG 14, 137, 139 f.; Bauer/*Schaub*, GBO, 4. Aufl., § 36 Rdnr. 11; BeckOK-GBO/*Zeiser*, Stand: 1.5.2018, § 36 Rdnr. 3; Burandt/*Rojahn/Egerland*, Erbrecht, 2. Aufl., § 36 GBO Rdnr. 2; *Demharter*, GBO, §§ 36, 37 Rdnr. 1 u. 4; KEHE, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 36 GBO Rdnr. 5; Lemke/*Krause*, Immobilienrecht, 2. Aufl., § 36 GBO Rdnr. 3; Meikel/*Krause*, GBO, 11. Aufl., § 36 Rdnr. 17).

11 b) So liegt es hier nicht. Zwischen der Antragstellerin und ihrer Mutter bestand zwar eine Erbengemeinschaft. Diese endete aber dadurch, dass die Mutter starb und von der Antragstellerin allein beerbt wurde. Vereinigen sich nämlich alle Anteile eines Nachlasses (hier: des Erblassers) in der Hand eines Miterben (hier: der Antragstellerin), dann erlischt die Gemein-

schaft. Es bestehen keine Erbteile mehr, und es tritt der gleiche Rechtszustand ein wie bei einem ursprünglichen Anfall der Erbschaft an einen Alleinerben (vgl. Senat, Beschluss vom 22.10.2015, V ZB 126/14, WM 2016, 528 Rdnr. 11; BGH, Urteil vom 19.3.1992, IX ZR 14/91, ZIP 1992, 558, 559 jew. m. w. N.). Zu dem Zeitpunkt, als die in dem Auseinandersetzungszeugnis nachgewiesene Insichverfügung vorgenommen wurde, bestand deshalb keine Erbengemeinschaft mehr, die hätte auseinandergesetzt werden können.

12 c) Anders als die Rechtsbeschwerde meint, gilt dies auch dann, wenn in der Hand des letzten Miterben eine Voll- und eine Vorerbenstellung zusammentreffen.

13 aa) Allerdings ist für die Gütergemeinschaft anerkannt, dass das Gesamthandsverhältnis trotz Vereinigung aller Anteile in der Hand des überlebenden Ehegatten bis zur Auseinandersetzung fort dauert, wenn dieser alleiniger Vorerbe des Erstverstorbenen geworden ist. Begründet wird dies mit den gegenüber den erbrechtlichen Vorschriften den Vorrang beanspruchenden gesetzlichen Regelungen des Güterrechts (vgl. Senat, Urteil vom 12.2.1964, V ZR 59/62, NJW 1964, 768 f.; Beschluss vom 10.3.1976, V ZB 7/72, WM 1976, 478, 479). Im Anschluss hieran wird vereinzelt ein Fortbestehen der Erbengemeinschaft auch für den Fall angenommen, dass sich Vor- und Vollerbenstellung in der Hand des letzten verbleibenden Miterben vereinigen (vgl. *Schmid*, BWNNotZ 1996, 144, 146).

14 bb) Richtigerweise ist in dieser Konstellation aber von der Beendigung der zuvor bestehenden Erbengemeinschaft auszugehen, sodass es einer Auseinandersetzung des Nachlasses nach den §§ 2042 ff. BGB nicht mehr bedarf (vgl. *Staudinger/Löhnig*, Neub. 2016, § 2033 Rdnr. 5a und 5c; *Ludwig*, DNotZ 2000, 67, 72). Die Rechtsprechung des Senats zum Fortbestehen der Gütergemeinschaft lässt sich auf die Erbengemeinschaft nicht übertragen. Bei dieser besteht der Sinn und Zweck der gesamthänderischen Bindung darin, den Nachlassgläubigern den Nachlass unverändert zur Befriedigung zu erhalten (vgl. *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. V, S. 495). Dieses Interesse ist nicht betroffen, wenn sich sämtliche Teile des Nachlasses in der Hand des letzten Miterben vereinigen.

15 d) Im Hinblick auf einen im Grundbuch eingetragenen Nacherbenvermerk besteht für ein Fortbestehen der Erbengemeinschaft auch kein Bedürfnis. Denn es ist anerkannt, dass § 36 GBO entsprechend anzuwenden ist, wenn ein Erbe, der zum Teil Vollerbe und zum Teil nur Vorerbe ist, den Teil des Nachlasses, der seiner Quote als Vollerbe entspricht, zur freien Verfügung übernimmt; hierbei müssen die Nacherben jedoch grundsätzlich auf die Eintragung eines Nacherbenvermerks im Grundbuch verzichten und den Nachlassgegenstand dem Vorerben zur freien Verfügung überlassen (vgl. *Bauer/Schaub*, GBO, 4. § 36 Rdnr. 12; *BeckOK-GBO/Zeiser*, § 36 Rdnr. 3; *Meikel/Krause*, GBO, § 36 Rdnr. 18 jew. m. w. N.). An einer solchen Mitwirkung der Nacherben fehlt es hier.

16 aa) Allerdings bedarf es einer Mitwirkung der Nacherben nach verbreiteter Auffassung dann nicht, wenn der Vorerbe mit der Übernahme eines Nachlassgrundstücks in sein freies Vermögen lediglich in Erfüllung einer Nachlassverbindlichkeit oder

einer Teilungsanordnung verfügt; in diesem Fall wird die Verfügung wegen Wegfalls der Verbindlichkeit rechtlich als nicht nachteilig und das Recht der Nacherben nicht beeinträchtigend angesehen (KG, JFG 22, 98, 100; OLG Hamm, FamRZ 1995, 961, 962; BayObLGZ 2001, 118, 120 und OLG Düsseldorf, FamRZ 2003, 1781, 1782 – zur Erfüllung eines Vermächtnisanspruchs; *Burandt/Rojahn/Lang*, Erbrecht, § 2113 BGB Rdnr. 16 f.; *Erman/Schmidt*, BGB, 15. Aufl., § 2113 Rdnr. 4; *MünchKomm-BGB/Ann*, 7. Aufl., § 2048 Rdnr. 9; *Palandt/Weidlich*, 77. Aufl., § 2113 Rdnr. 5; *RGRK-BGB/Johannsen*, 12. Aufl. 2013, § 2113 Rdnr. 50; *Staudinger/Avenarius*, § 2113 Rdnr. 53, dort auch weitere Nachweise zur Gegenauffassung, die stets eine Beteiligung der Nacherben verlangt).

17 bb) Auch hieraus folgt jedoch nichts zugunsten der Antragstellerin. Danach wäre eine Mitwirkung der Nacherben materiellrechtlich zwar verzichtbar gewesen, wenn sich die Antragstellerin mit ihrer Mutter im Rahmen der Auseinandersetzung des Nachlasses und in Erfüllung einer entsprechenden Teilungsanordnung des Erblassers darüber geeinigt hätte, dass alle Grundstücke mit Ausnahme des Anwesens R.-Straße auf die Mutter übertragen werden. Eine solche Übertragung hat aber nicht stattgefunden. Mit ihrem Tod ist der Anspruch der Mutter auf Übertragung der ihr nach der Teilungsanordnung zugeordneten Grundstücke durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit (Konfusion) in der Person der Antragstellerin erloschen (vgl. BGH, Urteil vom 23.4.2009, IX ZR 19/08, WM 2009, 1048 Rdnr. 19 m. w. N.). Etwas anderes würde nur gelten, wenn gesetzliche Vorschriften das Bestehenbleiben der Forderung vorsähen (vgl. z. B. §§ 1976, 1991 Abs. 2, §§ 2143, 2175 oder 2377 BGB) oder wenn dies mit Rücksicht auf schützenswerte Interessen Dritter geboten wäre (vgl. Senat, Urteil vom 30.4.1980, V ZR 56/79, WM 1981, 15, 16; BGH, Urteil vom 23.4.2009, IX ZR 19/08, WM 2009, 1048 Rdnr. 20 jew. m. w. N.); beides ist indessen nicht der Fall. Auf die von dem Beschwerdegericht aufgeworfenen Fragen, ob sich dem Testament im Wege der Auslegung eine Teilungsanordnung entnehmen lässt und ob diese dem Grundbuchamt in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO nachgewiesen wurde, kommt es daher nicht an.

18 2. Rechtsfehlerfrei nimmt das Beschwerdegericht ferner an, dass die Voraussetzungen für eine Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 22 GBO ebenfalls nicht vorliegen. Denn die Nacherbenvermerke wurden aufgrund der vorgelegten Erbscheine zu Recht eingetragen und die Antragstellerin hat nicht nachgewiesen, dass das Grundbuch diesbezüglich unrichtig geworden wäre.

(...)

22 b) Die eingetragenen Nacherbenvermerke sind nicht unrichtig. Insbesondere hat der Erwerb der weiteren Hälfte des Nachlasses des Erblassers durch die Antragstellerin aufgrund des Todes ihrer Mutter nicht dazu geführt, dass die Antragstellerin nicht mehr den – von der Befreiung nach § 2136 BGB nicht erfassten – Beschränkungen des § 2113 BGB unterliegt und infolgedessen der Nacherbenvermerk zu löschen ist.

23 aa) Nach der Rechtsprechung des Senats sind zwei Fälle zu unterscheiden. Wird – wie hier – eine Erbin von dem Erblasser auf die Hälfte als Vorerbin und eine weitere Erbin auf die

andere Hälfte als Vollerbin eingesetzt („erste Stufe“), so ist die Vorerbin bei der gemeinschaftlichen Verfügung über ein zum Nachlass gehörendes Grundstück nicht frei, sondern durch die Nacherbfolge beschränkt. Dass sich die Beschränkung auf die an sich unbelasteten Miterben auswirkt, ist hinzunehmen, weil die Belastung der Miterben hier auf die Anordnung des Erblassers zurückgeht (vgl. Senat, Beschluss vom 15.3.2007, V ZB 145/06, BGHZ 171, 350 Rdnr. 13 m. w. N.). Entsprechendes gilt, wenn nur für einen Miterben eine Nacherbfolge angeordnet ist und er die übrigen Erbanteile hinzuerwirbt; er unterliegt dann hinsichtlich eines zum Nachlass gehörenden Grundstücks insgesamt den Beschränkungen des § 2113 BGB. Bei seiner Eintragung als Grundstückseigentümer ist daher ein Nacherbenvermerk anzubringen. Anders liegt es hingegen, wenn eine aus zwei Personen bestehende Erben-gemeinschaft dadurch endet, dass einer der Gesamthänder stirbt und der andere Gesamthänder dessen alleiniger Vorerbe („zweite Stufe“) und damit alleiniger Eigentümer eines von der Gesamthand gehaltenen Grundstücks wird. Dann findet § 2113 BGB weder direkte noch entsprechende Anwendung, weil der Schutz des Anteils, der dem Überlebenden schon vorher zu eigenem Recht zustand, hier Vorrang vor den Interessen des Nacherben hat (vgl. Senat, Urteil vom 16.12.1977, V ZR 140/76, WM 1978, 171; Beschluss vom 15.3.2007, V ZB 145/06, BGHZ 171, 350 Rdnr. 8 f.). In diesem Fall ist daher bei der Eigentumseintragung des Voll- und Vorerben kein Nacherbenvermerk nach § 51 GBO aufzunehmen (vgl. *Demharter*, GBO, § 51 Rdnr. 3.1).

24 bb) Etwas anderes folgt entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde auch nicht aus einer Entscheidung des BayObLG, wonach wenn jemand als Vorerbe einen Anteil an einer Erben-gemeinschaft erbt, die Miteigentümerin eines Grundstücks ist, das Grundbuch, soweit der Nacherbenvermerk eingetragen ist, jedenfalls dann unrichtig wird, wenn der Vorerbe Alleineigentümer wird und weitere Miterbenanteile auch im Weg der Erbfolge hinzuerworben hat (BayObLGZ 1994, 177, 182 sowie Leitsatz zu 2). Diese Entscheidung findet in der Literatur zum Teil Gefolgschaft (*BeckOGK-BGB/Müller-Christmann*, Stand: 15.1.2018, § 2113 Rdnr. 22; *Meikel/Böhringer*, GBO, § 51 Rdnr. 68; *Palandt/Weidlich*, § 2113 Rdnr. 3; *Soergel/Harder/Wegmann*, BGB, 13. Aufl., § 2113 Rdnr. 4). Die Gegenfassung geht in dieser Konstellation hingegen von der Geltung des § 2113 BGB aus und hält daher auch die Eintragung eines Nacherbenvermerks nach § 51 GBO für erforderlich (OLG Saarbrücken, FamRZ 2000, 122, 124; *Ludwig*, DNotZ 2000, 67, 73; vgl. auch *Bamberger/Roth/Litzenburger*, BGB, 3. Aufl., § 2113 Rdnr. 7; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 3487a). Welche dieser Ansichten zutrifft, bedarf keiner Entscheidung, denn in Rede steht vorliegend nicht eine Vereinigung der Miterbenanteile durch Vorerbschaft und anderen Hinzuerwerb („zweite Stufe“), sondern eine bereits durch den Erblasser angeordnete Vorerbschaft („erste Stufe“), bei der sich der Wille des Erblassers nach der Rechtsprechung des Senats durchsetzt.

25 cc) Die Antragstellerin wäre folglich nach dem Tode ihres Vaters in Erben-gemeinschaft mit ihrer Mutter in das Grundbuch einzutragen gewesen, wobei hinsichtlich der Antragstellerin ein Nacherbenvermerk nach § 51 GBO anzubringen gewesen wäre. Sie hätte damit nicht anders gestanden, als wenn

sie von ihrem Vater als Alleinerbin bezüglich der Hälfte der Erbschaft mit einer Nacherbschaft belastet und im Übrigen als Vollerbin eingesetzt worden wäre (vgl. zu dieser Möglichkeit BGH, Urteil vom 24.10.1979, IV ZR 31/78, WM 1980, 86, 87). Auch in diesem Fall wäre sie den Beschränkungen des § 2113 BGB unterworfen und wäre bei ihrer Eintragung als Alleineigentümerin in das Grundbuch bezüglich der ideellen Hälfte ein Nacherbenvermerk anzubringen gewesen. Nachdem sich für die Antragstellerin das gleiche Resultat dadurch ergeben hat, dass sie den unbelasteten Erbteil auf dem Umweg über die Beerbung ihrer Mutter erlangt hat, kann nichts anderes gelten. Das Grundbuchamt hat daher zu Recht auf Vorlage der beiden Erbscheine die Antragstellerin als Alleineigentümerin eingetragen und bezüglich der ideellen Hälfte einen Nacherbenvermerk angebracht. Das Grundbuch wurde dadurch nicht unrichtig.

26 c) Das Grundbuch ist auch nicht später unrichtig geworden. Die Antragstellerin hat durch Vorlage des Auseinsetzungszeugnisses nicht nachgewiesen (§§ 22, 29 GBO), dass sie die Grundstücke wirksam zur freien Verfügung übernommen hat. Denn es fehlt, wie ausgeführt, der Nachweis, dass die Nacherben auf die Eintragung eines Nacherbenvermerks im Grundbuch verzichtet und der Antragstellerin die Grundstücke zur freien Verfügung überlassen haben.

(...)

10. Auswirkungen einer Teilung des dienenden Grundstücks bei Beschränkung des Ausübungsbereichs der Grunddienstbarkeit auf abgegrenzte Teilfläche

OLG Saarbrücken, Beschluss vom 5.2.2019, 5 W 94/18

BGB §§ 1019, 1026

GBO §§ 22, 29 Abs. 1 Satz 2

LEITSATZ:

War der Ausübungsbereich einer Grunddienstbarkeit – hier: Geh- und Fahrrecht – in der Eintragungsbewilligung auf eine abgegrenzte Teilfläche beschränkt worden, so führt die Teilung des dienenden Grundstücks dazu, dass nicht betroffene Teilflächen von der Dienstbarkeit frei werden. Der Nachweis dieser Tatsache kann prinzipiell auch mit amtlichen Urkunden des Vermessungsamtes geführt werden, das Grundbuchamt muss jedoch eigenständig prüfen, ob diese mit dem Inhalt der Dienstbarkeit vereinbar sind.

11. Belastung eines Grundstücks mit einer Finanzierungsgrundschuld aufgrund transmortaler Vollmacht

OLG Stuttgart, Beschluss vom 2.11.2018, 8 W 312/18

BGB §§ 172, 173

GBO §§ 15, 35, 39 Abs. 1, § 40 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. **Im Grundbuchverfahren wird der einer transmortalen Vollmacht innewohnende Rechtsschein nicht dadurch zerstört, dass der Bevollmächtigte in einer dem Grundbuchamt vorgelegten Urkunde erklärte, gesetzlicher Erbe des Vollmachtgebers geworden zu sein.**
2. **Die Eintragung einer von einem transmortal Bevollmächtigten nach dem Ableben des Vollmachtgebers bewilligten Finanzierungsgrundschuld setzt nicht die Voreintragung des Erben voraus.**

SACHVERHALT:

1 I. Der am (...) 2018 verstorbene, im Grundbuch zusammen mit seinem Bruder, dem Beteiligten zu 1, als Miteigentümer des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes eingetragene (...) hatte seinen Söhnen, den Beteiligten zu 2 und 4, am 24.10.2011 eine notariell beglaubigte Vollmacht erteilt, welche – ausdrücklich mit Wirkung über den Tod hinaus – auch die Vermögenssorge umfasste.

2 Am 9.5.2018 schlossen die Beteiligten einen notariell beurkundeten Auseinandersetzungsvertrag, in dem sich die Erben nach (...), vertreten durch die Beteiligten zu 2 und 4, und der Beteiligte zu 1 verpflichteten, ihre Miteigentumsanteile an die Beteiligten 2 und 3 zu jeweils hälftigem Miteigentum zu übertragen. Darüber hinaus wurden die Erwerber bevollmächtigt, zum Zwecke der Finanzierung des Kaufpreises zulasten des Vertragsgegenstands Grundpfandrechte in beliebiger Höhe zu bestellen, die Erwerber erteilten sich gegenseitig entsprechende Vollmacht. In dem Auseinandersetzungsvertrag hatten die Beteiligten zu 2 und 4 erklärt, jeweils zur Hälfte Erben des ... geworden zu sein.

3 Auf Grundlage der im Auseinandersetzungsvertrag vom 9.5.2018 erteilten Belastungsvollmachten bestellte der Beteiligte zu 2 am 18.6.2018 zugunsten der (...) eine Grundschuld über einen Betrag von 520.000 € nebst Zwangsvollstreckungsunterwerfung und bewilligte und beantragte deren Eintragung im Grundbuch. Der gemäß § 15 GBO vertretungsbefugte Notar hat diesen Antrag bei dem Grundbuchamt eingereicht.

4 Mit Zwischenverfügung vom 30.7.2018 hat das Grundbuchamt beanstandet, dass zur Eintragung der Grundschuld die Voreintragung der Erben erforderlich sei, wofür ein Antrag der Erben auf Grundbuchberichtigung und ein entsprechender Erbnachweis benötigt werde (...). Zur Begründung hat die Rechtspflegerin ausgeführt, die Voreintragung sei nach § 39 GBO erforderlich, die Voraussetzungen der Ausnahmevorschrift des § 40 GBO seien nicht gegeben, da es nicht um die Übertragung oder Aufhebung eines Rechts sondern um die Eintragung einer Belastung gehe.

5 Gegen diese Entscheidung hat der vertretungsbefugte Notar namens der Beteiligten zu 1 bis 3 Beschwerde eingelegt, der das Grundbuchamt (...) nicht abgeholfen hat.

AUS DEN GRÜNDEN:

6 II. Die nach §§ 71 ff. GBO zulässige Beschwerde der Beteiligten zu 1 bis 3 hat auch in der Sache Erfolg.

7 Die von dem Grundbuchamt in der angegriffenen Entscheidung aufgezeigten Eintragungshindernisse liegen nicht vor.

8 Zu Recht lässt die Rechtspflegerin zunächst die begehrte Eintragung der Grundschuld nicht am Nachweis der Vollmacht scheitern. Ist der Bevollmächtigte im Besitz der Vollmachtsurkunde – wie vorliegend –, hat das Grundbuchamt regelmäßig von deren Fortbestand auszugehen (OLG Schleswig, Beschluss vom 15.7.2014, 2 W 48/14; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29.8.1991, 11 W 32/91; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 19 Rdnr. 80). Der der transmortalen Vollmacht innewohnende Rechtsschein wurde vorliegend nicht dadurch zerstört, dass die transmortal bevollmächtigten Beteiligten zu 2 und 4 erklärten, jeweils zur Hälfte gesetzliche Erben des im Grundbuch als Eigentümer eingetragenen (...) geworden zu sein (abweichend allerdings für den hier so nicht gegebenen Fall, dass der transmortal Bevollmächtigte bei Abgabe der notariellen Erklärung ausdrücklich auch als Alleinerbe handelte: OLG München, Beschluss vom 31.8.2016, 34 Wx 273/16). Dabei kann dahinstehen, ob der streitigen Rechtsauffassung, die trans- oder postmortale Vollmacht erlösche durch „Konfusion“, wenn der Bevollmächtigte Alleinerbe des Vollmachtgebers wird, weil rechtsgeschäftliche Stellvertretung eine Personenverschiedenheit zwischen Vertreter und Vertretenem voraussetze (so OLG Hamm, Beschluss vom 10.1.2013, 15 W 79/12; kritisch mit beachtlichen Argumenten: *jurisPK-BGB/Weinland*, 8. Aufl. 2017, § 168 Rdnr. 13 m. w. N.) zu folgen ist. Unabhängig vom materiellen Erlöschen der Vollmacht ist nämlich das Außenverhältnis zum Geschäftsgegner, der durch §§ 170 bis 173 BGB geschützt ist, weshalb das Erlöschen der Vollmacht nicht gleichbedeutend mit ihrer Wirkungslosigkeit ist (*Reimann*, ZEV 2016, 659). Wurde eine Vollmacht wirksam erteilt, wird das Vertrauen auf ihren Fortbestand geschützt, solange dem Geschäftsgegner das Erlöschen nicht angezeigt wurde oder er dieses kennt oder fahrlässig nicht kennt. Auch wenn die Vollmacht also durch Konfusion erloschen sein sollte, besteht dennoch ihre Legitimationswirkung im Außenverhältnis grundsätzlich fort, was auch von dem Grundbuchamt zu beachten ist (a. a. O.; *Weidlich*, ZEV 2016, 57, 63). Dies gilt zumindest solange sich der Bevollmächtigte nicht als (Allein-)Erbe mit den in § 35 GBO aufgezeigten Nachweisen legitimiert.

9 Der von der Rechtspflegerin indes für erforderlich gehaltenen Voreintragung der Erben bedarf es nicht.

10 Nach § 40 Abs. 1 GBO ist – abweichend von dem in § 39 GBO geregelten Grundsatz – die Voreintragung des Erben des eingetragenen Berechtigten als Betroffener nicht erforderlich, wenn die Übertragung oder die Aufhebung des Rechts eingetragen werden soll (§ 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO) oder wenn aufgrund Bewilligung des Erblassers oder eines Nachlasspflegers eine Eintragung vorzunehmen ist (§ 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO). Gleiches gilt nach § 40 Abs. 2 GBO, wenn die Eintragung von einem Testamentsvollstrecker bewilligt wurde. Mit dieser Regelung soll in Fällen, in denen der Erbe das eingetragene Recht nicht behalten, sondern veräußern oder aufgeben will, oder in Fällen, in denen der Erbe Erklärungen des Erblassers, des Nachlasspflegers oder des Testamentsvollstreckers gegen sich gelten lassen muss, das Grundbuchverfahren erleichtert und vermieden werden, dass dem Erben, wenn seine Eintragung durch Interessen Dritter nicht geboten ist, unnötige

Kosten entstehen (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 142).

11 Nach ganz überwiegender Meinung ist im Falle der Veräußerung eines vererbten Grundstücks zur Eintragung einer Auflassungsvormerkung für den Erwerber die Voreintragung der Erben nicht erforderlich (KG, Beschluss vom 2.8.2011, 1 W 243/11; Schöner/Stöber, a. a. O.; Bauer/Schaub/Bauer, GBO, 4. Aufl. § 40 Rdnr. 17; Demharter, GBO, 31. Aufl., § 40 Rdnr. 17; Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl., § 40 Rdnr. 26; Kroiß/Horn/Solomon, Nachfolgerecht, GBO § 40 Rdnr. 10, beck-online). Dies wird damit gerechtfertigt, dass die Auflassungsvormerkung allein dem Zweck diene, die endgültige Übertragung vorzubereiten und zu sichern, und in ihrem rechtlichen Bestand von dem Bestand des gesicherten Übertragungsanspruchs abhängig sei.

12 In Rechtsprechung und Literatur umstritten ist indes die Frage, ob es in dieser Fallkonstellation einer Voreintragung der Erben auch dann nicht bedarf, wenn ein ererbtes Grundstück mit einer für Rechnung des Erwerbers einzutragenden Finanzierungsgrundschuld belastet werden soll.

13 Überwiegend wurde dies in der Vergangenheit abgelehnt (KG, a. a. O.; Schöner/Stöber, a. a. O.; Demharter, a. a. O.; Bauer, a. a. O., Rdnr. 19; BeckOK-GBO/Zeiser, § 40 Rdnr. 20; Bestelmeyer, FGPrax 2018, 107; Kroiß/Horn/Solomon, a. a. O., Rdnr. 11). Ein Verzicht auf die Voreintragung sei bei einer solchen Verfügung grundsätzlich von dem Zweck des § 40 Abs. 1 GBO nicht gedeckt. Die als Ausnahmeregelung eng auszulegende Vorschrift solle dem Berechtigten seine Voreintragung nur deshalb ersparen, weil er sogleich wieder aufhören würde, Berechtigter zu sein. Die Belastung eines Grundstücks führe jedoch auch dann nicht zu einer Übertragung und damit zu einem vollständigen Ausscheiden des Berechtigten, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit einer beabsichtigten Übertragung, wie etwa zur Kaufpreisfinanzierung erfolge. Die Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO sei zwar möglich, wenn der nicht eingetragene Erbe mit der Übertragung des Rechts eine Belastung oder Inhaltsänderung verbunden hat und sofort mit der Belastung aus dem Grundbuch verschwinden würde (Schöner/Stöber, a. a. O., Fn. 27). Im Falle der Belastung mit einer Finanzierungsgrundschuld sei eine analoge Anwendung der Vorschrift aber nicht gerechtfertigt. Weder würde der Berechtigte im Falle seiner Voreintragung bereits mit der Belastung wieder aus dem Grundstück verschwinden noch beschränke sich die Eintragung auf ein Recht, das nur der Durchsetzung des Übertragungsanspruchs diene und bei einem Scheitern der Übertragung als unrichtig zu löschen wäre. Vielmehr bestehe die Gefahr, dass dauerhaft eine Belastung eingetragen bleibe, ohne dass die Berechtigung des Bewilligenden aus dem Grundbuch nachvollzogen werden könne (so KG, a. a. O.). Die Bestellung einer Grundschuld sei nicht bloßes Anhängsel der Auflassungsvormerkung, die für die Vormerkung bestehende Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz könne daher nicht auf die Finanzierungsgrundschuld erweitert werden, die Installierung etwaiger weiterer Ausnahmen sei nicht die Aufgabe der Gerichte, sondern ausschließlich Sache des Gesetzgebers (so Bestelmeyer, a. a. O.).

14 Eine neuere, im Vordringen befindliche Auffassung will auf das Erfordernis einer Voreintragung über den Wortlaut des

§ 40 Abs. 1 GBO hinausgehend auch bei der Belastung des vererbten Grundstücks mit einer Finanzierungsgrundschuld verzichten, weil andernfalls das Ziel der Regelung, dem Erwerber die unter Umständen kostenpflichtige (GNotKG KV Nr. 14110 Abs. 1 Satz 1) und zeitaufwendige Berichtigung des Grundbuchs in Fällen häufig vorkommender Fremdfinanzierung zu ersparen, ohne sich notariell beratener Ausweichstrategien – Abwicklung des Übertragungsgeschäfts über ein Notaranderkonto, Verpfändung des Übereignungsanspruchs an die finanzierende Bank oder gar Verschweigen des Ablebens des Erblassers gegenüber dem Grundbuchamt (zu den Gestaltungsmöglichkeiten: Wendt, ErbR 2018, 137 zu II. 2.; Becker, ZNotP 2018, 225, C) – bedienen zu müssen, nicht erreicht werden könne (OLG Frankfurt, Beschluss vom 27.6.2017, 20 W 179/17; OLG Köln, Beschluss vom 16.3.2018, I-2 Wx 123/18; Böttcher, a. a. O., Rdnr. 28; Ott, notar 2018, 189; Wendt, a. a. O. zu IV.; Becker, a. a. O.). Teilweise wird dies damit begründet, dass das Handeln des transmortale Bevollmächtigten rechtskonstruktiv vergleichbar sei mit dem Handeln des Nachlasspflegers, weshalb § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO entsprechend anzuwenden sei. Teilweise wird argumentiert, die Finanzierungsgrundschuld könne nicht anders als die Auflassungsvormerkung behandelt werden. Diese sei für das Grundbuchamt auch ohne Weiteres identifizierbar, da sie entweder bei Abschluss des Erwerbsvorgangs von den Erben oder dem Erblasserbevollmächtigten und dem Käufer gemeinsam mit oder binnen kurzer Zeit nach Abschluss des Kaufvertrags vom Käufer aufgrund einer im Kaufvertrag erteilten Finanzierungsvollmacht bestellt werde (so Böttcher, a. a. O.).

15 Der Senat schließt sich der letztgenannten neueren Auffassung an (so auch bereits im Senatsbeschluss vom 17.10.2018, 8 W 311/18). Allerdings ist der Einwand, die Belastung des ererbten Grundstücks mit einer Finanzierungsgrundschuld könne im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Ausnahmeregelung des § 40 Abs. 1 GBO nicht mit einer Auflassungsvormerkung, für welche die analoge Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO allgemein anerkannt ist, gleichgesetzt werden, berechtigt. Da die Auflassungsvormerkung in ihrem rechtlichen Bestand von dem Bestand des gesicherten Übertragungsanspruchs abhängig ist, kann sie dem Anwendungsbereich des § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO zugeordnet werden, was für die von dem Übertragungsgeschäft rechtlich unabhängige Finanzierungsgrundschuld nicht gilt (vgl. Ott, a. a. O.). Für überzeugend hält der Senat jedoch eine entsprechende Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO, weil das Handeln des transmortale Bevollmächtigten mit dem Handeln des Nachlasspflegers rechtskonstruktiv vergleichbar ist. Wie der Nachlasspfleger soll der transmortale Bevollmächtigte die Erben – gerade auch im Grundbuchverkehr – vertreten und dabei in der Übergangszeit bis zur – unter Umständen zeitaufwendigen – Feststellung der Erben die Erbschaft sichern und berechnete Ansprüche von Gläubigern befriedigen. Zweck des § 40 GBO ist es neben der Erleichterung des Grundbuchverkehrs und der Kostenvermeidung ebenso, Eintragungen, die gegen den Erben wirksam vorgenommen werden können, auch dann zu ermöglichen, wenn der Nachweis der Erbfolge schwer zu führen ist (Demharter, GBO, § 40 Rdnr. 1). Auch die Bevollmächtigung einer Vertrauensperson über den Tod hinaus erfolgt, um gegen

die Erben wirksame Eintragungen unabhängig von der Erbenfeststellung zügig und möglichst kostensparend durchführen zu können. Die Stellung des Nachlasspflegers als gesetzlicher Vertreter und die für den Nachlasspfleger gegebene Genehmigungsbedürftigkeit verschiedener Verfügungen (siehe hierzu MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 1960 Rdnr. 64), die für den Bevollmächtigten nicht gilt, rechtfertigen es nicht, von der analogen Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO abzusehen.

16 Entgegen der von der Rechtspflegerin des Grundbuchamtes in der Nichtabhilfeentscheidung vertretenen Auffassung lässt sich auch nicht feststellen, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO bewusst nicht auf den Fall der Eintragungsbewilligung eines trans- oder postmortal Bevollmächtigten ausdehnen wollte. In der Entwurfsbegründung wird hierzu ausgeführt (Hahn/Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 5 Materialien zum Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung und zur Grundbuchordnung, S. 164 f.):

„(...) Auch dann sieht der Entwurf von der vorgängigen Eintragung des Erben ab, wenn der Eintragungsantrag durch die Bewilligung des eingetragenen Erblassers oder eines Nachlasspflegers oder durch einen gegen den Erblasser oder den Nachlasspfleger vollstreckbaren Titel begründet wird. Diese Abweichung von der Regel des § 38 Abs. 1 [jetzt § 39 Abs. 1 GBO] erleichtert in den Fällen, in denen aus irgend einem Grunde die Person des Erben noch nicht feststeht, die Lage desjenigen, welcher zu einer Eintragung berechtigt ist. Andererseits erscheint die Ausnahme unbedenklich, weil jedenfalls der Erbe die Erklärung des Erblassers oder des Nachlasspflegers sowie den gegen den Erblasser oder den Nachlasspfleger vollstreckbaren Titel gegen sich gelten lassen muss (...)“

17 Diese Begründung spricht nicht gegen sondern für die analoge Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO auf die Fälle der Eintragungsbewilligung durch einen trans- oder postmortal Bevollmächtigten.

18 Der weiter gegen die hier vertretene Rechtsauffassung erhobene Einwand, die Kompetenz des transmortal Bevollmächtigten könne nicht weiter gehen als die der Erben, die einer Voreintragung nach § 39 GBO bedürfen, wenn man von der analogen Anwendung des § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO absehe (*Cramer*, ZfIR 2017, 834), überzeugt nicht. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass der trans- oder postmortal Bevollmächtigte vom Erblasser unter Ausnutzung seiner über den Tod hinauswirkenden privatrechtlichen Gestaltungsfreiheit mit einer weitergehenden, bloße Erbenbefugnisse überschneidenden Rechtsmacht ausgestattet ist, die es ihm ermöglicht, gegenüber dem Grundbuchamt als Bevollmächtigter für den Nachlass der noch unbekannteren Erben aufzutreten (*Wendt*, ErbR 2017, 19 IV. 1. und 2.; ErbR 2016, 74 III. 1.). Aus § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO ergibt sich, dass – im Hinblick auf den Grundbuchverkehr – auch dem Nachlasspfleger insoweit weitergehende Kompetenzen zustehen als den Erben.

19 Im Hinblick auf den Erfolg der Beschwerde ist weder eine Entscheidung bezüglich der Gerichtskosten und der Wertfestsetzung noch zur Zulassung einer Rechtsbeschwerde veranlasst.

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Peter Becker**, Schwäbisch Gmünd

Die Rechtsprechung des OLG Stuttgarts zur Geltung des Voreintragungsgrundsatzes (§ 39 Abs. 1 GBO) beim Handeln eines transmortal Bevollmächtigten beginnt – soweit ersichtlich – im Jahre 2011.¹ In diesem Beschluss wird noch die anfängliche Skepsis des 8. Senat gegenüber Rechtsgeschäften von transmortal Bevollmächtigten deutlich. Der Nachweis der Erbfolge durch einen Erbschein (§ 35 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 GBO) sei demnach auch beim Handeln eines transmortal Bevollmächtigten erforderlich, um den Grundbuchamt als Ausfluss des Legalitätsprinzips einerseits die Prüfung des Fortbestands der Vollmacht² und eines etwaigen Vollmachtsmissbrauchs im Innenverhältnis zu ermöglichen. Am 17.10.2018³ hat das OLG Stuttgart sodann – im Anschluss an eine mittlerweile im Vordringen befindliche Meinung in Rechtsprechung und Literatur⁴ – entschieden, dass die Eintragung einer von einem transmortal Bevollmächtigten nach dem Ableben des Vollmachtgebers ohne Namhaftmachung der Erben bewilligten Finanzierungsgrundschuld nicht die Voreintragung der Erben voraussetze. In Bestätigung dieser Rechtsprechung hat das OLG Stuttgart nunmehr seine Argumentation um ein historisches Argument ausgebaut und zugleich zur Konfusionsproblematik beim Handeln von offen als Miterben auftretenden transmortal Bevollmächtigten Stellung genommen.

Die Argumente des OLG Stuttgarts zur Auslegung und Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Die Finanzierungsgrundschuld sei nicht mit der Erwerbsvormerkung, für welche § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO gelte, gleichzusetzen. Dies folge vor allem aus der Rechtsnatur der Vormerkung als im Verhältnis zum Anspruch auf Eigentumsübertragung akzessorischem Sicherungsmittel, während die Grundschuld abstrakt sei. Jedoch sei die Vorschrift des § 40 Abs. 1 Alt. 2 GBO entsprechend anwendbar. Dies folge aus der rechtskonstruktiven Vergleichbarkeit des Handelns eines Nachlasspflegers und eines transmortal Bevollmächtigten. Zweck des § 40 GBO sei es neben der Erleichterung des Grundbuchverkehrs und der Kostenvermeidung auch, Eintragungen, die gegen den Erben wirksam vorgenommen werden könnten, selbst dann zu ermöglichen, wenn der Erbnachweis schwer zu führen sei. Die transmortale Vollmacht verfolge, wie die Nachlasspflegschaft, auch dieses Ziel. Die Unterschiede in der Art der Vertretung (gesetzliche vs. gewillkürte Stellvertretung) und der Genehmigungsbedürftigkeit

1 Vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 25.11.2011, 8 W 427/11, DNotZ 2012, 371 = BeckRS 2011, 27594 (Nachweis der Erbfolge trotz transmortaler Vollmacht bei Erbteilsübertragung).

2 Offen bleibt, ob der Senat hierbei bereits die Konfusionsproblematik im Blick hatte.

3 Hierzu: *Becker*, MittBayNot 2019, 315. Die Entscheidung ist weiterhin zu finden unter BeckRS 2018, 27397 = BWNotZ 2018, 145.

4 Knapper Überblick, z. B. bei BeckOK-GBO/*Zeiser*, Stand: 1.12.2018, § 40 Rdnr. 20 a. E. Ausführliche Literatur- und Rechtsprechungsnachweise gibt das OLG Stuttgart selbst unter Rdnr. 14 seines Beschlusses.

bestimmten Handelns (vgl. § 1915 i. V. m. §§ 1812, 1821 f. BGB) des Nachlasspflegers treten dahinter zurück. Auch liege kein Fall bewussten Schweigens des Gesetzgebers vor. Vielmehr spreche die Entwurfsbegründung des Gesetzes für eine Analogie. Dort sei ausdrücklich davon die Rede, dass

„(...) die Ausnahme⁵ unbedenklich [sei], weil jedenfalls der Erbe die Erklärung des Erblassers oder des Nachlasspflegers sowie den gegen den Erblasser oder den Nachlasspfleger vollstreckbaren Titel gegen sich gelten lassen muss (...)“.

Schließlich gehe der Einwand fehl, dass die Kompetenz des transmortal Bevollmächtigten nicht weiter gehen könne, als die der Erben, in deren Fall, eine Voreintragung nach § 39 GBO erforderlich sei. Denn der Erblasser habe mit der Vollmacht von seiner über den Tod hinausgehenden Gestaltungsfreiheit Gebrauch gemacht und den Bevollmächtigten mit weitergehenden Befugnissen als die Erben ausgestattet.

So überzeugend und ansprechend der Vergleich zwischen Nachlasspfleger und transmortal Bevollmächtigten auch erscheint, bleibt bei der Anwendung des § 40 GBO stets zu beachten, dass die Norm die Voreintragung nur entbehrlich macht, nicht aber unzulässig. Eine Zwischeneintragung kann durch das Grundbuchamt nicht beanstandet werden. Bereits bislang wird insoweit in der Kommentarliteratur die Zwischeneintragung zur Ermöglichung eines gutgläubigen Erwerbs bei Erbnachweis aufgrund notariellen Testaments oder Erbvertrages empfohlen.⁶ Auch beim Handeln eines transmortal Bevollmächtigten sollte die Zwischeneintragung erwogen werden, wenn die Erben völlig unbekannt sind und damit insbesondere das Risiko der Insolvenz eines Miterben (§ 117 InsO) nicht ausgeschlossen werden kann. Im Falle unterbleibender Zwischeneintragung sollte durch einen Belehrungsvermerk Risikotransparenz vor allem für den Erwerber geschaffen werden.⁷

„Neu“ ist an der Entscheidung des OLG Stuttgarts dessen Stellungnahme zur Konfusionsproblematik. Hierzu hatten bereits andere OLG, vor allem das OLG München, Stellung genommen.⁸ Das OLG Stuttgart sieht vorliegend die Legitimationswirkung der transmortalen Vollmacht durch die Offenlegung der Position als Miterben nicht als zerstört an. Zur Alleinerbfolge bezieht es ausdrücklich aber keine (eindeutige) Position. Es sei zwischen dem materiellen Erlöschen der Vollmacht durch Konfusion und der Fortwirkung der Vollmacht im Außenverhältnis (§§ 170 ff. BGB) und als Legitimationstatbestand im Grundbuchverfahren zu unterscheiden. Letztere Wirkungen der Vollmacht habe das Grundbuchamt jedenfalls so lange zu beachten, als sich der

Bevollmächtigte „nicht als (Allein-)Erbe mit den Nachweisen gemäß § 35 GBO legitimiere“.

Das OLG Stuttgart vertritt auch insoweit eine praxisfreundliche Rechtsposition. Es ist richtig, mit *Reimann*⁹ und *Weidlich*¹⁰ – zuvor bereits *Amann*¹¹ – bei (vorgetragener) Miterbenstellung von der Fortwirkung der Vollmacht im Grundbuchverfahren auszugehen. Jede der Vollmachten war hierbei für einen der beiden Miterben erteilt, sodass damit beide Miterben jeweils zur Vertretung des anderen berechtigt waren. Die Konfusionsproblematik stellte sich damit gar nicht in aller Härte. Fraglich bleibt jedoch, wie der Fall der transmortalen Vollmacht an den Alleinerben zu behandeln ist. Das OLG Stuttgart hatte hierzu Ende der 1940er Jahre noch vertreten, dass der Alleinerbe sich nicht selbst vertreten könne und es damit (materiellrechtlich) zur Konfusion komme.¹² Diese Ansicht hat der 8. Senat aktuell nicht mehr wiederholt, vielmehr verfahrensrechtlich darauf abgestellt, ob sich der Bevollmächtigte als Alleinerbe „(...) mit den Nachweisen gemäß § 35 GBO legitimiere (...)“. *Herrler* spricht hier – in Anlehnung an das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis – treffend vom „Sowieso-Berechtigten.“¹³ Dieser Gedanke könnte grundbuchverfahrensrechtlich – vor allem für den Geltungsbereich des materiellen Konsensprinzips nach § 20 GBO – wie folgt fruchtbar gemacht werden:

Das Grundbuchamt darf den offen als Alleinerben auftretenden transmortal Bevollmächtigten so lange nur als Bevollmächtigten ansehen, wie er seine Erbenstellung nicht auch selbst nachweist und damit seinen Legitimationsgrund ändert, etwa um eine Zwischeneintragung als Erbe zu erreichen, welche ihm aufgrund der Vollmacht nicht möglich wäre. Die bloße Behauptung der Alleinerbenstellung sollte – so deute ich das OLG Stuttgart – so lange unschädlich bleiben, wie ein Erbnachweis in der Form des § 35 GBO nicht geführt wurde. Die nicht nachgewiesene Alleinerbenstellung berechtigt das Grundbuchamt daher nicht, einen Erbnachweis zu verlangen, da selbst bei Richtigkeit dieser Behauptung der Berechtigte zur Erklärung der Auflassung und Bewilligung der Eigentumsänderung berechtigt wäre. Die Auflösung der Konkurrenz der Legitimationsgründe bleibt dem Antragsteller überlassen, indem er etwa ausdrücklich erklärt, zunächst nur als transmortal Bevollmächtigter und nur hilfsweise als Alleinerbe – vorbehaltlich entsprechender Nachweise – zu handeln.¹⁴ Fehlt eine ausdrückliche Erklärung zum Rangverhältnis der vorgetragenen Berechtigung, kann seine Erklärung meines Erachtens – auch unter Beachtung der Besonderheiten der Ausle-

5 Gemeint ist § 40 Abs. 1 GBO n. F.

6 BeckOK-GBO/Zeiser, § 40 Rdnr. 41 m. w. N.

7 Vgl. *Becker*, MittBayNot 2019, 315, 319.

8 Z.B. OLG München, Beschluss vom 4.8.2016, 34 Wx 110/16, MittBayNot 2017, 138; Beschluss vom 31.8.2016, 34 Wx 273/16, MittBayNot 2017, 140; Beschluss vom 4.1.2017, 34 Wx 382 und 383/16, MittBayNot 2017, 142. Hierzu mit Gestaltungsempfehlungen: *Herrler*, DNotZ 2017, 508, 533. Weiterhin: OLG Hamm, Beschluss vom 10.1.2013, I-15 W 79/12, MittBayNot 2013, 395 und OLG Schleswig, Urteil vom 15.7.2014, 2 W 48/14, MittBayNot 2015, 132.

9 OLG München, Beschluss vom 31.8.2016, 34 Wx 273/16, ZEV 2016, 659 m. Anm. *Reimann*.

10 *Weidlich*, ZEV 2016, 57, 63.

11 *Amann*, MittBayNot 2013, 367, 370 f.

12 OLG Stuttgart, Urteil vom 12.5.1948, 1 RS 49/48, NJW 1947/1948, 627.

13 *Herrler*, DNotZ 2017, 508, 530.

14 So wohl auch *Herrler*, DNotZ 2017, 508, 533.

gung im Grundbuchverfahren¹⁵ – so (als nächst liegende und vollzugsfreundliche Deutung) verstanden werden.

Formulierungsbeispiel (gestufte Legitimationsgründe):

Der Erschienene zu Ziff. (...) handelt hier

1. nicht im eigenen Namen,¹⁶ sondern im fremden Namen aufgrund notariell beurkundeter/beglaubigter General- und Vorsorgevollmacht des Notars (...), UR (...)/(...), vom (...) für den bzw. die Erben des/der am (...) verstorbene(n) Erblassers/In, Herrn/Frau

(...), geb. (...), geb. am (...), zuletzt wohnhaft: (...).

Ein Vollmachtswiderruf ist nach den gemachten Angaben nicht erfolgt. Nachlassverwaltung oder ein Nachlassinsolvenzverfahren wurden nicht angeordnet. Zustimmungserfordernisse zugunsten eines etwaigen Testamentsvollstreckers wurden nicht begründet.¹⁷

2. nur hilfsweise (z. B. für den Fall, dass die Legitimationswirkung der Vollmacht nicht anerkannt wird oder eine Voreintragung des bzw. der Erben beantragt wird), im eigenen Namen als Alleinerbe des/der am (...) verstorbene(n) Erblassers/In, Herrn/Frau

(...), geb. (...), geb. am (...), zuletzt wohnhaft: (...).

Der Nachweis der Erbfolge bleibt jedoch vorbehalten.

15 *Reuber*, BWNotZ 2018, 2: Bei der Auslegung ist auf den Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als *nächst liegende* Bedeutung ergibt. Nächst liegend ist hier davon auszugehen, dass der Antragsteller seinen eigenen Vortrag nicht durch den Vortrag der Alleinerbfolge widersprechen möchte (Stichwort: Konfusion), sondern einen weiteren nachrangigen Berechtigungsgrund nennen will.

16 Bei Miterbenstellung könnte hier stets auch im eigenen Namen gehandelt werden, um auch eine Verpflichtung des Miterben mit seinem Eigenvermögen zu erreichen. Zur Eigenhaftung des Vertreters im Übrigen z. B. MünchKomm-BGB/Schubert, 8. Aufl. 2018, § 164 Rdnr. 241 ff. m. w. N.

17 Hierzu: *Becker*, ZEV 2018, 692.

12. Grundbuchverfahren bei Übertragung von Teileigentum und von Anteilen an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts

OLG München, Beschluss vom 3.8.2018, 34 Wx 196/18

BGB §§ 2038, 2039, 2040

GBO §§ 19, 20, 22, 29, 47 Abs. 2

LEITSÄTZE:

1. **Erklärt ein Miterbe für sich und für die übrigen Mitglieder der Erbengemeinschaft die Auflassung eines in den Nachlass fallenden Grundbesitzes, so ist im Grundbucheintragungsverfahren der Nachweis dafür, dass die Verfügung eine Maßnahme ordnungsgemäßer Mehrheitsverwaltung oder eine Maßnahme der Notverwaltung darstellt, mit öffentlichen Urkun-**

den nachzuweisen, wenn die zur Eintragung erforderlichen Erklärungen der im Grundbuch als Mitglieder der Erbengemeinschaft eingetragenen Personen nicht in grundbuchmäßiger Form beigebracht werden.

2. **Ein Anlass für Beweiserleichterungen besteht mangels Rechtsschutzlücke nicht.**

SACHVERHALT:

1 I. Der gegenständliche Eintragungsantrag betrifft vier Teileigentumsgrundbücher.

2 Als Eigentümer von Miteigentumsanteilen am Grundstück (700/100.000stel und 1.487/100.000stel), verbunden jeweils mit näher bezeichnetem Sondereigentum an Räumen, sind seit 25.2.2011 aufgrund Auflassung vom 3.8.2001 und Erbscheins vom 14.7.2009 die fünf Enkelkinder des Erblassers, darunter der Beteiligte zu 1, in Erbengemeinschaft eingetragen.

3 In zwei weiteren vom Eintragungsantrag betroffenen Teileigentumsgrundbüchern sind als Eigentümer von Miteigentumsanteilen (12.433/100.000stel und 1.949/100.000stel), verbunden jeweils mit Sondereigentum an Räumen, mehr als einhundert Personen – teils untereinander erbengemeinschaftlich verbunden – mit dem Zusatz „- als Gesellschafter bürgerlichen Rechts -“ eingetragen. Auf der Grundlage des Erbscheins vom 14.7.2009 wurden am 20.8.2009 anstelle des Erblassers wiederum dessen fünf Enkelkinder in Erbengemeinschaft und mit dem Zusatz „als Gesellschafter nach dem bürgerlichen Recht“ eingetragen.

4 Auf Ersuchen des Beteiligten zu 1 und dessen Mutter, der Beteiligten zu 2, beurkundete der verfahrensbevollmächtigte Notar am 2.2.2018 deren als „Übergabevertrag von Teileigentümern verbunden mit Sondereigentum“ bezeichnete Vereinbarung. Darin erklärte der Beteiligte zu 1, in eigenem Namen, aber mit Wirkung für und gegen alle Miterben zu handeln und somit den Nachlass zu verpflichten. Bei der Verfügung über die nach Teilauseinandersetzung verbliebenen Nachlassgegenstände übe er sein Gestaltungsrecht als Notverwaltungsmaßnahme und in Vollziehung von Mehrheitsbeschlüssen aus. Hierzu bezog er sich auf in Kopie vorgelegte Niederschriften über Gesellschafterversammlungen, abgehalten von einer angeblichen Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bezeichnet als „Erben nach G. R.“, wonach die Auseinandersetzung des Nachlasses sowie Mehrheitsverwaltung beschlossen und der Pflichtteilsanspruch der Beteiligten zu 2 anerkannt worden seien. Außerdem führte er aus, in der Person eines der im gemeinschaftlichen Erbschein vom 28.8.2012 bezeichneten fünf Miterben seien die in der testamentarischen Verwirkungsklausel verfügten Umstände eingetreten; wegen Wegfalls der Miterbenstellung habe jener kein Mitspracherecht mehr. Die weiteren Miterben würden die letztwillige Verfügung des Erblassers kontinuierlich missachten. Die wirtschaftliche Vernunft gebiete wegen der Höhe des Pflichtteilsanspruchs von 443.634,31 € zum Stand 31.12.2017 und der laufenden Zinslast die Übertragung der noch verbliebenen Nachlassgegenstände als Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung. Damit solle die Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit des nach mehrfachen Teilungen nur noch in geringem Umfang verbliebenen Nachlassvermögens verhindert werden. Die Übertragung erfolge in Anrechnung auf den Pflichtteilsanspruch sowie in Erfüllung zweier gegen den Beteiligten zu 1 ergangener und den Miterben als Drittschuldnern zugestellter Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse vom 12.4.2017, mit denen die Beteiligte zu 2 wegen titulierter Ansprüche von 435.982,89 € gepfändet und überwiesen erhalten hat: u.a. den Anspruch des Beteiligten zu 1 gegen die Erbengemeinschaft auf Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs der Beteiligten zu 2 sowie auf Ausgleich unter den Miterben und „die angeblichen Ansprüche des Schuldners (= Beteiligter zu 1) gegen die Miterben (...) eingetragen im (u. a. hier gegenständlichen) Grundbuch (...)“ sowie dessen Anspruch auf Auseinandersetzung des Nachlasses und Teilung der Nachlassmasse“.

5 § 1 der Urkunde bezeichnet sodann die Vertragsobjekte unter Nennung der Grundbuchstellen und Wiedergabe der Eintragungen im Bestandsverzeichnis sowie (ausschnittsweise) in den Abteilungen I bis III.

6 Nach dem Wortlaut von § 3 der Urkunde „überträgt der Übergeber (= Beteiligter zu 1) nunmehr an die annehmende Übernehmerin (= Beteiligte zu 2) die zu § 1 bezeichneten Teileigentümer zu Alleineigentum“. Die Übertragung erfolge zur Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs der Beteiligten zu 2 auf der Grundlage des gefassten Beschlusses über die Nachlassverwaltung ohne Mitwirkung der übrigen Mitglieder der Erbengemeinschaft.

7 Gemäß § 9 erklärten die Beteiligten die Auflassung dahin gehend, dass sich die Erbengemeinschaft und die Beteiligte zu 2 hinsichtlich des Übergangs des Eigentums an den in § 1 bezeichneten „Teileigentümern“ einig seien. Gleichzeitig bewilligten sie die Eintragung der Eigentumsänderung in den Grundbüchern.

8 Den am 15.3.2018 über den Notar unter Vorlage der Urkunde gestellten Antrag auf Umschreibung des Eigentums auf die Beteiligte zu 2 hat das Grundbuchamt unter Bezugnahme auf den am 19.3.2018 erteilten Hinweis mit Beschluss vom 14.5.2018 zurückgewiesen. An der Eigentumsübertragung müssten alle Miterben mitwirken, weil darin keine Notverwaltungsmaßnahme gesehen werden könne. Gegebenenfalls müsse gegen die übrigen Miterben ein Urteil im Zivilprozess erwirkt werden. Zur Grundbuchberichtigung hinsichtlich des GbR-Anteils seien die Bewilligungen aller Gesellschafter erforderlich.

9 Gegen die Zurückweisung wenden sich die Beteiligten mit der notariell eingelegten Beschwerde, der das Grundbuchamt nicht abgeholfen hat.

10 Sie machen geltend: Weil die Auseinandersetzung keiner besonderen Schriftform bedürfe, seien die Beschlüsse der Erbengemeinschaft auch im Außenverhältnis anzuerkennen. Dem Beteiligten zu 1 könne daher nicht nachträglich aufgegeben werden, die schon einmal erteilte Zustimmung ein weiteres Mal auf dem Klageweg einzuholen. Der Mehrheitsbeschluss habe zudem die Wirkung einer abschließenden inneren Willensbildung der Erbengemeinschaft, der in bindender Weise die Umsetzung des Beschlusses vorgebe. Die Übertragung halte sich im Rahmen des Beschlusses und der testamentarischen Verfügung. Ohnehin gehöre die Erfüllung der Nachlassschulden, auch des Pflichtteilsanspruchs, zur ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung. Jeder Miterbe sei hier außerdem aufgrund der von der Beteiligten zu 2 erwirkten Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse (wohl als Drittschuldner) zur Mitwirkung an der Auseinandersetzung verpflichtet. Bei einer Verweisung auf den Klageweg wäre die Handlungsfähigkeit gelähmt, was die Insolvenz des Nachlasses zur Folge hätte. Es sei widersprüchlich, wenn für die Durchführung von (Not-)Maßnahmen im Außenverhältnis doch wieder die Zustimmung der übrigen Miterben verlangt würde. Verwaltungsmaßnahmen seien daher auch Verfügungsgeschäfte. Es sei ausreichend dargelegt, dass die Maßnahme in Ausübung der Notverwaltung und in Übereinstimmung mit dem Testament sowie den gefassten Gesellschaftsbeschlüssen erfolgt sei. Das Grundbuchamt sei daher in der Lage, die Prüfung am Maßstab des § 2038 BGB auf der Grundlage der Urkunde und der vorgelegten Unterlagen (gemeinschaftlicher Erbschein vom 28.8.2012; eigenhändig errichtetes Testament des Erblassers nebst nachlassgerichtlichem Eröffnungsprotokoll; Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse nebst Zustellungsurkunden, privatschriftliche Niederschriften über die Beschlussfassungen nebst vormundschaftsgerichtlicher Genehmigungen, Bestallungsurkunde, weitere Zustellungsurkunden, teils im Original und im Übrigen in beglaubigter Abschrift) unter Hinzuziehung allgemeiner Erfahrungssätze eigenständig vorzunehmen. Außerdem sei jeder Miterbe ohne Zustimmung der übrigen Mitglieder der Erbengemeinschaft berechtigt, in aktiver Prozessstandschaft die Rechte der Erbengemeinschaft geltend zu machen.

AUS DEN GRÜNDEN:

11 II. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

12 1. Der mit der Beschwerde weiterverfolgte Eintragungsantrag ist auf zweierlei gerichtet: zum einen auf den Vollzug der Auflassung hinsichtlich zweier Teileigentumseinheiten und zum anderen auf die Berichtigung des Grundbuchs insoweit, als es um die Eintragung der Beteiligten zu 2 als Mitglied der Grundbesitz haltenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts (künftig: GbR) geht. Gegen die zurückweisende Entscheidung des Grundbuchamts ist daher die Beschwerde nach § 11 Abs. 1 RPflG, § 71 Abs. 1 GBO statthaft. Sie ist auch im Übrigen in zulässiger Weise (§ 73 GBO, § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 FamFG) eingelegt, erweist sich in der Sache aber als unbegründet.

13 2. Auf die Übertragung von Teileigentum, das heißt von Miteigentumsanteilen am Grundstück, mit denen das Sondereigentum an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen verbunden ist (§ 1 Abs. 3 WEG), findet § 20 GBO Anwendung (Bauer/Schaub/Kössinger, GBO, 4. Aufl., § 20 Rdnr. 64; Hügeler, GBO, 3. Aufl., § 20 Rdnr. 29). Nach dieser Norm setzt die Eintragung von Eigentumsübergang den Nachweis der sachlichrechtlich notwendigen Rechtsänderungserklärungen gegenüber dem Grundbuchamt voraus (Demharter, GBO, 31. Aufl., § 20 Rdnr. 1). Zwar ist es danach nicht erforderlich, dass das Grundbuchamt die materiellrechtliche Wirksamkeit der Einigung positiv feststellt. Es hat jedoch zu prüfen, ob die Auflassung vom materiell Berechtigten – regelmäßig dem eingetragenen Eigentümer, § 891 BGB – erklärt ist (Demharter, GBO, § 20 Rdnr. 38).

14 Vorliegend fehlt es am notwendigen Nachweis dafür, dass der Beteiligte zu 1 die Auflassung mit rechtlicher Wirkung für die (d. h. alle) in ihrer erbengemeinschaftlichen Verbundenheit als Teileigentümer eingetragenen Miterben erklärt hat. Die notarielle Urkunde vom 2.2.2018 und die übrigen Unterlagen erbringen nämlich nicht den im Grundbuchverfahren in der Form des § 29 GBO zu führenden Beweis dafür, dass der Beteiligte zu 1 berechtigt ist, mit Bindung für die Mitglieder der – selbst nicht teilrechtsfähigen Erbengemeinschaft (vgl. BGH, NJW 2006, 3715) – die Auflassung des Teileigentums zu erklären.

15 a) Zu Verwaltungsmaßregeln im Sinne von § 2038 BGB können grundsätzlich auch Verfügungen über einzelne Nachlassgegenstände zählen (BGHZ 164, 181, 184 f; BGH, NJW 2010, 765).

16 Gemäß § 2038 Abs. 1 Satz 1 BGB steht die Verwaltung des Nachlasses allerdings den Erben gemeinschaftlich zu.

17 Lediglich Maßnahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung können gemäß § 2038 Abs. 2 BGB i. V. m. § 745 Abs. 1 BGB mit Stimmenmehrheit beschlossen werden (BGH, NJW 2007, 150, 151). Verfügungen, mit denen ein Mehrheitsbeschluss umgesetzt wird, können im Außenverhältnis auch dann wirksam sein, wenn sie – entgegen der in § 2040 Abs. 1 BGB für Verfügungen grundsätzlich geforderten Einstimmigkeit – nicht von sämtlichen Mitgliedern der Erbengemeinschaft vorgenommen werden; in höchstrichterlicher Rechtsprechung anerkannt ist die Wirksamkeit jedenfalls dann, wenn es sich um die Kündigung eines Mietverhältnisses über eine zum Nachlass gehörende Sache oder allgemeiner um die Ausübung eines

Gestaltungsrechts im Rahmen eines bestehenden Vertragsverhältnisses (z. B. eines Darlehensvertrags) handelt (BGH, NJW 2007, 150; NJW 2010, 765, 767; ZEV 2015, 339 mit OLG Schleswig, ZEV 2015, 101, 103 ff. m. Anm. *Eberl-Borges*; OLG Nürnberg, MDR 2014, 1097, 1098; enger: Münch-Komm-BGB/*Gergen*, 7. Aufl., § 2038 Rdnr. 51-53).

18 Verfügungen über Nachlassgegenstände können als Maßnahmen ordnungsgemäßer Verwaltung allerdings nur angesehen werden, wenn sie die bis zur Nachlassteilung auf Erhalt des Bestands und auf Schutz vor Entwertung gerichteten Interessen der anderen Miterben und der Nachlassgläubiger nicht beeinträchtigen und aus objektiver Sicht vom Standpunkt eines wirtschaftlich denkenden Beurteilers nach den individuellen Gegebenheiten vernünftig erscheinen (vgl. BGHZ 164, 181, 186 f; BGH, NJW 2007, 150, 151 f; NJW 2010, 765, 768; OLG Stuttgart, ZEV 2015, 288, 289).

19 Die zur Erhaltung des Nachlasses notwendigen Maßregeln kann nach § 2038 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 BGB jeder Miterbe ohne Mitwirkung der anderen Miterben treffen.

20 b) Nicht geführt ist der Nachweis für ein Handeln des Beteiligten zu 1 im Rahmen ordnungsmäßiger Mehrheitsverwaltung (§ 2038 Abs. 2 Satz 1 BGB).

21 aa) Im Antragsverfahren hat das Grundbuchamt von sich aus keine Ermittlungsbefugnisse und keine Möglichkeiten der Beweiserhebung. Beibringungspflichtig ist der Antragsteller. Eintragungsrelevante Umstände, die nicht amtsbekannt sind, hat dieser in der strengen Form des § 29 GBO nachzuweisen. Alle zur Eintragung erforderlichen Erklärungen (Wissens- oder Willenserklärungen) sind danach durch öffentliche Urkunden (§ 415 ZPO) oder öffentlich beglaubigte Urkunden (§ 129 BGB) nachzuweisen (§ 29 Abs. 1 Satz 1 GBO). Andere Voraussetzungen der Eintragung können – von Spezialbestimmungen abgesehen – nur durch öffentliche Urkunde belegt werden (§ 29 Abs. 1 Satz 2 GBO). Gelingt dies nicht, gehen Zweifel zulasten des Antragstellers, sodass die Eintragung zu unterbleiben hat (*Bauer/Schaub/Bayer/Meier-Wehrsdorfer*, GBO, § 29 Rdnr. 4; *Hügel/Otto*, GBO, § 29 Überblick).

22 bb) Mit den vorgelegten Urkunden ist weder ein (wirksamer) Beschluss zur Mehrheitsverwaltung noch die Ordnungsgemäßheit der von den Beteiligten als Verwaltungsmaßnahme gewerteten Verfügung nachgewiesen.

23 In der notariellen Übertragungsurkunde sind zwar die Erklärungen des Beteiligten zu 1 in Bezug auf Beschlussfassung(en) und tatsächliche Umstände beurkundet sowie die von den Beteiligten vorgenommene rechtliche Bewertung wiedergegeben. Dies erbringt jedoch nicht den notwendigen Urkundsbeweis dafür, dass wirksame Beschlüsse des behaupteten Inhalts gefasst wurden, die behaupteten Umstände den Tatsachen entsprechen und ihre rechtliche Würdigung erschöpfend und zutreffend ist. Weil es sich insoweit um berichtende Erklärungen über außerhalb der Urkundsverhandlung liegende Umstände handelt, ist die notarielle Urkunde insoweit nicht als bewirkende, sondern als bezeugende Urkunde zu qualifizieren (zum Unterschied: *Bauer/Schaub/Bayer/Meier-Wehrsdorfer*, GBO, § 29 Rdnr. 73). Sie erbringt Beweis dafür, dass die in ihr genannte Person die beurkundeten Erklärungen abgegeben hat, nicht aber dafür, dass der Erklärungsinhalt mit der Wirk-

lichkeit übereinstimmt und die Tatsachen, über die berichtet wird, so vorliegen (*Bauer/Schaub/Bayer/Meier-Wehrsdorfer*, GBO, § 29 Rdnr. 76 f). Sie beweist erst recht nicht, dass die darin wiedergegebenen Rechtsmeinungen zutreffend sind. Daran ändert sich auch nichts durch die Beifügung privatschriftlicher Unterlagen über die behaupteten Gesellschafterbeschlüsse als Anlagen zur Notarurkunde.

24 Die Beschlüsse über die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung von Erklärungen des – für den Beteiligten zu 1 damals bestellten – Ergänzungspflegers belegen als bewirkende Urkunden die Tatsache der gerichtlichen Genehmigung (vgl. *Bauer/Schaub/Bayer/Meier-Wehrsdorfer*, GBO, § 29 Rdnr. 116). Soweit in ihnen auf Gesellschafterbeschlüsse unter Angabe von Beschlussgegenständen und -datum Bezug genommen ist, dient dies lediglich der Erläuterung. Die Erklärungen und Beschlussfassungen in den behaupteten Gesellschafterversammlungen sowie deren Abhaltung selbst sind damit nicht beurkundet; die Erstellung einer diesbezüglich bezeugenden Urkunde läge auch außerhalb des dem Vormundschaftsgericht zugewiesenen Geschäftskreises (*Bauer/Schaub/Bayer/Meier-Wehrsdorfer*, GBO, § 29 Rdnr. 118). Wegen des beschränkten Beweiswerts ist für die Entscheidung ohne Bedeutung, dass diese Beschlüsse (noch) nicht in Urkundsform vorgelegt sind.

25 Die privatschriftlich verfassten Niederschriften über Gesellschafterversammlungen (einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit der Bezeichnung „Erben nach G. R.“, deren Existenz rechtlichen Zweifeln begegnet) genügen nicht den Formanforderungen des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO, auch wenn sie als notariell beglaubigte Abschriften zur Urkunde genommen wurden. Schon weil ihnen der erhöhte Beweiswert notarieller Urkunden nicht innewohnt, können sie im Grundbuchverfahren den erforderlichen Nachweis für die angeblich gefassten Beschlüsse nicht erbringen. Auf den Inhalt und dessen Nachweissignung kommt es deshalb im Grundbuchverfahren nicht an.

26 Die Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse samt Zustellungsurkunden (auch an die Drittschuldner) erbringen zwar den Beleg dafür, dass die Beteiligte zu 2 aus einem notariellen Schuldanerkenntnis vom 19.1.2017 die Zwangsvollstreckung gegen den Beteiligten zu 1 wegen einer restlichen Hauptforderung von 263.616,18 € nebst Zinsen im Betrag von 172.366,71 € (insgesamt 435.982,89 €) betreibt und angebliche Ansprüche des Beteiligten zu 1 überwiesen erhalten hat. Für das Grundbuchverfahren ist hieraus jedoch nichts gewonnen. Insbesondere erbringen diese Beschlüsse nicht den Beweis dafür, dass die in ihnen bezeichneten Ansprüche des Beteiligten zu 1 gegen die übrigen Miterben bestehen (vgl. *Zöller/Herget*, ZPO, 32. Aufl., § 829 Rdnr. 4). Ob die Pfändungen die Verfügungsmacht des Beteiligten zu 1 als Miterben in Bezug auf die gegenständlichen Teileigentumseinheiten berührt, kann dahinstehen. Jedenfalls kommt ein erhebliches Eigeninteresse des Beteiligten zu 1 und damit ein in seiner Person bestehender Interessenkonflikt in Betracht, der den Ausschluss seines Stimmrechts entsprechend § 34 BGB zur Folge haben könnte (vgl. BGH, NJW 2013, 166, 167; ZEV 2015, 339 mit OLG Schleswig, ZEV 2015, 101, 103).

27 Da somit schon das Bestehen eines Mehrheitsbeschlusses nicht bewiesen ist, kann nicht festgestellt werden, dass es sich

bei der Verfügung um die dingliche Umsetzung eines solchen handele.

28 Auch sonst ist nicht nachgewiesen, dass die Übertragung eine Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung sei. Ob es sich bei dem den Gegenstand der Übertragung bildenden Vermögen tatsächlich um den letzten, noch nicht auseinandergesetzten Teil des Nachlasses handelt, kann auf der Grundlage der vorgelegten Urkunden ebenso wenig beurteilt werden wie die Frage, ob unter dieser Voraussetzung die Übertragung ordnungsgemäßer Nachlassverwaltung entspräche. Zwar trifft es zu, dass schuldrechtliche Auseinandersetzungsvereinbarungen nach materiellem Recht grundsätzlich keiner besonderen Form bedürfen, es sei denn, dass die Abreden mit Blick auf die betroffenen Nachlassgegenstände besonderen Formvorschriften unterliegen (Palandt/*Weidlich*, m. w. N.). Auch sind Abschichtungsvereinbarungen materiellrechtlich nicht formbedürftig (BGH, FamRZ 1998, 673; OLG Frankfurt, 20 W 76/15, juris Rdnr. 5). Von den grundbuchverfahrensrechtlichen Nachweiserfordernissen entbindet dies jedoch nicht. Zudem kann nur auf der Grundlage der Gesamtumstände beurteilt werden, ob die konkrete Maßnahme die Interessen der anderen Miterben beeinträchtigt, wobei nach dem in Ausfertigung vorgelegten Erbschein vermutet wird, dass sich die Erbengemeinschaft abweichend von der beurkundeten Erklärung des Beteiligten zu 1 aus fünf Personen zusammensetzt (§ 2365 BGB; vgl. auch OLG Hamm, ZEV 2014, 609, 610). Nichts anderes gilt für die Frage, ob die Übertragung aus objektiver Sicht vom Standpunkt eines wirtschaftlich denkenden Beurteilers aus vernünftig erscheint, zumal wenn bereits Teilausinandersetzungen stattgefunden oder Abschichtungsvereinbarungen getroffen worden sein sollten. Auch der Umstand, dass es um die Erfüllung einer Nachlassverbindlichkeit gehen soll und die Beteiligte zu 2 die Zwangsvollstreckung betreibt, ändert daran nichts (vgl. OLG Celle, FamRZ 2003, 1224, 1225; *Schindler*, FamRZ 2004, 139, 140 ff.). Nicht weiterführend ist schließlich das Argument, es sei der Wille des Erblassers gewesen, „dass der Nachlass nach der Bereinigung ohne Schulden auseinandergesetzt“ sei; die Übertragung diene daher der Verwirklichung der – überdies nur als handschriftlich verfasstes Testament vorliegenden – letztwilligen Verfügung. Die Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung kann das Grundbuchamt in der Regel – und auch hier – nicht nachprüfen (vgl. OLG Hamm, ZEV 2014, 419; *Münch*, FamRZ 2010, 1121, 1128; *Ann*, ZEV 2010, 39, 40; *Ruhwinkel*, MittBayNot 2016, 344).

29 cc) Über den Umstand, dass die Wirksamkeit der vom Beteiligten zu 1 erklärten Auflassung für alle Mitglieder der Erbengemeinschaft von Umständen abhängt, deren Vorliegen nicht in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO erwiesen ist, hilft auch ein Rückgriff auf allgemeine Erfahrungssätze nicht hinweg (hierzu: *Bauer/Schaub/Bayer/Meier-Wehrsdorfer*, GBO, § 29 Rdnr. 10 mit Rdnr. 176).

30 Schon nach dem eigenen Vorbringen der Beteiligten ist von einem komplexen Sachverhalt nach Teilausandersetzung des Nachlasses, durchgeführtem Rechtsstreit, notariellem Schuldanerkenntnis zugunsten der Beteiligten zu 2 auszugehen. Eine rechtliche Bewertung der Verfügung als Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung bedarf einer detaillierten Kenntnis der gesicherten Tatsachenbasis, die aber angesichts der

Beweismittelbeschränkung im Grundbuchverfahren hier nicht erreicht werden kann. Mit allgemeinen Erfahrungssätzen kann dieses Defizit nicht überbrückt werden.

31 dd) Eine Rechtsschutzlücke besteht dadurch nicht.

32 Dient die Übertragung – wie behauptet – dem Vollzug eines wirksamen Mehrheitsbeschlusses über eine Maßnahme ordnungsgemäßer Verwaltung, so können die Vollzugsvoraussetzungen geschaffen werden durch Vorlage eines Urteils in einem hierüber vor dem Zivilgericht geführten streitigen Verfahren (vgl. *Ann*, ZEV 2010, 39, 40).

33 Hinsichtlich solcher Maßnahmen, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung zudem erforderlich sind, besteht eine einklagbare (BGH, FamRZ 1965, 267; LG Gießen vom 12.12.2012, 1 S 384/11, juris; Palandt/*Edenhofer*, § 2038 Rdnr. 8; MünchKomm-BGB/*Gergen*, § 2038 Rdnr. 42) Mitwirkungspflicht jedes einzelnen Miterben (§ 2038 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BGB), deren schuldhaft Verletzung zu Schadensersatz gegenüber dem die Maßnahme fordernden Miterben verpflichtet (BGHZ 164, 181, 189 f.).

34 c) Nicht geführt ist auch der Nachweis für ein Handeln des Beteiligten zu 1 im Rahmen der Notverwaltung (§ 2038 Abs. 1 Satz 1 und 2 Hs. 2 BGB).

35 In der Übertragung des Teileigentums liegt keine zur Erhaltung der Nachlassgegenstände notwendige Verwaltungsmaßnahme im wörtlichen Sinne (hierzu: BGH, NJW-RR 1995, 705, 706).

36 Ob das Notgeschäftsführungsrecht des Miterben außer zu den im Gesetz angesprochenen Erhaltungsmaßnahmen auch zu sonstigen Abwehrmaßnahmen bei akut drohender Gefahr für die Erbengemeinschaft ermächtigt (vgl. zu § 744 Abs. 2 BGB analog bei der GbR: BGH, Urteil vom 26.6.2018, II ZR 205/16, juris), kann dahinstehen.

37 Allein auf der Basis der urkundsmäßig belegten Umstände ist eine verlässliche Einordnung als Maßnahme der Gefahrenabwehr nicht möglich. Das unter II. 2. b) Ausgeführte gilt entsprechend.

38 d) Auf die gesetzliche Ermächtigung jedes Miterben (alleine) zur Geltendmachung von Nachlassansprüchen kann sich der Beteiligte zu 1 hier ebenfalls nicht mit Erfolg berufen.

39 Gemäß § 2039 Satz 1 BGB ist jeder Miterbe befugt, ohne Mitwirkung der übrigen Miterben zum Nachlass gehörende Ansprüche in eigenem Namen für die Erbengemeinschaft – durch außergerichtliche Maßnahmen, aber auch klageweise und selbst bei fehlender Dringlichkeit – geltend zu machen. Auf diese Weise soll gewährleistet werden, dass jeder Miterbe die durch Untätigkeit einzelner Miterben drohenden Nachteile abwenden kann, ohne selbst einen unberechtigten Sondervorteil zu haben und ohne erst auf Zustimmung der Übrigen klagen zu müssen (BGHZ 167, 150 Rdnr. 8; MünchKomm-BGB/*Gergen*, § 2039 Rdnr. 1).

40 Der Anwendungsbereich der Norm ist jedoch nicht eröffnet. Mit der Erklärung der Auflassung macht der Beteiligte zu 1 keinen zum Nachlass gehörenden Anspruch geltend. Nachlassansprüche gemäß § 2039 Satz 1 BGB sind nur Ansprüche im Sinne des § 194 Abs. 1 BGB, die der Erbengemeinschaft

als solcher zustehen (BGHZ 23, 207, 212; 167, 150 Rdnr. 12 und 14). Gestaltungsrechte hingegen können von den Erben nur im Rahmen der §§ 2038, 2040 BGB ausgeübt werden (Staudinger/Löhnig, Neub. 2016, § 2039 Rdnr. 14). Die Erklärung der Auflassung geht über die Grenzen des Geltendmachens eines Anspruchs hinaus. Zudem zielt die Auflassung nach dem Vorbringen der Beteiligten auf die Erfüllung eines gegen die Erbengemeinschaft gerichteten Anspruchs, also nicht auf die Verfolgung eines erbengemeinschaftlichen Anspruchs. Nach § 2039 Satz 1 BGB kann der Beteiligte zu 1 somit befugt sein, in eigenem Namen einen materiellen Anspruch der Erbengemeinschaft auf Mitwirkung der übrigen Miterben bei der Veräußerung der Teileigentumseinheiten im Zivilprozess zu verfolgen (vgl. OLG Koblenz, ZEV 2011, 321). Eine alleinige Befugnis, die Auflassung mit rechtlich bindender Wirkung für die übrigen Miterben zu erklären, folgt daraus jedoch nicht.

41 3. Die Übertragung von Anteilen an einer Grundbesitz haltenden GbR erfolgt zwar außerhalb des Grundbuchs durch Abtretungsvereinbarung. Die Voraussetzungen für eine Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Beteiligten zu 2 als Gesellschafterin anstelle der Mitglieder der Erbengemeinschaft liegen jedoch nicht vor. Dabei kommt es nicht darauf an, dass die notariell beurkundeten Erklärungen nicht (ausdrücklich) auf Abtretung von Gesellschaftsanteilen lauten, sondern auf Übertragung der „zu § 1 bezeichneten Teileigentümer zu Alleineigentum“; denn die auf § 1 der Urkunde Bezug nehmende Übertragungserklärung dürfte sich trotz der Falschbezeichnung als „Teileigentümer“ sowie des unzutreffenden Zusatzes „zu Alleineigentum“ als Abtretung von Gesellschaftsanteilen auslegen lassen, nachdem in § 1 der Urkunde die durch die Gesellschafterstellung vermittelte Eigentümerstellung insoweit zutreffend dargestellt ist, als die jeweiligen Miterben „als Gesellschafter nach dem bürgerlichen Recht“ bezeichnet sind.

42 a) Eigentümerin der betroffenen Teileigentumseinheiten ist zwar die insoweit rechts- und grundbuchfähige, daher vom konkreten Gesellschafterbestand unabhängige Gesellschaft (vgl. BGHZ 146, 341; 179, 102). Dass gemäß dem im Zeitpunkt der Eintragung am 7.9.1984 geltenden Rechtsverständnis die Gesellschafter selbst in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als Inhaber der dinglichen Rechte am Grundstück angesehen und in Abt. I Spalte 2 eingetragen wurden mit dem Zusatz, dass ihnen das Recht als Gesellschafter des bürgerlichen Rechts zusteht, ändert daran nichts. Die gegenständliche Alteintragung weist gemäß § 47 Abs. 2 GBO i. V. m. Art. 229 § 21 EGBGB die GbR als unmittelbare Rechtsträgerin aus (BGH, NJW 2006, 3716).

43 Dennoch führt eine wirksame Übertragung von Gesellschaftsanteilen zur Unrichtigkeit des Grundbuchs. Gemäß § 47 Abs. 2 GBO i. V. m. Art. 229 § 21 EGBGB bildet die in dieser Form bestehen gebliebene Eintragung der Gesellschafter „echten“ Grundbuchinhalt mit den sich hieran anschließenden verfahrens- und materiellrechtlichen Konsequenzen. Die Eintragung begründet eine materiellrechtliche Vermutung hinsichtlich der Gesellschafterstellung, sodass an die Eintragung die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 892 ff. BGB geknüpft werden kann. Die grundbuchmäßige Behandlung von

Änderungen im Gesellschafterbestand erfolgt daher nach den maßgeblichen Bestimmungen für die Berichtigung von mit öffentlichem Glauben ausgestatteten Grundbucheinträgen.

44 b) Soll das Grundbuch berichtigt werden, so erfordert dies gemäß § 22 GBO entweder die Vorlage von Berichtigungsbewilligungen (§ 19 GBO) der Betroffenen unter schlüssiger Darlegung der bestehenden Unrichtigkeit oder – wenn Bewilligungen nicht oder nicht von allen Betroffenen beigebracht werden – den grundsätzlich lückenlosen, besonders formalisierten (§ 29 GBO) Nachweis der die Unrichtigkeit des Grundbuchs sowie die Richtigkeit der begehrten neuen Eintragung bedingenden Tatsachen. Vorliegend sind weder die Voraussetzungen der ersten noch die der zweiten Alternative erfüllt.

45 aa) Für den ersten Weg fehlt es an den erforderlichen Bewilligungen gemäß § 19 GBO.

46 (1) In formeller Hinsicht ist für die berichtigende Grundbucheintragung die Bewilligung auch derjenigen Personen erforderlich, deren Buchposition durch die Berichtigung nur möglicherweise eine Beeinträchtigung erfährt (allg. M.; BGHZ 91, 343, 346; Bauer/Schaub/Schäfer, GBO, § 22 Rdnr. 18). Das sind jedenfalls bei Eintragung eines Gesellschafterwechsels, der sich durch rechtsgeschäftliche Übertragung des Gesellschaftsanteils vollzogen hat, sämtliche Gesellschafter, wie sie im Grundbuch verlautbart sind (Senat vom 1.12.2010, 34 Wx 119/10, ZIP 2011, 466; vom 28.7.2015, 34 Wx 106/15, FGPrax 2015, 250; Demharter, GBO, § 47 Rdnr. 31).

47 (2) Die vom Beteiligten zu 1 für sich und zugleich für die übrigen Miterben erklärte Bewilligung genügt (neben der Bewilligung der Beteiligten zu 2 als Übernehmerin) schon deshalb nicht, weil nicht nachgewiesen ist, dass die Erklärung des Beteiligten zu 1 rechtliche Bindung auch für die übrigen Miterben entfaltet. Deren im Grundbuch eingetragene Rechtsposition als Mitglieder der Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird gemäß § 899a BGB vermutet. Sie sind daher auch bewilligungsberechtigt und -befugt (vgl. Bauer/Schaub/Kössinger, GBO, § 19 Rdnr. 136 und 149). Ein Handeln des Beteiligten zu 1 im Rahmen der ihm kraft Gesetzes als Mitglied der Erbengemeinschaft eingeräumten Verwaltungsbefugnisse ist nicht erwiesen. Insoweit gelten dieselben Gründe, die bereits in Bezug auf die Übertragung der Teileigentumseinheiten ausgeführt sind. Hierauf wird verwiesen.

48 (3) Obwohl die Miterben als in Erbengemeinschaft verbundene Gesellschafter eingetragen sind, ergibt sich aus dem Grundbuch, dass sie aufgrund einer hier zum Zuge gekommenen einfachen erbrechtlichen Nachfolgeklausel im Wege der Sondererbfolge unmittelbar (in Höhe ihrer jeweiligen, im Grundbuch nicht zu verlautbarenden Erbquote) an die Stelle des verstorbenen Gesellschafters getreten sind, denn eine Erbengemeinschaft kann nicht Gesellschafterin einer Personengesellschaft werden (vgl. Bauer/Schaub/Bayer/Lieder, GBO, AT J Rdnr. 38). Ob deshalb die vom Beteiligten zu 1 in eigenem Namen erklärte Berichtigungsbewilligung dahin gehend ausgelegt werden kann, dass jedenfalls hinsichtlich des ihm durch Sondererbfolge zugefallenen Anteils an der GbR eine berichtigende Eintragung zugunsten der Beteiligten zu 2 erfolgen solle, ist zweifelhaft, muss aber nicht entschieden werden. Zusätzlich zur Berichtigungsbewilligung des übertragenden

(und des übernehmenden) Gesellschafters wären nämlich auch die Bewilligungen aller übrigen mehr als 100 Mitgesellschafter vorzulegen (vgl. Senat vom 28.7.2015, 34 Wx 106/15, FGPrax 2015, 250; Bauer/Schaub/*Bayer/Lieder*, GBO, AT J Rdnr. 33; Hügel/*Reetz*, GBO, § 47 Rdnr. 100). Jedenfalls daran fehlt es hier.

49 bb) Auch die Voraussetzungen für den zweiten Weg sind nicht erfüllt.

50 (1) Die Berichtigung des Grundbuchs aufgrund Unrichtigkeitsnachweises gemäß § 22 Abs. 1 GBO setzt voraus, dass die rechtsgeschäftliche Übertragung des Gesellschaftersanteils in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen wird. Das heißt, dass nicht nur der Übertragungsvertrag selbst, sondern auch die materiellrechtlich erforderlichen Zustimmungserklärungen der übrigen Gesellschafter zum Verfügungsgeschäft (vgl. MünchKomm-BGB/*Schäfer*, § 719 Rdnr. 27; Erman/*Westermann*, BGB, 15. Aufl., § 719 Rdnr. 8) in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO (vgl. Senat vom 28.7.2015, 34 Wx 106/15, FGPrax 2015, 250) nachzuweisen sind, wenn nicht – was grundsätzlich zulässig ist (BGHZ 13, 179, 184) – die Zustimmung in genereller Form, gegebenenfalls unter Einschränkungen, schon im Gesellschaftsvertrag erteilt und dies in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO nachgewiesen wird.

51 (2) Mit den vorgelegten Urkunden ist der Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit nicht geführt. Weder ist formgerecht nachgewiesen, dass die vom Beteiligten zu 1 sinngemäß erklärte Abtretung die übrigen Miterben bindet. Zur Begründung kann wiederum auf die Ausführungen unter II. 2. Bezug genommen werden. Noch liegen Zustimmungserklärungen aller übrigen Mitgesellschafter vor. Dass sie nach dem Inhalt des Gesellschaftsvertrages im Voraus erteilt worden wären, ist ebenfalls nicht nachgewiesen. Dahinstehen kann, ob ein – wie hier – nur als Fotokopie und ohne Unterschriftenseite(n) vorliegender, privatschriftlicher Gesellschaftsvertrag überhaupt zur Nachweisführung herangezogen werden könnte (offengelassen in BGH NJW 2017, 3715 Rdnr. 22). Denn nach § 15 dieses Gesellschaftsvertrages bedarf die Abtretung von Gesellschaftersanteilen der vorherigen Zustimmung der Geschäftsbesorgerin, die nicht vorliegt. Deshalb kommt es auch in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob die Abtretung des Anteils des Beteiligten zu 1 nach dem Willen der Beteiligten nur zusammen mit der Übertragung der Anteile der übrigen Miterben oder gegebenenfalls auch isoliert erfolgen sollte. Ob ihm eine Übertragung trotz der ergangenen Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse rechtlich möglich wäre, bedarf mithin ebenfalls keiner Entscheidung.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar **Sebastian Ruhwinkel**, München

Die Entscheidung des OLG München befasst sich mit zwei Themenkreisen. Zum einen geht es um den grundbuchtauglichen Nachweis der Verfügungsbefugnis des bzw. der handelnden Miterben bei Handeln aufgrund Mehrheitsbeschlusses nach § 2038 Abs. 2, § 745 BGB (dazu Ziffer 1.). Zum anderen beschäftigt sich das OLG München mit den Voraussetzungen für eine Grundbuchberichtigung bei der Ab-

tretung von Gesellschaftersanteilen an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (dazu Ziffer 2.).

1. Verfügung durch einzelne Erben bei Maßnahmen ordnungsmäßiger Verwaltung

Grundsätzlich sind die Miterben gemeinschaftlich zur Verwaltung des Nachlasses berufen (§ 2038 Abs. 1 BGB) und zu Verfügungen über den Nachlass nur gemeinschaftlich befugt (§ 2040 Abs. 1 BGB). Da die Erzielung eines allseitigen Einvernehmens oft nicht oder nur mit Mühe erreichbar ist, können die Erben auch mit Mehrheit über Verwaltung und/oder Benutzung des Nachlasses insgesamt oder einzelner Nachlassbestandteile beschließen, wenn sich der Beschluss im Rahmen einer ordnungsmäßigen Verwaltung hält (§ 2038 Abs. 2 Satz 1, § 745 Abs. 1 BGB).

Eine solche Beschlussfassung hat nicht nur Binnenwirkung dahin gehend, dass alle Miterben an der Umsetzung der Maßnahme mitwirken müssen (§ 2038 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BGB). Sie hat auch Außenwirkung, da ein ordnungsgemäß gefasster Beschluss eine gesetzliche Vertretungsmacht der Erben begründet, diesen Beschluss umzusetzen. Das gilt nach der Rechtsprechung des BGH auch für Verfügungen, für die § 2040 Abs. 1 BGB eigentlich gemeinschaftliches Handeln aller Erben fordert.¹ Problematisch daran ist, dass die Vertretungsmacht des bzw. der handelnden Erben nur dann besteht, wenn der Beschluss ordnungsgemäß zustande gekommen ist und tatsächlich ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht.² Für Dritte, gegenüber denen ein Miterbe aufgrund dieser gesetzlichen Vertretungsmacht handelt, ist daran misslich, dass sie selbst prüfen müssen, ob ein Beschluss auch wirksam ist. Gibt also beispielsweise bei Kündigung eines Mietvertrags durch einen Erben aufgrund eines solchen Beschlusses der Mieter den Mietgegenstand zurück und stellt die Mietzahlungen ein, kann es passieren, dass er umsonst Kosten aufgewendet hat (z. B. für Räumung und Umzug) und von einem anderen Miterben (§ 2039 Abs. 1 BGB) erfolgreich auf Weiterzahlung der Miete in Anspruch genommen wird. Räumt er nicht, ist er dagegen unter Umständen einer erfolgreichen Räumungsklage ausgesetzt – wenn eben der Beschluss doch ordnungsgemäß gefasst wurde.³

Im Interesse des Verkehrsschutzes, aber auch zur Erleichterung der Umsetzbarkeit von Mehrheitsbeschlüssen der Erbengemeinschaft, sollte daher ein Beschluss zunächst als wirksam behandelt werden, wenn die Fassung eines Beschlusses über eine Maßnahme, die zumindest möglicher-

1 BGH, Urteil vom 11.11.2009, XII ZR 210/05, DNotZ 2010, 210; Urteil vom 20.10.2010, XII ZR 25/09, MittBayNot 2011, 131; Urteil vom 19.9.2012, XII ZR 151/10, NJW 2013, 166; Beschluss vom 3.12.2014, IV ZA 22/14, ZEV 2015, 33.

2 Ausdrücklich so z. B. BGH, Urteil vom 11.11.2009, XII ZR 210/05, DNotZ 2010, 210, 213.

3 Das Verkehrsschutzproblem wird in der Literatur oft auch explizit angesprochen, leider meist ohne Lösungsversuch, z. B. MünchKomm-BGB/*Gergen*, 8. Aufl. 2019, § 2040 Rdnr. 6a; *Lange*, Erbrecht, § 58 Rdnr. 75, So nun auch *Zimmer*, NotBZ 2019, 71, 73; er plädiert für eine Beweiserleichterung in Form einer tatsächlichen Vermutung, ähnlich wie der Verfasser im Folgenden.

weise die ordnungsgemäße Benutzung oder Verwaltung zum Gegenstand haben kann, nachgewiesen ist (entsprechend § 23 Abs. 4 S. 2 WEG, der eine vergleichbare Sachlage regelt). Die Vertretungsmacht besteht dann solange, bis die Unwirksamkeit des Beschlusses erfolgreich gerichtlich festgestellt ist. Nachteile für die übrigen Miterben können diese im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verhindern. Gerade wenn es um konkrete Verfügungen geht, ist dieser Weg auch gangbar und nicht unzumutbar. Eine Prüfung, ob die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen ordnungsgemäßer Verwaltung gegeben sind, würde nach dieser Lösung nicht stattfinden.⁴

Auf der Grundlage der herrschenden Meinung entscheidet dagegen das OLG München. Folgerichtig hat es die Vertretungsmacht des handelnden Miterben im entschiedenen Falls als nicht nachgewiesen angesehen. Letztlich kann die ordnungsmäßige Verwaltung oder Benutzung im Grundbuchverfahren durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nie nachgewiesen werden,⁵ legt man die Anforderungen des OLG München zugrunde. Dabei spielt es auch keine Rolle, ob die Einigung und damit die Unrichtigkeit des Grundbuchs (§ 22 Abs. 1 GBO) nachgewiesen werden oder ob die Eintragung aufgrund einer Bewilligung (§ 19 GBO) erfolgen soll, denn es geht jeweils um die Vertretung desjenigen, der sich geeinigt oder die Bewilligung abgegeben hat. An der Argumentation des Gerichts kritisieren kann man allerdings, dass auch die rechtliche Würdigung als ordnungsgemäße Verwaltung nachgewiesen sein muss – Rechtsanwendung ist schließlich die Aufgabe des Gerichts, auch (im Rahmen seiner Prüfungskompetenz) des Grundbuchamtes.

Würde man die von mir vertretene Auffassung anwenden, wäre das aus dem Verlangen des OLG München nach einem Nachweis der rechtlichen Voraussetzungen für ordnungsmäßige Benutzung und Verwaltung hervorscheinende Unbehagen, das Grundbuchverfahren mit solchen Fragen zu belasten, gemildert. Darauf würde es schlicht nicht ankommen. Ob allerdings auf Grundlage der vorgelegten Unterlagen nach der von mir vertretenen Auffassung eine Eintragung vorzunehmen wäre, scheint zweifelhaft, denn es wird aus dem Tatbestand nicht ganz klar, wer mit welcher Mehrheit einen Beschluss gefasst hat. Die Beschlüsse der Miterben werden nicht in Versammlungen gefasst. Vielmehr ist jedem Miterben Gelegenheit zur Teilnahme am Beschluss zu geben und ist jeder Miterbe zur Teilnahme an der Beschlussfassung verpflichtet.⁶ Beschlossen wird durch Austausch entsprechender Willenserklärungen.⁷ Wertet man die Verweigerung der Teilnahme zutreffend als Nein-Stimme,⁸ so würde es nach der hier vertretenen Auffassung genügen,

eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde vorzulegen, in der die Mehrheit der Erben einer Maßnahme zustimmen. Für alle nicht an der Beschlussfassung beteiligten Erben muss durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen sein, dass sie zur Stimmabgabe aufgefordert wurden. Es muss also die Aufforderung ebenfalls beglaubigt oder beurkundet und mit einer Zustellungsurkunde nach § 182 ZPO versehen sein. Ob und wie die nicht zustimmenden Miterben tatsächlich gestimmt haben, wäre dann unbeachtlich, weil ja die Mehrheit dem Beschluss zugestimmt hat. Zudem müsste es nach der schlüssigen Darlegung des handelnden Erben zumindest möglich sein, dass mit dem Beschluss eine Maßnahme ordnungsmäßiger Verwaltung oder Benutzung getroffen wurde.

Sollte es sich in dem vom OLG München entschiedenen Fall sogar um einen Fall der Notverwaltung (§ 2038 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 BGB) handeln, würde nichts anderes gelten. Jeder Miterbe wäre zur Durchführung der Notverwaltungsmaßnahme gesetzlich vertretungsbefugt, aber nur wenn es wirklich eine solche Maßnahme ist.⁹ Auch hier wäre mehr Verkehrsschutz wünschenswert, der dadurch zu gewähren wäre, dass die Vertretungsmacht vermutet wird, wenn der Miterbe schlüssig darlegt, dass es sich um eine Notverwaltungsmaßnahme handelt. Auch diese Darlegung würde für das Grundbuchverfahren genügen, wenn eine Notverwaltungsmaßnahme möglich ist. Wenn man mehr Schutz für die Miterben fordert, könnte man noch einen Nachweis darüber verlangen, dass die Miterben über die geplante Maßnahme informiert wurden (wiederum für das Grundbuchverfahren durch öffentlich beglaubigte oder öffentlich beurkundete Erklärung samt Zustellungsnachweis in entsprechender Form). Man könnte dann die Grundsätze der Duldungsvollmacht entsprechend heranziehen.

Für die notariellen Praxis wird man allerdings leider davon ausgehen müssen, dass einzelne Miterben zunächst auf Mitwirkung der übrigen Miterben klagen müssen, wenn Änderungen im Grundbuch als Maßnahmen ordnungsmäßiger Verwaltung oder Benutzung nach Mehrheitsbeschluss oder als Notverwaltungsmaßnahme vorgenommen werden sollen.¹⁰

2. Grundbuchberichtigung bei Abtretung von Anteilen an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Im zweiten Teil der Entscheidung fasst das OLG München die Voraussetzungen zusammen, unter denen bei einer Gesellschaftsanteilsveräußerung das Grundbuch berichtigt werden kann.

a) Berichtigungsbewilligung

Zum einen kann die Berichtigung aufgrund Bewilligung (§ 19 GBO) aller als Gesellschafter eingetragenen Personen sowie des Erwerbers erfolgen. Sie ist derzeit der einzige Weg zum (Nach-)Vollzug der Gesellschaftsanteilsübertragung im Grundbuch. Allerdings gelten auch hier der Voreintragungs-

4 Ausführlich *Ruhwinkel*, Die Erbengemeinschaft, 2011, Rdnr. 25.

5 So beispielsweise auch *NK-BGB/Ann*, 5. Aufl. 2018, § 2038 Rdnr. 25; *Zimmer*, NotBZ 2019, 71, 37.

6 *NK-BGB/Ann*, § 2038 Rdnr. 15

7 OLG Hamm, Urteil vom 8.10.1968, 4 U 167/67, DB 1969, 300 = BB 1969, 514.

8 Streitig, wie hier: *Muscheler*, ZEV 1997, 169, 173; a. A.: *MünchKomm-BGB/Gergen*, § 2038 Rdnr. 38; *BeckOGK-BGB/Rißmann/Szalai*, Stand: 1.6.2019, § 2038 Rdnr. 81.

9 BGH, Urteil vom 11.11.2009, XII ZR 210/05, DNotZ 2010, 210, 212 m. w. N.

10 *Zimmer*, NotBZ 2019, 71, 73.

grundsatz sowie die Ausnahme in § 39 Abs. 1 GBO. Hierzu hat das OLG München in einer späteren Entscheidung festgestellt, es müsse stets auch der Gesellschaftsvertrag mit vorgelegt werden (zu den Problemen, die dabei noch ungeklärt sind, siehe unten), um zu dokumentieren, dass es keine rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel gebe, d. h. nicht durch den Tod des Zedenten befristet und durch das Überleben des Zessionars bedingt der Gesellschaftsanteil an einen bisherigen Nichtgesellschafter abgetreten ist.¹¹ Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen, weil auch sonst nach der Erbfolge nicht nachgewiesen werden muss, dass über das eingetragene Recht (z. B. eine Briefgrundschuld) durch Erblasser oder Erben nicht anderweitig verfügt worden ist,¹² weil außerdem negative Tatsachen im Grundbuchverfahren nicht nachgewiesen werden müssen¹³ und weil jedenfalls die Bewilligungsbefugnis (die durch § 47 Abs. 2 GBO von der Rechtsinhaberschaft ausnahmsweise gelöst ist) den Erben zusteht.¹⁴

b) Unrichtigkeitsnachweis

Zum anderen kann die Bewilligung auch durch Unrichtigkeitsnachweis erfolgen (§ 22 Abs. 1 GBO). Es ist dann aber nicht nur die Abtretung des Gesellschaftsanteils nachzuweisen, sondern auch die Zustimmung der Mitgesellschafter dazu oder die Entbehrlichkeit einer solchen Zustimmung (also dass § 719 BGB für das konkrete Gesellschaftsverhältnis nicht gilt). Gerade die Vorlage des Gesellschaftsvertrags macht aber in der Praxis oft deshalb Schwierigkeiten, weil der GbR-Gesellschaftsvertrag formfrei geschlossen werden kann und daher oft auch nur schriftlich oder mündlich geschlossen wird. Ob die Vorlage eines schriftlichen Vertrags oder ein sonstiger Nachweis über den Inhalt ausreicht, ist unklar.¹⁵ Immer wieder wurde aber in der Vergangenheit auch eine Eintragung durch die Rechtsprechung verhindert, weil nicht nachgewiesen wurde, dass der Gesellschaftsvertrag noch unverändert fortbesteht.¹⁶ Auch hier ist darauf hinzuweisen, dass eine negative Tatsache (also dass etwas nicht passiert ist) im Grundbuchverfahren nicht nachgewiesen werden muss.¹⁷ Richtig wäre es also, in jedem Fall eine beglaubigte Abschrift des notariell beurkundeten oder beglaubigten Gesellschaftsvertrags genügen zu lassen.

- 11 OLG München, Beschluss vom 5.7.2017, 34 Wx 123/17, MittBayNot 2018, 138 m. krit. Anm. *Goslich* = ZEV 2017, 653 m. krit. Anm. *J. Weber* = FGPrax 2017, 250 m. krit. Anm. *Reymann*; a. A. KG, Beschluss vom 29.3.2016, 1 W 907/15, MittBayNot 2016, 328.
- 12 *J. Weber*, ZEV 2017, 655, *Goslich*, MittBayNot 2018, 141, 142 f., *Reymann*, FGPrax 2017, 252, 253.
- 13 Z. B. KG, Beschluss vom 21.10.2008, 1 W 246/08, RNotZ 2009, 165; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 26.2.2010, 5 W 371/09, DNotZ 2010, 301.
- 14 *Goslich*, MittBayNot 2018, 141, 142 f., *Reymann*, FGPrax 2017, 252, 253.
- 15 Siehe den Streitstand dazu, wiedergegeben bei BGH, Beschluss vom 13.7.2017, V ZB 136/16, DNotZ 2018, 312, 318 (dort Rdnr. 21); für Grundbuchberichtigung aufgrund Unrichtigkeitsnachweis bejaht diese Frage die dort zitierte h.M. immerhin.
- 16 Vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung z. B. KG, Beschluss vom 12.9.2017, 1 W 326-327/17, MittBayNot 2019, 48.
- 17 Siehe oben Fn. 13.

3. Zusammenfassung

Die Entscheidung des OLG München ist im Ergebnis richtig. Sie lenkt das Augenmerk darauf, dass nicht alles, was materiellrechtlich geschieht, auch ohne Weiteres in das Grundbuch eingetragen werden kann. Da Verfahrensrecht Folge-recht ist, sollte der Blick der Praxis darauf gerichtet bleiben, dass solche Rechtsänderungen, die außerhalb des Grundbuchs möglich sind, auch im Grundbuch nachvollzogen werden können, und zwar ohne dass alle übrigen grundbuchrechtlich Betroffenen zur Mitwirkung gezwungen sind oder gar erst im Wege der Klage zur Mitwirkung gezwungen werden müssen. Nicht letzteres sollte Normalfall sein, sondern dass eine Eintragung für diejenigen möglich sein sollte, die die materiellrechtliche Rechtsänderung (am Beispiel des zu besprechenden Falls: auf Grundlage eines Mehrheitsbeschlusses) herbeiführen können.

BÜRGERLICHES RECHT – FAMILIENRECHT

13. Keine Ergänzungspflegerbestellung bei Verfahren über familiengerichtliche Genehmigung eines gesetzlichen Vertreters

BGH, Beschluss vom 3.4.2019, XII ZB 359/17 (Vorinstanz: OLG Nürnberg, Beschluss vom 29.6.2017, 11 WF 534/17)

BGB § 1629 Abs. 1, § 1643 Abs. 1, §§ 1795, 1796, 1822 Nr. 5

FamFG § 41 Abs. 3

GG Art. 6 Abs. 2

LEITSÄTZE:

1. Im Verfahren über die familiengerichtliche Genehmigung eines von Eltern als gesetzlichen Vertretern ihres minderjährigen Kindes abzuschließenden Vertrages bedarf es zur Vertretung des nicht verfahrensfähigen Kindes im Verfahren und für die Bekanntgabe der die Genehmigung aussprechenden Entscheidung keines Ergänzungspflegers (Fortführung von Senatsbeschluss vom 12.2.2014, XII ZB 592/12, FamRZ 2014, 640).
2. Etwas anderes gilt nur, wenn und soweit die Eltern nach § 1795 BGB kraft Gesetzes von der Vertretung ausgeschlossen sind oder ihnen die Vertretung wegen einer bestehenden Interessenkollision nach § 1796 BGB durch gerichtliche Entscheidung entzogen worden ist (im Anschluss an Senatsbeschlüsse BGHZ 191, 48 = FamRZ 2011, 1788 und vom 27.6.2018, XII ZB 46/18 FamRZ 2018, 1512).

SACHVERHALT:

- 1 I. Die Beteiligten streiten über die Bestellung eines Ergänzungspflegers für die betroffenen Kinder.
- 2 Die betroffenen Kinder wurden 2007 und 2011 geboren. Ihr

Vater war Landwirt. Er verstarb 2016. Die allein sorgeberechtigte Mutter (Beteiligte zu 2) will landwirtschaftlich genutzte Grundstücke, die ihr und den Kindern als Miterben nach dem Vater gehören, langfristig verpachten und hat in einem gesonderten Verfahren hierfür die Genehmigung des Familiengerichts beantragt. Das AG hat im von Amts wegen eingeleiteten vorliegenden Verfahren den Kindern – ohne vorherige Anhörung der Mutter – für die Vertretung bei der Eingehung des Pachtvertrags die Beteiligte zu 1, eine Rechtsanwältin, als Ergänzungspflegerin bestellt.

3 Die von der Mutter hiergegen eingelegte Beschwerde ist vom OLG zurückgewiesen worden. Dagegen wendet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde der Mutter.

AUS DEN GRÜNDEN:

4 II. Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg.

5 1. Nach Auffassung des OLG ist bei der Genehmigung eines nicht nur einseitigen Rechtsgeschäfts, hier von langfristigen Pachtverträgen nach § 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 5 BGB, einem unter 14 Jahre alten Beteiligten zur Wahrung seines rechtlichen Gehörs stets ein Ergänzungspfleger zu bestellen, ohne dass es auf einen festzustellenden Interessengegensatz nach § 1796 BGB ankomme. Das beruhe auf der Rechtsprechung des BVerfG. Danach könne das rechtliche Gehör nicht durch denjenigen vermittelt werden, dessen Handeln im Genehmigungsverfahren überprüft werden solle. Der Gesetzgeber habe unter ausdrücklichem Hinweis darauf die Regelung des § 41 Abs. 3 FamFG geschaffen. Zwar habe der BGH für den Fall der Erbausschlagung durch einen Vormund verlangt, dass zur Bestellung eines Ergänzungspflegers für die Entgegennahme des Genehmigungsbeschlusses die Voraussetzungen des § 1796 BGB vorliegen müssten. Dies sei aber ausdrücklich nur für ein einseitiges Rechtsgeschäft entschieden worden und nicht für eine vertragliche Gestaltung. Außerdem ergebe sich ein gesetzlicher Ausschluss der gesetzlichen Vertretung aus verfahrensrechtlichen Gründen. Die Vorschrift des § 41 Abs. 3 FamFG und der dahinter stehende Wille des Gesetzgebers liefen andernfalls bei unter 14-jährigen Beteiligten weitgehend ins Leere.

6 2. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

7 a) Gemäß § 41 Abs. 3 FamFG ist ein Beschluss, der die Genehmigung eines Rechtsgeschäfts zum Gegenstand hat, auch demjenigen bekanntzugeben, für den das Rechtsgeschäft genehmigt wird. Nach der Rechtsprechung des Senats folgt daraus nicht, dass das Vertretungsrecht des Vormunds gemäß § 1793 Abs. 1 Satz 1 BGB über die in § 1796 BGB bezeichneten Fälle hinaus zu entziehen ist. Nach § 1796 Abs. 2 BGB soll die eine Ergänzungspflegschaft auslösende Entziehung des Vertretungsrechts nur erfolgen, wenn das Interesse des Mündels zu dem Interesse des Vormunds in erheblichem Gegensatz steht. Ein Ausschluss des Vertretungsrechts aus verfahrensrechtlichen Gründen jenseits des hier nicht einschlägigen § 1795 BGB oder des § 1796 BGB kommt nicht in Betracht (Senatsbeschluss vom 12.2.2014, XII ZB 592/12, FamRZ 2014, 640 Rdnr. 13). Diese für das Vertretungsrecht des Vormunds angeführten Gründe gelten erst recht auch für die gesetzliche Vertretung durch die Eltern.

8 aa) Entgegen der Auffassung des OLG begründet der Abschluss von Verträgen keine entscheidende Besonderheit gegenüber der vom Senat bereits entschiedenen Fallkonstellation einer Erbausschlagung (vgl. auch Senatsbeschluss vom 2.12.2015, XII ZB 283/15, FamRZ 2016, 296 Rdnr. 20; zutr. *Weber*, DNotZ 2015, 498, 502 ff. m. w. N. auch zur a. A.; MünchKomm-FamFG/*Ulrici*, 3. Aufl., § 41 Rdnr. 14 ff.; *Staudinger/Veit*, Neub. 2014, § 1796 Rdnr. 14). Die Rechtsprechung des BVerfG steht dem auch in der vorliegenden Fallgestaltung nicht entgegen. Denn diese bezieht sich auf einen am Genehmigungsverfahren nicht beteiligten, selbst verfahrensfähigen Vertretenen und verlangt, dass diesem der Genehmigungsbeschluss bekanntgegeben werden muss. Daraus und aus der daran orientierten Gesetzesfassung in § 41 Abs. 3 FamFG folgt aber noch nicht, dass das nicht verfahrensfähige Kind für die Bekanntgabe – und ebenfalls hinsichtlich der Vertretung im Genehmigungsverfahren – einen Ergänzungspfleger benötigt. Vielmehr ist im Unterschied zur Stellung des Nachlasspflegers, um den es in dem vom BVerfG entschiedenen Fall ging, die verfassungsrechtlich garantierte elterliche Sorge vom Gesetz nur insoweit eingeschränkt, als die Eltern hinsichtlich bestimmter Verträge nicht unbeschränkt für das Kind handeln können, sondern hierfür einer gerichtlichen Genehmigung bedürfen. Da es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage fehlt, verbietet sich ein über die bestehenden Ermächtigungen hinausgehender Eingriff in das Elternrecht. Der Senat hat dementsprechend bereits in anderem Zusammenhang hervorgehoben, dass die gesetzliche Vertretung des Kindes im Kindschaftsverfahren durch die Eltern als Bestandteil des Elternrechts eine wohlabgewogene Entscheidung des Gesetzgebers darstellt (vgl. Senatsbeschlüsse, BGHZ 191, 48 = FamRZ 2011, 1788 Rdnr. 18 ff. und vom 27.6.2018, XII ZB 46/18, FamRZ 2018, 1512 Rdnr. 11 ff.).

9 b) Der gesetzliche Vertreter wird in Fällen der vorliegenden Art schließlich bereits durch das Gericht kontrolliert. Ein Bedürfnis dafür, das der Kontrolle dienende Verfahren sowie das kontrollierende Gericht seinerseits einer generellen weiteren Kontrolle durch einen anderen Vertreter des Rechtsinhabers zu unterstellen, besteht – jedenfalls soweit kein Interessenwiderstreit festgestellt wird – nicht (Senatsbeschluss vom 12.2.2014, XII ZB 592/12, FamRZ 2014, 640 Rdnr. 15 m. w. N.).

10 b) Die vom AG beschlossene und vom OLG gebilligte Pflegerbestellung entspricht den genannten Maßstäben nicht. Sie ist schon deswegen rechtswidrig, weil das AG dem Ergänzungspfleger die Vertretung bei der Eingehung eines Pachtvertrags übertragen hat, was deutlich über die Bekanntgabe nach § 41 Abs. 3 FamFG und auch über die Vertretung der Kinder im Genehmigungsverfahren hinausgeht. Aus welchem Grund die sorgeberechtigte Mutter nicht dazu in der Lage sein sollte, die Kinder beim Abschluss des Pachtvertrags zu vertreten, geht weder aus dem angefochtenen Beschluss noch aus dem Beschluss des AG hervor. Diese befassen sich vielmehr allein mit der Bekanntgabe des Genehmigungsbeschlusses.

11 Für eine Entziehung der Vertretung nach § 1796 BGB bestehen im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte. Insbesondere besteht keine Interessenkollision zwischen der sorgeberechtigten Mutter und den Kindern. Mutter und Kinder befinden

sich als Verpächter vielmehr in der gleichen Vertragsstellung und haben mithin im Zweifel gleichlaufende Interessen. Die Überprüfung, ob die Verpachtung in der konkret vereinbarten Form dem Kindeswohl entspricht, ist dem dafür vorgesehenen gesonderten Verfahren vorbehalten.

12 3. Der angefochtene Beschluss ist mithin aufzuheben. Der Senat kann in der Sache abschließend entscheiden. Auf die Beschwerde der sorgeberechtigten Mutter ist die vom AG angeordnete Ergänzungspflegerbestellung ersatzlos aufzuheben.

14. Wirksamkeit eines Ehevertrages (hier: Ausschluss des Versorgungsausgleichs)

OLG Brandenburg, Beschluss vom 5.7.2018, 13 UF 117/17

BGB § 138 Abs. 1, § 242

VersAusglG § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, Abs. 2, § 7 Abs. 3, § 8 Abs. 1, § 27

LEITSÄTZE:

- 1. Der Ausschluss des Versorgungsausgleichs ist nach § 138 Abs. 1 BGB für sich genommen unwirksam, wenn er dazu führt, dass ein Ehegatte aufgrund des bereits bei Vertragsschluss verwirklichten Zuschnitts der Ehe über keine hinreichende Alterssicherung verfügt und dieses Ergebnis mit dem Gebot ehelicher Solidarität schlechthin unvereinbar erscheint. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 2. Im Rahmen einer Gesamtwürdigung kann, selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass das Zusammenwirken aller in dem Vertrag enthaltenen Regelungen auf eine einseitige Benachteiligung des (potenziell) einkommensschwächeren Ehepartners hinausliefere, nach ständiger Rechtsprechung des BGH nur dann auf die verwerfliche Gesinnung des begünstigten Ehegatten geschlossen werden, wenn die Annahme gerechtfertigt ist, dass sich in dem unausgewogenen Vertragsinhalt eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehegatten und damit eine Störung der subjektiven Vertragsparität widerspiegelt. (Leitsatz der Schriftleitung)**

SACHVERHALT:

1 I. Die beschwerdeführende Antragstellerin wendet sich gegen die Durchführung eines ehevertraglich ausgeschlossenen Versorgungsausgleichs.

2 Die (...) 1967 geborene Antragstellerin und der (...) 1953 geborene Antragsgegner sind die gemeinsamen Eltern eines (...) 2001 geborenen Sohnes und einer (...) 2007 geborenen Tochter und schlossen (...) 2008 ihre Ehe. Am (...) 2008 hatten die Beteiligten einen notariell beurkundeten Ehevertrag geschlossen, in dem sie den Versorgungsausgleich ausgeschlossen und den Güterstand der Gütertrennung vereinbarten. Ferner verzichteten die Beteiligten wechselseitig auf nachehelichen Unterhalt mit Ausnahme des Betreuungsunterhalts. Der Antragsgegner war bereits Vater weiterer Kinder.

3 Auf den (...) Scheidungsantrag (...) hat das AG durch den angefochtenen Beschluss die Ehe der Beteiligten geschieden und den Versorgungsausgleich zwischen ihnen durchgeführt. Der Ausschluss zum Versorgungsausgleich halte einer Inhalts- und Ausübungskontrolle gemäß § 8 Abs. 1 VersAusglG nicht stand, benachteilige den Antragsgegner im Hinblick auf die grundsätzliche Halbteilung, die Maßstab der ehelichen Wohl- und Wehegemeinschaft sei, einseitig und sei dahin gehend anzugleichen, dass der Antragsgegner über die Anwendung der gesetzlichen Regelung zum Versorgungsausgleich eine hinreichende Absicherung erfahre. Die Voraussetzungen eines Ausschlusses nach § 27 VersAusglG lägen nicht vor.

4 Mit ihrer hiergegen gerichteten Beschwerde wendet sich die Antragstellerin gegen die Durchführung des Versorgungsausgleichs. Das AG habe die Wirksamkeit des ehevertraglichen des Versorgungsausgleichs fälschlich verneint und zudem die Voraussetzungen des § 27 VersAusglG verkannt.

5 Der Antragsgegner verteidigt den angefochtenen Beschluss.

AUS DEN GRÜNDEN:

7 II. Die nach §§ 58 ff., 228 FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde hat Erfolg.

8 1. Ein Versorgungsausgleich findet nicht statt, weil die Eheleute ihn durch Vereinbarung ausgeschlossen haben, § 6 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VersAusglG. Der Senat ist hieran gebunden, weil weder Wirksamkeits- noch Durchsetzungshindernisse bestehen, § 6 Abs. 2 VersAusglG.

9 a) Die Vereinbarung ist formell wirksam, da sie in gleichzeitiger Anwesenheit beider Eheleute notariell beurkundet wurde, § 7 Abs. 3 VersAusglG, § 1410 BGB.

10 b) Die Vereinbarung hält einer Inhalts- und Ausübungskontrolle stand, § 8 Abs. 1 VersAusglG.

11 aa) Der Ehevertrag vom (...) 2008 hält der Wirksamkeitskontrolle am Maßstab des § 138 BGB stand. Nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung, der der Senat folgt, unterliegen die gesetzlichen Regelungen über nachehelichen Unterhalt, Zugewinn- und Versorgungsausgleich grundsätzlich der vertraglichen Disposition der Ehegatten. Die Disponibilität der Scheidungsfolgen darf allerdings nicht dazu führen, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden kann. Im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle ist zu prüfen, ob die Vereinbarung schon im Zeitpunkt ihres Zustandekommens offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt, dass ihr – und zwar losgelöst von der künftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise mit der Folge zu versagen ist, dass an ihre Stelle die gesetzlichen Regelungen treten (vgl. BGH, FamRZ 2014, 1978 Rdnr. 20 m. w. N.).

12 Ein Ausschluss des Versorgungsausgleichs ist nach § 138 Abs. 1 BGB schon für sich genommen unwirksam, wenn er dazu führt, dass ein Ehegatte aufgrund des bereits beim Vertragsschluss verwirklichten Zuschnitts der Ehe über keine hinreichende Alterssicherung verfügt und dieses Ergebnis mit dem Gebot ehelicher Solidarität schlechthin unvereinbar erscheint. Das ist namentlich dann der Fall, wenn sich ein Ehegatte, wie schon beim Vertragsschluss verwirklicht, der Betreuung der gemeinsamen Kinder gewidmet und deshalb auf

eine versorgungsbegründende Erwerbstätigkeit in der Ehe verzichtet hat. In diesem Verzicht liegt ein Nachteil, den der Versorgungsausgleich gerade auf beide Ehegatten gleichmäßig verteilen will und der ohne Kompensation nicht einem Ehegatten allein angelastet werden kann, wenn die Ehe scheitert (vgl. BGH, FamRZ 2014, 629 Rdnr. 20 m. w. N.).

13 Das ist hier nicht der Fall. Die Betreuung der gemeinsamen Kinder sollte im Kindergarten bzw. im Hort erfolgen, ohne Einschränkung der Berufstätigkeit der Ehegatten, die beabsichtigten, auch während ihrer Ehe in gleicher Weise wie bisher berufstätig zu bleiben und davon ausgingen, dass durch die Ehe keinem von ihnen Nachteile in seiner Erwerbsbiografie entstehen würden (...).

14 Auch im Übrigen begegnen – für sich genommen – weder der Ausschluss des Versorgungsausgleichs noch die Vereinbarung der Gütertrennung noch der (teilweise) Unterhaltsverzicht am Maßstab des § 138 BGB durchgreifenden Bedenken. Bei Abschluss des Ehevertrags gingen beide Beteiligten davon aus, die Antragstellerin als verbeamtete Förderschullehrerin und der Antragsgegner als selbstständiger Künstler und freiberuflicher Lehrer auskömmliche Einkünfte zu erzielen, die es ihnen auch ermöglichten, in dem für notwendig gehaltenen Umfang und in der jeweils für richtig befundenen Weise Vorsorge für Alter, Krankheit und Invalidität zu treffen (...).

15 Auch in der Gesamtwürdigung hält der Ehevertrag der Wirksamkeitskontrolle stand. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass das Zusammenwirken aller in dem Vertrag enthaltenen Regelungen auf eine einseitige Benachteiligung des (potenziell) einkommensschwächeren Antragsgegners hinausliefe, könnte – da es ein unverzichtbares Mindestmaß an Scheidungsfolgen zugunsten des berechtigten Ehegatten nicht gibt – nach ständiger Rechtsprechung des BGH nur dann auf die weiter erforderliche verwerfliche Gesinnung des begünstigten Ehegatten geschlossen werden, wenn die Annahme gerechtfertigt ist, dass sich in dem unausgewogenen Vertragsinhalt eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehegatten und damit eine Störung der subjektiven Vertragsparität widerspiegelt. Eine lediglich auf die Einseitigkeit der Lastenverteilung gegründete tatsächliche Vermutung für die subjektive Seite der Sittenwidrigkeit lässt sich bei familienrechtlichen Verträgen nicht aufstellen. Ein unausgewogener Vertragsinhalt mag in diesem Zusammenhang zwar ein gewisses Indiz für eine unterlegene Verhandlungsposition des belasteten Ehegatten sein. Gleichwohl wird das Verdikt der Sittenwidrigkeit in der Regel nicht gerechtfertigt sein, wenn sonst außerhalb der Vertragsurkunde keine verstärkenden Umstände zu erkennen sind, die auf eine subjektive Imparität, insbesondere infolge der Ausnutzung einer Zwangslage, sozialer oder wirtschaftlicher Abhängigkeit oder intellektueller Unterlegenheit, hindeuten könnten (vgl. BGH, FamRZ 2018, 577 Rdnr. 19).

16 Derartige verstärkende Umstände sind nicht festzustellen.

17 Wie der BGH mehrfach ausgesprochen hat, begründet das Ansinnen eines Ehegatten, eine Ehe nur unter der Bedingung eines Ehevertrags eingehen zu wollen, für sich genommen auch bei Vorliegen eines Einkommens- und Vermögensgefälles für den anderen Ehegatten in der Regel noch keine

(Zwangs-)Lage, aus der ohne Weiteres auf eine gestörte Vertragsparität geschlossen werden kann (vgl. BGH, FamRZ 2018, 577 Rdnr. 21).

18 Seinem Vorbringen, er sei durch Drohungen zum Abschluss des Notarvertrages gezwungen worden, ist die Antragstellerin entgegengetreten und in welcher Zwangslage er sich befunden und welche Drohungen die Antragstellerin ihm gegenüber ausgestoßen habe, hat der Antragsgegner nicht erwidernsfähig ausgeführt. Dass er sozial oder wirtschaftlich auf die Eheschließung mit der Antragstellerin angewiesen oder ihr intellektuell unterlegen gewesen wäre, macht der Antragsgegner schon selbst nicht geltend.

19 bb) Soweit ein Ehevertrag – wie hier – der Wirksamkeitskontrolle standhält, ist im Rahmen einer Ausübungskontrolle zu prüfen, ob und inwieweit ein Ehegatte die ihm durch den Vertrag eingeräumte Rechtsmacht missbraucht (§ 242 BGB), wenn er sich im Scheidungsfall gegenüber einer vom anderen Ehegatten begehrten gesetzlichen Scheidungsfolge darauf beruft, dass diese Rechtsfolge durch den Vertrag wirksam abbedungen sei. Entscheidend ist insofern, ob sich im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine evident einseitige und nach Treu und Glauben unzumutbare Lastenverteilung ergibt.

20 Ein zunächst wirksam vereinbarter – völliger oder teilweiser – Ausschluss des Versorgungsausgleichs hält nach diesen Maßstäben einer Ausübungskontrolle nicht stand, wenn er dazu führt, dass ein Ehegatte aufgrund einvernehmlicher Änderung der gemeinsamen Lebensumstände über keine hinreichende Alterssicherung verfügt und dieses Ergebnis mit dem Gebot ehelicher Solidarität schlechthin unvereinbar erscheint (vgl. BGH, FamRZ 2014, 1978 Rdnr. 23).

21 Das ist hier nicht Fall. Dass der Antragsgegner nach Eheschließung seine bis dahin ausgeübten Erwerbstätigkeiten, etwa als Dozent (...), einvernehmlich mit der Antragstellerin aufgegeben hätte, um sich mehr als bisher familiären Aufgaben widmen zu können, ist nicht feststellbar. Vielmehr ist das fehlende Einvernehmen der Antragstellerin mit einem reduzierten Einkommen des Antragsgegners objektiv dokumentiert durch ihr Schreiben vom November 2012, mit dem sie vom Antragsgegner eindringlich eine höhere Beteiligung, auch finanziell, an den Familienlasten fordert.

22 Soweit der Antragsgegner wiederholt und nachdrücklich eine Wertsteigerung des Grundstücks der Antragstellerin durch seine Leistungen hervorhebt und seine fehlende Teilhabe hieran beklagt, führt dies zu keiner Korrektur der vertraglichen Abreden zum Versorgungsausgleich.

23 Die richterliche Ausübungskontrolle führt auf der Rechtsfolgenseite weder ohne Weiteres zur Unwirksamkeit des Ausschlusses der gesetzlichen Scheidungsfolge noch dazu, dass die gesetzliche Regelung in Vollzug gesetzt wird. Vielmehr soll die richterliche Anpassung von Eheverträgen im Wege der Ausübungskontrolle ehebedingte Nachteile ausgleichen. Der Ehegatte kann daher durch die Anpassung des Ehevertrags nicht besser gestellt werden, als er ohne die Ehe und die mit der ehelichen Rollenverteilung einhergehenden Dispositionen über Art und Umfang seiner Erwerbstätigkeit stünde (vgl. BGH, FamRZ 2013, 770 Rdnr. 22; BGH, FamRZ

2007, 974 Rdnr. 28). Die richterliche Ausübungskontrolle hat sich daher im Ausgangspunkt daran zu orientieren, welche Versorgungsansprüche der sich durch den Ausschluss des Versorgungsausgleichs benachteiligt sehende Ehegatte ohne die Ehe und die ehebedingte Rollenverteilung durch eigene Berufstätigkeit hätte erwerben können (vgl. BGH, FamRZ 2014, 1978 Rdnr. 26).

24 Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe scheidet eine Anpassung des Ehevertrags (...) im Hinblick auf den Ausschluss des Versorgungsausgleichs schon deshalb aus, weil sich im Hinblick auf den Aufbau von Versorgungsansprüchen gerade keine ehebedingten Nachteile des Antragsgegners feststellen lassen, wie bereits ausgeführt. Zudem liegt ein Großteil der vom Antragsgegner geschilderten Wertverbesserungsleistungen weit vor der Eheschließung und beruht damit auf keiner ehebedingten Rollenverteilung. Überdies wäre, da das Scheidungsfolgenrecht grundsätzlich streng zwischen dem Versorgungsausgleich und dem Zugewinnausgleich unterscheidet, in Ansehung möglicher Grundstückswertsteigerungen während der Ehe eine etwaige Korrektur des Ehevertrages jedenfalls nicht durch Anpassung der dortigen Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich, sondern vielmehr – systemgerecht – im Güterrecht vorzunehmen (vgl. BGH, FamRZ 2014, 1978 Rdnr. 35).

(...)

ANMERKUNG:

Von Notarassessorin **Katharina Marchner**, Bamberg

Großen neuen Erkenntnisgewinn liefert die Entscheidung des OLG Brandenburg nicht. Sie knüpft an die bisher ergangene Rechtsprechung der OLG und des BGH zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen an und beschäftigt sich vor allem mit der Frage der Wirksamkeit eines vollständigen Ausschlusses des Versorgungsausgleichs.

1. Sachverhalt

Gemäß dem im Jahr 2008 notariell beurkundeten Ehevertrag vereinbarten die Beteiligten den Güterstand der Gütertrennung, den wechselseitigen Verzicht auf nachehelichen Unterhalt – mit Ausnahme des Betreuungsunterhalts – sowie den Ausschluss des Versorgungsausgleichs. Der Ehemann war als selbstständiger Künstler bzw. freiberuflicher Lehrer tätig und erwarb hierbei geringere Versorgungsansprüche als seine Ehefrau, welcher Pensionsansprüche als verbeamtete Förderschullehrerin zustanden. Der Ehemann begehrte unter Berufung auf die Unwirksamkeit des abgeschlossenen Ehevertrages die Durchführung des Versorgungsausgleichs. Während die Vorinstanz annahm, dass der Ausschluss des Versorgungsausgleichs unwirksam sei, weil dieser dem Grundsatz der Halbteilung in einer „ehelichen Wohl- und Wehgemeinschaft“ widerspreche, bestätigte das OLG Brandenburg die Wirksamkeit des notariell beurkundeten Ehevertrages.

2. Kernaussagen des OLG Brandenburg

a) Konkreter Ehezuschnitt entscheidend

Zunächst misst das OLG Brandenburg den Ausschluss des Versorgungsausgleichs am Maßstab des § 138 BGB. Soweit bei Vertragsschluss beide Ehegatten davon ausgegangen seien, dass ein jeder von ihnen in der Ehe erwerbstätig sein werde und hierdurch hinreichende Altersvorsorgeerwerbungen erwerben werde, liege kein objektiver Kernbereichsverstöß vor. Nur wenn der Ehezuschnitt im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits ergäbe, dass ein Ehegatte während der Ehe keine hinreichende Altersvorsorge erwerben werde, sei der Ausschluss des Versorgungsausgleichs unwirksam.¹ Vorliegend gingen die Beteiligten davon aus, dass es beiden Ehegatten möglich sein würde, auskömmliche Einkünfte zu erzielen, weil die Kinder fremdbetreut werden sollten.

b) Junktum zwischen Eheschließung und Ehevertrag per se keine Zwangslage

Im Anschluss stellt das OLG Brandenburg fest, dass auch eine Gesamtschau aller getroffenen Regelungen vorliegend nicht dazu führt, dass von einer Unwirksamkeit auszugehen sei. Zunächst gäbe es kein unverzichtbares Mindestmaß an Scheidungsfolgen.² Liege ein unausgewogener Vertragsinhalt vor, müsse dieser zusätzlich auf einer einseitigen Dominanz eines Ehegatten basieren. Eine soziale oder wirtschaftliche Abhängigkeit bzw. eine intellektuelle Unterlegenheit war im vorliegenden Fall aber nicht festzustellen. Insbesondere verneinte das OLG Brandenburg das Vorliegen einer Zwangslage allein aufgrund der Tatsache, dass einer der Ehegatten die Eheschließung von der Ehevertragsschließung abhängig gemacht habe.³

c) Berücksichtigung von Wertsteigerungen im Rahmen des Güterrechts

In einem letzten Schritt stellt das OLG Brandenburg im Wege der Ausübungskontrolle (§ 242 BGB) fest, dass auch im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe keine evident einseitige Lastenverteilung vorlag. Zwar hatte der Ehemann nach Eheschließung seine bis dahin ausgeübte Erwerbstätigkeit aufgegeben; dies geschah jedoch nicht im Einvernehmen mit der Ehefrau, sondern vielmehr gegen deren Willen, was objektiv dokumentiert war. Soweit der Ehemann sich weiterhin auf Wertsteigerungen am Grundstück berief, die durch Leistungserbringungen von seiner Seite erfolgt seien, stellte das OLG Brandenburg fest, dass dies allenfalls zu einer Anpassung im Güterrecht führe, nicht aber zur Unwirksamkeit des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs. Insoweit knüpft das OLG Brandenburg an die Rechtsprechung des BGH an, wonach nur in Fällen der Funktions-

1 Siehe hierzu MünchKomm-BGB/*Eichenhofer*, 7. Aufl. 2017, § 8 VersAusglG Rdnr. 7; vgl. auch BGH, Beschluss vom 29.1.2014, XII ZB 303/13, FamRZ 2014, 629 Rdnr. 20 m. w. N.

2 Ebenso BGH, Beschluss vom 29.1.2014, XII ZB 303/13, FamRZ 2014, 629 Rdnr. 39 m. w. N.

3 So auch BGH, Beschluss vom 17.1.2018, XII ZB 20/17, NZFam 2018, 267 Rdnr. 21 m. w. N.

äquivalenz von Versorgungs- und Zugewinnausgleich ein „Hinübergreifen“ auf das andere Ausgleichssystem im Rahmen der Ausübungskontrolle in Betracht kommt.⁴

3. Fazit für die Praxis

Für die notarielle Gestaltungspraxis bleibt es demnach dabei: Ein gänzlicher Ausschluss des Versorgungsausgleichs ist nicht von vornherein nichtig.⁵ Dennoch sollte dem Ansinnen von Ehepartnern, den Versorgungsausgleich vollständig auszuschließen, mit gewisser Skepsis entgegnet werden, zumal wenn es sich um eine Gesamtverzichtsvereinbarung handelt. Der Ausschluss des Versorgungsausgleichs kann zwar vor allem bei Ehegatten ohne Kinderwunsch sowie bei Ehepaaren, die sich im fortgeschrittenen Alter befinden und bereits hinreichend eigenständige Anwartschaften erworben haben, die richtige Lösung sein.⁶ Im Übrigen ist aber genauestens zu prüfen, ob ein Ausschluss des Versorgungsausgleichs dem Gebot einer ausgewogenen Vertragsgestaltung gerecht wird. Den Beteiligten sind in der Beratungssituation Alternativen aufzuzeigen, etwa in Form eines Teilausschlusses von bestimmten Versorgungsarten bzw. -rechten,⁷ der Herabsetzung der Ausgleichquote,⁸ der Beschränkung der Durchführung des Versorgungsausgleichs auf Zeiten der Kindesbetreuung⁹ oder einer Kompensation durch Verpflichtung zur Begründung einer Lebensversicherung für den einkommensschwächeren Ehegatten.¹⁰

4 BGH, Beschluss vom 8.10.2014, XII ZB 318/11, NZFam 2014, 1132 m. Anm. *Breuer*.

5 So ausdrücklich etwa auch schon OLG Brandenburg, Beschluss vom 2.11.2006, 10 UF 255/04053, DNotZ 2007, 535, 536.

6 So auch Beck'sches Notar-Handbuch/*Grziwotz*, 6. Aufl. 2014, B I Rdnr. 140.

7 Hierzu etwa Münch/*Siegler*, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2015, § 8 Rdnr. 282 ff.

8 Vgl. *Milzer*, notar 2013, 319, 330.

9 OLG Zweibrücken, Beschluss vom 22.10.2013, UF 122/13, NZFam 2014, 88.

10 Vgl. *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 4. Aufl. 2015, Rdnr. 3632 ff. m. w. N.; kritisch hierzu wegen drohender steuerlicher Nachteile Langenfeld/*Milzer/Milzer*, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 8. Aufl. 2019, 4. Teil, Rdnr. 736 ff.

BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

15. Bestimmung eines Ersatzerben durch den Erblasser selbst

OLG Hamm, Beschluss vom 21.2.2019, I-15 W 24/19, mitgeteilt von **Stefan Tegenthoff**, Richter am OLG Hamm

BGB §§ 1922, 2065 Abs. 2, § 2096

LEITSATZ:

Eine Klausel, mit der ein Erblasser zu seinem Ersatzerben (§ 2096 BGB) die Personen beruft, die – gewillkürte – Rechtsnachfolger des von ihm eingesetzten Erben sind, verstößt nicht gegen § 2065 Abs. 2 BGB, weil der Erblasser damit selbst die erforderliche Bestimmung seines (Ersatz-)Erben trifft.

SACHVERHALT:

1 I. Die kinderlos verstorbene Erblasserin war mit dem am 23.1.1994 verstorbenen X verheiratet.

2 Die Eltern der Erblasserin sind verstorben.

3 Neben der Erblasserin hatten die Eltern vier weitere Kinder:

– die Beteiligte zu 3,

– C, die Ehefrau des Beteiligten zu 1 und Mutter des Beteiligten zu 2,

– die im Jahre 2015 verstorbenen T2 und Q.

4 Die Erblasserin hat eine letztwillige Verfügung hinterlassen, ein am 31.3.1978 errichtetes notarielles Testament (UR-Nr. (...)) des Notars M in J) mit dem nachfolgenden Inhalt:

„Zu meiner Erbin setze ich meine Schwester, Frau C, geb. T, (...) ein.

Ersatzerben sind deren Rechtsnachfolger.“

5 C ist am 16.8.2016 verstorben.

6 In dem am 9.2.1965 errichteten Erbvertrag hatten sich die Eheleute [... C und J] der Beteiligte zu 1 gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt. Weiterhin hatten sie eine bedingte Vor- und Nacherbschaft für den Fall angeordnet, dass der überlebende Ehegatte nicht eines der aus ihrer Ehe hervorgehenden Kinder zu seinem Erben bestimmen würde (UR-Nr. [...] des Notars M in J). In einem formwirksamen Ehegattentestament vom 24.10.2004 setzten sich die Eheleute C erneut gegenseitig zu Alleinerben ein und bestimmten den gemeinsamen Sohn, den Beteiligten zu 2, zum Schlusserberben.

7 Nach dem Tod der Erblasserin hat der Beteiligte zu 1 die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der ihn als Alleinerben ausweist.

8 Die Beteiligten zu 2 und 3 sind diesem Antrag entgegen getreten.

9 Das Nachlassgericht hat den Erbscheinsantrag mit Beschluss vom 14.11.2018 zurückgewiesen. Die Nachlassrichterin hat dabei die Auffassung vertreten, dass das notarielle Testament der Erblasserin hinsichtlich der Bestimmung des Ersatzerben eine nach § 2065 Abs. 2 BGB unzulässige Überlassung der Auswahl enthalte.

10 Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 1, der das AG durch Beschluss vom 8.1.2019 nicht abgeholfen und die es dem Senat zur Entscheidung vorgelegt hat.

AUS DEN GRÜNDEN:

11 II. Die Beschwerde ist gemäß § 58 FamFG statthaft und insgesamt zulässig.

12 Die Beschwerde ist auch in der Sache begründet und führt in Abänderung des amtsgerichtlichen Beschlusses zu dem im Tenor dargestellten Feststellungsbeschluss.

13 Die Erblasserin ist aufgrund des notariellen Testaments vom 31.3.1978 von dem Beteiligten zu 1 allein beerbt worden.

14 Die von der Erblasserin zunächst zur Erbin berufene C ist vor dieser verstorben, konnte somit nicht deren Erbin werden. Die Ersatzerbfolge für diesen Fall hat die Erblasserin in ihrer letztwilligen Verfügung selbst geregelt, indem sie „die Rechtsnachfolger“ ihrer Schwester zu Ersatzerben berufen hat.

15 Entgegen der Rechtsansicht des Nachlassgerichts verstößt die Klausel, mit der die Erblasserin „die Rechtsnachfolger“ ihrer Schwester C zu ihren Ersatzerben berufen hat, nicht gegen § 2065 Abs. 2 BGB. Der Erblasser trifft mit dem vorstehenden Passus nämlich selbst die erforderliche Bestimmung des Erben/Ersatzerben, auch wenn dessen konkrete Bestimmung davon abhängig ist, ob und in welcher Form der zunächst berufene Erbe selbst testiert (Staudinger/Otte, Neub. 2013, § 2065 Rdnr.47 m. w. N.; MünchKomm-BGB/Leipold, 7. Aufl., § 2065 Rdnr.23; Ivo, DNotZ 2002, 260 ff.). Der vom OLG Frankfurt a. M. ohne nähere Begründung vertretenen und vereinzelt gebliebenen Gegenauffassung, eine solche Bestimmung verstoße gegen § 2065 Abs. 2 BGB (DNotZ 2001, 143), kann nicht gefolgt werden.

16 Der Erblasser entzieht sich durch eine solche Verfügung keineswegs der eigenen Verantwortung für die Abweichung von der gesetzlichen Erbfolge, denn der Zweck, dass der nach dem Tod des zunächst vorgesehenen Erben verbleibende Nachlass den Erbeserben anfällt, verstößt niemals gegen das Gebot der Höchstpersönlichkeit (vgl. Staudinger/Otte, a. a. O.).

17 Würde man die von der Erblasserin praktizierte Weise der Bestimmung des Ersatzerben für unzulässig halten, würde es auch zu Wertungswidersprüchen zur Rechtsprechung zur ergänzenden Testamentsauslegung bei fehlender ausdrücklicher Ersatzerbenbestimmung kommen. So entspricht es der allgemein anerkannten Rechtsprechung, dass für den Fall, dass der von dem Erblasser/den testierenden Ehegatten ausgewählte Erbe/Schlusserbe vorverstorben ist und es an einer ausdrücklichen Bestimmung eines Ersatzerben fehlt, im Wege der ergänzenden Auslegung ermittelt werden kann, dass an der Stelle des berufenen und vorverstorbenen Erben dessen Abkömmlinge (OLG Düsseldorf, ZEV 2018, 140; OLG München, FamRZ 2016, 2154) oder dessen Ehegatte (OLG Schleswig, FamRZ 2014, 693; Senat, FamRZ 1991, 1483) berufen sind. Es wäre wenig konsequent, wenn man sich dieser Lösung gerade für den Fall verschließen würde, in dem der Erblasser sogar ausdrücklich eine Ersatzerbenberufung vorgenommen hat und nur dessen konkrete Bestimmung von einer weiteren Rechtshandlung (Testamentserrichtung mit der Bestimmung des eigenen Erben) des zunächst berufenen Erben oder deren Ausbleiben (Eintritt der gesetzlichen Erbfolge nach dem zunächst berufenen Erben) abhängig gemacht hat.

18 Rechtsnachfolger der von der Erblasserin zu ihrer Erbin berufenen C ist der Beteiligte zu 1.

19 Die Erblasserin hat ihre letztwillige Verfügung mit notarieller Hilfe errichtet, sodass mangels entgegen stehender Anhaltspunkte davon ausgegangen werden kann, dass der Begriff „Rechtsnachfolger“ im juristischen Sinne gemeint gewesen ist und daher die Person/Personen bezeichnet, der/denen mit dem Tode der C deren Vermögen anfällt (§ 1922 BGB). Die Erblasserin hat hier bewusst nicht den Begriff „Abkömmling“ gewählt und ihrer Schwester damit die testamentarische Bestimmung ihres Ehemannes zu ihrem Rechtsnachfolger ermöglicht.

20 Der Beteiligte zu 1 hat C, seine Ehefrau, auf der Grundlage der letztwilligen Verfügungen vom 9.2.1965 und 24.10.2004 allein beerbt, ist damit ihr Rechtsnachfolger und letztlich der von der Erblasserin eingesetzte Ersatzerbe.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar a. D. Prof. Dr. **Rainer Kanzleiter**, Ulm

1. Im Ergebnis ist dem OLG Hamm zuzustimmen

Zu dem in der Entscheidung des OLG Hamm erwähnten Beschluss des OLG Frankfurt a. M. vom 10.12.1999¹ habe ich in einer Anmerkung die Auffassung vertreten, dass es ratsam sei, Gestaltungen zu vermeiden, nach denen der Vorerbe Einfluss auf die Person des Nacherben nehmen kann, indem etwa die Erben des Vorerben zu Nacherben bestimmt werden.² Denn solchen Anordnungen drohe die Gefahr der Unwirksamkeit nach § 2065 Abs. 2 BGB. Dafür wurde ich (wie andere, die dieselbe Auffassung vertraten) von *Otte* herb kritisiert.³ Schon seit langem halte ich diese Kritik für berechtigt: Anders als in § 2151 BGB für das Vermächtnis hat der Gesetzgeber des BGB zwar für Anordnungen über die Erbfolge die Übertragung eines Bestimmungsrechts auf Dritte (und damit auch auf den Erben oder Vorerben) durch den Erblasser in § 2065 Abs. 2 BGB bewusst abgelehnt.⁴ Die Meinungsäußerungen zu § 2065 Abs. 2 BGB gehen aber bis hin zur Einschätzung der Vorschrift als grundlegende Fehlentscheidung des Gesetzgebers.⁵ Jedenfalls sollte die Vorschrift einschränkend dahin gehend ausgelegt werden, dass die Nach- oder Ersatzerbfolge durch Potestativbedingung von Maßnahmen oder Entscheidungen Dritter und damit auch des Erben abhängig

1 20 W 224/97, auch veröffentlicht in ZEV 2001, 316 mit (in dem hier erörterten Punkt krit.) Anm. *Otte*.

2 Vgl. DNotZ 2001, 149.

3 In Staudinger/*Otte*, Neub. 2013, § 2065 Rdnr. 53.

4 Prot. V, 29 f.

5 Muscheler, *Hereditare – Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht* Bd. 1, 2011, Rdnr. 559 ff., Zusammenfassung Rdnr. 565.

gemacht werden dürfen,⁶ solange es sich nicht um eine „Scheinbedingung“ handelt, an der der Erblasser kein Interesse hat, die er nur anordnet, um trotz § 2065 Abs. 2 BGB eine Entscheidung auf den Erben oder einen anderen Dritten zu übertragen.⁷ Auch ich bin davon überzeugt, dass die Entscheidung des OLG Hamm in der Sache richtig ist. Nach dem „Meinungsstand“ ziehe ich meinen früheren Rat zurück. Letztlich bliebe noch die „Rettung durch Umdeutung“.⁸

2. Aber die Rechtsbeschwerde war zuzulassen

a) Dagegen verstehe ich nicht, weshalb das OLG Hamm die Rechtsbeschwerde zum BGH nicht nach § 70 Abs. 2 Nr. 1 und 2 FamFG zugelassen hat: Denn *Reimann* weist in seiner Anmerkung zu Recht darauf hin, dass die Divergenz zum Beschluss des OLG Frankfurt a. M. vom 10.12.1999 weiterhin besteht;⁹ das OLG Frankfurt a. M. hatte § 2065 Abs. 2 BGB einfach ohne viel Federlesens angewendet.

b) Es gibt eine Reihe positiver Gründe, die dazu führen, dass der BGH im Bereich des Erbrechts weitaus seltener als in anderen Rechtsgebieten entscheiden muss:¹⁰ Der erste Grund ist, dass das Erbrecht ein außerordentlich stabiles Rechtsgebiet ist, das heute noch in vielen Teilen unverändert seit Inkrafttreten des BGB gilt. Der zweite Grund ist die Tatsache, dass im Bereich des Erbrechts ein weitaus höherer Anteil von Rechtsstreitigkeiten nicht durch gerichtliches Urteil, sondern durch einen Vergleich der Parteien endet. Anders als in anderen Konflikten ist ja nicht ein Mangel, sondern ein Nachlass zu verteilen. Viele erbrechtliche Streitigkeiten werden zudem unter Verwandten ausgetragen, was in Einzelfällen die Streitneigung erhöhen mag, in der Mehrzahl der Fälle aber doch die Einigungsbereitschaft fördern dürfte.¹¹

6 BGH, Urteil vom 14.7.1972, V ZR 124/70, BGHZ 59, 220 (Landwirtschaftssenat); Urteil vom 26.4.1951, IV ZR 4/50, BGHZ 2, 35, 36 letzter Abs.; *Dieterle*, BWNotZ 1971, 15; *Frank*, MittBayNot 1987, 231; *Haegele*, Rpfleger 1965, 355, 358; *Ivo*, DNotZ 2002, 260; *Keim*, FamRZ 2003, 137; *Jörg Mayer*, ZEV 2000, 1; *Otte*, ZEV 2001, 318; *Staudinger/Otte*, Neub. 2019, § 2065 Rdnr. 45 ff.; *Lange/Kuchinke*; Erbrecht, 5. Aufl. 2019, § 27 I. 7.; *Bamberger/Roth/Litzenburger*, BGB, 4. Aufl. 2019, § 2065 Rdnr. 9; *MünchKomm-BGB/Leipold*, 7. Aufl. 2017, § 2065 Rdnr. 18, 21; *NK-BGB/Beck/Selbherr*, § 2065 Rdnr. 22, 23; *Planck/Flad*, BGB, 4. Aufl. 1930, § 2065 Anm. 1b (S. 360 f.); siehe allg. zur Rechtspr. des BGH zu § 2065 BGB *Karczewski*, ZEV 2018, 192 (auf S. 195 mit dem Hinweis, „die heute überwiegende Auffassung einer eher rigiden Handhabung des § 2065 Abs. 2 BGB“ beruhe auf zwei Entscheidungen des BGH aus den Jahren 1954 und 1965).

7 *Otte* weist in *Staudinger*, § 2065 Rdnr. 63, darauf hin, dass solche Versuche in der veröffentlichten Rechtsprechung noch nicht bekannt geworden sind.

8 *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, § 27 I 8 lehnt die Möglichkeit einer Umdeutung allerdings gegen *Zimmermann*, „Quos Titius voluerit“, 1991, 61 f. ab.

9 ZEV 2019, 277, 278; *Reimann* geht davon aus, dass „deshalb unter der Maxime des sichersten Weges die Gestaltungspraxis weiterhin nach Alternativlösungen suchen wird“.

10 Siehe *Kanzleiter*, ZEV 2015, 243.

11 Im konkreten Fall hätte die Zulassung der Rechtsbeschwerde nur zu einer Entscheidung des BGH geführt, wenn der Sohn oder der Schwager des Erben die Rechtsbeschwerde auch eingelegt hätte.

Weniger erfreulich ist, dass – wie auch die Entscheidung des OLG Hamm zeigt – die OLG nicht übermäßig gesonnen sind, dem BGH „ihren“ Fall zu überlassen. Im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist das praktische Ergebnis das gleiche wie zu Zeiten der Pflicht zur Vorlage beim BGH bei Abweichung von einer Entscheidung eines anderen OLG oder des BGH nach § 28 FGG: Eine solche Abweichung musste sich ja nicht unbedingt aufdrängen¹² – so wie sich jetzt die Voraussetzungen von § 70 Abs. 2 FamFG nicht aufdrängen müssen.¹³

12 Während im streitigen Zivilprozess nach § 544 ZPO bei Nichtzulassung der Revision die Nichtzulassungsbeschwerde erhoben werden kann; als Beispiel aus dem erörterten Bereich siehe BGH, Beschluss vom 7.11.2018, IV ZR 189/17, ZEV 2019, 281.

13 Siehe *Karczewski*, ZEV 2018, 192, 195.

16. Zweifel an der Testierfähigkeit bei notariellem Testament durch das Grundbuchamt

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.7.2018, I-3 Wx 259/17

BeurkG § 28

BGB § 2229 Abs. 4

GBO § 71 Abs. 1, § 73 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, § 75

LEITSÄTZE:

1. Eine Zwischenverfügung des Grundbuchamts, wonach für die Berichtigung des Grundbuchs dahin, dass der durch notarielles Testament bedachte Alleinerbe als Eigentümer eingetragen und eine von ihm zugunsten eines Käufers des Grundstücks bewilligte Auflassungsvormerkung gebucht wird, trotz Vorhandenseins eines notariellen Testaments ein die Alleinerbenstellung ausweisender Erbscheins vorzulegen sei, ist nicht zu beanstanden, wenn sich bei der Feststellung der Erbfolge tatsächliche und ernsthafte Zweifel ergeben, die nur durch weitere – dem Nachlassgericht im Verfahren auf Erteilung eines Erbscheins vorbehaltene – Ermittlungen über die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können (hier: Testierunfähigkeit der Erblasserin, insbesondere mit Blick auf einen mehrere Jahre zuvor im Betreuungsverfahren vom Gutachter festgestellten, die freie Willensbestimmung ausschließenden, seiner Natur nach nicht nur vorübergehenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit infolge einer mittelgradigen „Demenz im Senium“).
2. Der in einem notariellen Testament niedergelegten auf § 28 BeurkG beruhenden Feststellung des Notars, der Erblasser sei zum Beurkundungszeitpunkt testierfähig gewesen, die lediglich die persönliche Überzeugung des Notars auf der Grundlage des mit dem Erblasser geführten Gesprächs zum Ausdruck bringt, kommt über eine gewichtige indizielle Bedeutung im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung

zur Frage der Testierfähigkeit des Erblassers eine Bindungswirkung für ein späteres gerichtliches Verfahren, sei es ein Nachlassverfahren oder ein grundbuchrechtliches Eintragsverfahren, nicht zu.

SACHVERHALT:

1 I. Gestützt auf seine Stellung als testamentarischer Alleinerbe der am 20.1.2017 verstorbenen A, die als Eigentümerin des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes im Grundbuch eingetragen ist und am 15.7.2013 durch notarielles Testament den Beteiligten zu 1, ihren Neffen, zu ihrem Alleinerben bestimmt hatte, und unter Bezugnahme auf einen notariellen Kaufvertrag über das verfahrensgegenständliche Grundstück vom 1.6.2017 hat der Beteiligte zu 1 die Berichtigung des Grundbuchs sowie die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten des Beteiligten zu 2 beantragt.

2 Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 10.7.2017 eine Zwischenverfügung erlassen und die beantragten Eintragungen von der Vorlage eines Erbscheins, der den Beteiligten zu 1 als Alleinerben ausweise, abhängig gemacht. Die rechtliche Stellung des Beteiligten zu 1 als Alleinerbe sei nicht hinreichend nachgewiesen. Es bestünden Zweifel an der Testierfähigkeit der Erblasserin, die sich aus einer Einsichtnahme in die Gerichtsakte über die für die Erblasserin eingerichtete Betreuung sowie aus einer Einsichtnahme in die Nachlassakte ergäben.

3 Gegen diese Zwischenverfügung richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 1, mit der er vorbringt, die Erblasserin sei zum Zeitpunkt der Errichtung des ihn begünstigenden Testaments testierfähig gewesen; allein der Umstand der Einrichtung einer Betreuung sei kein ausreichender Anhaltspunkt für eine Testierunfähigkeit. Weiter legt der Beteiligte zu 1 Stellungnahmen sowohl des das Testament beurkundenden Notars als auch des Betreuers der Erblasserin vor, die beide bestätigen, dass die Erblasserin über Inhalt und Umfang der von ihr abgegebenen Erklärungen im Klaren gewesen sei.

4 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem OLG mit Beschluss vom 5.12.2017 zur Entscheidung vorgelegt.

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

7 Das Rechtsmittel ist als Beschwerde statthaft und insgesamt zulässig, § 71 Abs. 1, § 73 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1, § 72 GBO.

8 Die Beschwerde ist jedoch nicht begründet. Die Zwischenverfügung des Grundbuchamts vom 10.7.2017 ist nicht zu beanstanden.

9 Zu Recht hat sich das Grundbuchamt in der angefochtenen Zwischenverfügung auf den Standpunkt gestellt, dass zur Berichtigung des Grundbuchs dahin, dass der Beteiligte zu 1 als Eigentümer eingetragen wird, und zur Eintragung einer von dem Beteiligten zu 1 zugunsten des Beteiligten zu 2 bewilligten Auflassungsvormerkung die Vorlage eines den Beteiligten zu 1 als Alleinerben ausweisenden Erbscheins erforderlich ist.

10 § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO setzt zum Nachweis der Erbfolge grundsätzlich die Vorlage eines Erbscheins voraus. Beruht jedoch die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt die Vorlage der Verfügung und der Niederschrift über deren Eröffnung. Erachtet das Grundbuchamt die Erbfolge durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen, kann es die Vorlage eines Erbscheins verlangen, § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO.

11 Grundsätzlich hat danach das Grundbuchamt eine vorgelegte letztwillige Verfügung in Form einer öffentlichen Urkunde selbst auch inhaltlich dahin zu überprüfen, ob sich daraus die Erbfolge ableitet, die im Berichtigungswege im Grundbuch eingetragen werden soll. Der Umfang der Prüfungspflicht des Grundbuchamtes wird jedoch dadurch eingeschränkt, dass im Grundbucheintragungsverfahren tatsächliche Ermittlungen nicht durchgeführt werden dürfen. Deshalb hat das Grundbuchamt trotz Vorliegens eines notariellen Testaments die Beibringung eines Erbscheins zu verlangen und der Erlass einer Zwischenverfügung, § 18 GBO, ist insofern grundsätzlich der verfahrensmäßig gebotene Weg, wenn sich bei der Feststellung der Erbfolge tatsächliche und ernsthafte Zweifel ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen über die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können. Die Durchführung solcher weiterer Ermittlungen ist dem Nachlassgericht im Verfahren auf Erteilung eines Erbscheins vorbehalten, §§ 352 ff., 29 ff. FamFG (vgl. *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 35 Rdnr. 39 f. m. w. N.; BeckOK-GBO/*Wilsch*, § 35 Rdnr. 124 m. w. N.; OLG Hamm, BeckRS 2014, 22437).

12 Ernsthafte Zweifel, die das Grundbuchamt aufzugreifen hat, können auch in Bezug auf die Frage der Testierfähigkeit des Erblassers begründet sein. Dabei stellt allerdings die generelle Gefahr, dass letztwillige Verfügungen wegen Testierunfähigkeit unwirksam sein können, § 2229 Abs. 4 BGB, keinen ausreichenden Grund dar; auch reichen bloße Behauptungen nicht aus. Betreuung als solche berührt die Testierfähigkeit ebenfalls nicht, denn auch für den Betreuten gilt die gesetzliche Vermutung seiner Testierfähigkeit. Anlass, die Vorlage eines Erbscheins zu verlangen, besteht vielmehr erst dann, wenn begründete, nämlich konkrete Zweifel, beispielsweise gestützt auf ein Urteil oder ein fachärztliches Gutachten, gegeben sind (vgl. OLG München, MittBayNot 2015, 221 m. w. N.; BeckOK-GBO/*Wilsch*, a. a. O.; vgl. für die Frage der Geschäftsfähigkeit: *Demharter*, GBO, § 18 Rdnr. 3 m. w. N.; OLG München, BeckRS 2016, 17111).

13 Im vorliegenden Fall ist das Grundbuchamt bei der ihm obliegenden Prüfung zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, dass durch das von dem Beteiligten zu 1 in Bezug genommene notarielle Testament vom 15.7.2013, eröffnet am 3.4.2017, die Stellung des Beteiligten zu 1 als Alleinerbe nicht belegt ist. Nach Auswertung der Akten über die für die Erblasserin eingerichteten Betreuung und der Nachlassakte hat das Grundbuchamt zu Recht beachtliche Zweifel an der Testierfähigkeit der Erblasserin zum Zeitpunkt der Errichtung des notariellen Testaments angemeldet, auch der Senat teilt diese Zweifel.

14 Da das Betreuungsgericht seinen Beschluss vom 24.7.2007 über die Einrichtung einer Betreuung für die Erblasserin an das Grundbuchamt übersandt hatte, hat das Grundbuchamt diesen bei ihm aktenkundigen Umstand zu Recht zum Anlass zu einer Einsichtnahme und einer Auswertung der Betreuungsakten genommen.

15 Aus der Betreuungsakte ergibt sich, dass das Betreuungsverfahren auf Anregung eines Facharztes für Neurologie und Nervenheilkunde eingeleitet wurde. Hintergrund war dessen fachärztliche Einschätzung, dass die Erblasserin ihre Angelegenheiten wegen des Verdachts auf eine Demenz vom Alzhei-

mertyp nicht mehr in allen Bereichen selbstständig und eigenverantwortlich regeln könne. In einem daraufhin vom Betreuungsgericht eingeholten Sachverständigengutachten kam der Sachverständige in seinem Gutachten vom 16.7.2007 zu dem Ergebnis, dass sich die Erblasserin in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit, der seiner Natur nach nicht nur ein vorübergehender sei, befinde. Er diagnostizierte eine mittelgradige Demenz im Senium. Die Erblasserin könne konkrete Angelegenheiten in den Bereichen Gesundheitsorge, Aufenthaltsbestimmung, Vermögens- und Behördenangelegenheiten nicht selbst besorgen. Bei einer vorangegangenen Exploration der Erblasserin am 29.6.2007 sei sie bewusstseinsklar, aber zeitlich nicht orientiert, situativ und zur eigenen Person oberflächlich orientiert und örtlich zutreffend orientiert gewesen. Im intellektuellen Bereich hätten sich eine deutliche Abstraktionsschwäche, eine erhebliche Schwäche der Kritik- und Urteilsfähigkeit bezüglich der eigenen Situation sowie ausgeprägte Störungen des Kurzzeitgedächtnisses gefunden.

16 Damit finden sich in den Betreuungsakten bezogen auf die Zeit im Frühjahr/Sommer 2007 zwei voneinander unabhängige fachärztliche Einschätzungen, die dazu geeignet sind, Zweifel an einer Testierfähigkeit der Erblasserin zu dem deutlich späteren Zeitpunkt des 15.7.2013 zu begründen. Auch wenn diese ärztlichen Bewertungen nicht konkret auf die Frage der Testierfähigkeit der Erblasserin bezogen sind, sondern sich auf die seinerzeit zu klärende Frage der Erforderlichkeit einer Betreuung beziehen, sind die von ihnen getroffenen Feststellungen für die sich nunmehr stellende Frage einer Testierunfähigkeit von Bedeutung. Insbesondere die von dem Sachverständigen festgestellte ausgeprägte Störung des Kurzzeitgedächtnisses, die fehlende zeitliche und die nur oberflächliche Orientierung zu Situation und Person können auch die Testierfähigkeit der Erblasserin beeinflusst haben, denn die Testierfähigkeit richtet sich nach der Einsichtsfähigkeit und der Fähigkeit, nach dieser Einsicht zu handeln, § 2229 Abs. 4 BGB. Dass eine nicht oder nur eingeschränkt orientierte Person in ihrer Fähigkeit zu einer freien Willensbestimmung beeinträchtigt sein kann, liegt auf der Hand.

17 Hinzu kommt, und auch das begründet konkrete Zweifel an der Testierfähigkeit der Erblasserin zum Zeitpunkt der Errichtung des notariellen Testaments am 15.7.2013, dass bei einer diagnostizierten Demenz, wie hier, nicht mit einer Verbesserung des geistigen Zustandes zu rechnen ist, sondern eher mit einem weiteren Fortschreiten der kognitiven Defizite.

18 Zu verweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf den erheblichen Zeitablauf zwischen der Begutachtung im Sommer 2007 und der Testamenterrichtung im Sommer 2013. Auch dieser Umstand legt es nahe, dass die kognitiven Defizite der Erblasserin zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung schlechter waren, als dies zum Zeitpunkt der Begutachtung der Fall war.

19 Gestützt wird diese Annahme eines sich im Laufe der Zeit verschlechternden Zustandes der Erblasserin ferner dadurch, dass seit Erlass eines Beschlusses vom 27.11.2009 im weiteren Verlauf des Betreuungsverfahrens stets von Anhörungen der Erblasserin mit der Begründung abgesehen wurde, dass diese nach „Kenntnis des Gerichts (...) zur Kundgabe des Wil-

lens mit Sicherheit nicht in der Lage ist“. Der für die Erblasserin bestellte Betreuer hatte insofern in seinem Antrag vom 24.11.2009 darauf hingewiesen, dass es von der Tagesform der Erblasserin abhängt, ob sie den von ihm gestellten Antrag verstehe. In der Folgezeit haben sodann sowohl der Betreuer in seinen Jahresberichten als auch die die Erblasserin behandelnde Ärztin in den von ihr erstellten Zeugnissen einen unveränderten oder verschlechterten Zustand der Erblasserin mitgeteilt.

20 Schließlich ist für die Auswertung der Betreuungsakte auch der Inhalt des gerichtlichen Terminprotokolls vom 9.7.2014 von Bedeutung. Zwar fand dieser Termin ein Jahr nach der Errichtung des Testaments vom 15.7.2013 statt; von Bedeutung ist die von dem Betreuungsrichter getroffene Wahrnehmung, ein geordnetes Gespräch mit der Erblasserin sei nicht mehr möglich, in dem hier interessierenden Zusammenhang gleichwohl. Auch wenn die Verfassung der Erblasserin ein Jahr früher zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung besser gewesen sein mag, begründen die Feststellungen vom 9.7.2014 jedenfalls konkrete Zweifel dahin, ob ihre Fähigkeit zur freien Willensbestimmung ein Jahr zuvor noch gegeben war.

21 Bestärkt werden die sich aus dem Inhalt der Betreuungsakte ergebenden massiven Zweifel an der Testierfähigkeit der Erblasserin durch den Inhalt der Nachlassakten. Auch diese Akte hat das Grundbuchamt richtigerweise in seine Auswertung einbezogen, nachdem der Beteiligte zu 1 in der Vorbemerkung des notariellen Kaufvertrages vom 1.6.2017 auf diese Bezug genommen hatte. Die Schwester des Beteiligten zu 1 hat in einem am 8.6.2017 beim Nachlassgericht eingegangenen Schreiben die Verfassung der Erblasserin vor ihrem Ableben geschildert und hierzu ausgeführt, sie habe in den letzten Jahren nur im Bett gelegen und Unsinn gesprochen. Bei Besuchen in den letzten vier oder fünf Jahren hätte die Erblasserin sie, die Schwester des Beteiligten zu 1, und weitere Familienangehörige, kaum oder gar nicht erkannt.

22 Nicht ausreichend entkräftet werden die danach bestehenden erheblichen Zweifel an der Testierfähigkeit der Erblasserin durch die in dem notariellen Testament vom 15.7.2013 niedergelegte Feststellung der Überzeugung des Notars, die Erblasserin sei zum damaligen Zeitpunkt testierfähig gewesen. Diese Feststellung beruht auf § 28 BeurkG und bringt lediglich die persönliche Überzeugung des Notars auf der Grundlage des mit der Erblasserin geführten Gesprächs zum Ausdruck. Die Überzeugungsbildung hat zwar durchaus gewichtige und indizielle Bedeutung im Rahmen der Sachverhaltsaufklärung zur Frage der Testierfähigkeit eines Erblassers. Irgendeine Bindungswirkung für ein späteres gerichtliches Verfahren, sei es ein Nachlassverfahren oder ein grundbuchrechtliches Eintragsverfahren, ist mit dieser Feststellung nicht verbunden und auch aus der gesetzlichen Vorschrift des § 28 BeurkG, einer Soll-Vorschrift, nicht herzuleiten (vgl. OLG München, MittBayNot 2015, 221; OLG Hamm, BeckRS 2014, 22437).

23 Zu keinem anderen Ergebnis führen die von dem Beteiligten zu 1 zur Begründung seiner Beschwerde eingereichten Stellungnahmen des Notars, der das Testament der Erblasserin vom 15.7.2013 beurkundet hat, und des Betreuers der Erblasserin. Bei beiden Stellungnahmen handelt es sich um persönliche Einschätzungen des Notars bzw. des Betreuers,

die aufgrund ihrer beruflichen Erfahrungen durchaus zu qualifizierten Stellungnahmen in der Lage sein mögen. Gleichwohl kommt diesen Stellungnahmen kein ausschlaggebendes Gewicht zu, denn ihnen stehen die fachärztlichen Stellungnahmen, die sich in der Betreuungsakte finden, entgegen. In Bezug auf die Stellungnahme des Betreuers vom 4.10.2017 fällt zudem ein Widerspruch zu seinen oben bereits erwähnten laufenden Mitteilungen gegenüber dem Betreuungsgericht auf.

24 Bestehen demnach konkrete und begründete Zweifel an der Testierfähigkeit der Erblasserin zum Zeitpunkt der Errichtung des den Beteiligten zu 1 begünstigenden Testaments ist die Vornahme der von dem Beteiligten zu 1 beantragten Grundbucheintragungen von der Vorlage eines Erbscheins abhängig zu machen. Ob das Testament wegen Testierunfähigkeit möglicherweise unwirksam ist, bedarf als eine im Tatsächlichen angesiedelte Frage einer näheren Prüfung durch das Nachlassgericht. In jenem Verfahren sind ggf. durch Befragung weiterer Kontaktpersonen oder nach Einholung eines Sachverständigengutachtens weitere Feststellungen möglich.

(...)

17. Voraussetzungen für Rückforderung einer Schenkung bei wechselbezüglichen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament

OLG Stuttgart, Beschluss vom 27.4.2018, 19 U 48/18

BGB § 151 Satz 1, § 328 Abs. 1, § 331 Abs. 1, §§ 518, 818, 2271 Abs. 1 Satz 2, § 2287 Abs. 1

LEITSÄTZE:

- 1. Die Regelung des § 2287 Abs. 1 i. V. m. §§ 818 ff. BGB gilt keineswegs lediglich für den Fall entsprechend, dass der eingesetzte Schlusserbe durch lebzeitige Verfügungen eines Ehegatten beeinträchtigt wird, sondern auch für den Fall, dass ein Ehegatte den anderen Ehegatten durch lebzeitige Verfügungen beeinträchtigt. Eine entsprechende Anwendung findet auf wechselbezügliche Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments jedoch erst statt, wenn diese nach dem Tod des erstverstorbenen Ehegatten unwiderruflich geworden sind. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 2. Die Änderung der Bezugsrechte einer Lebensversicherung des Erblassers zugunsten eines Dritten führt dazu, dass die Ansprüche auf die Versicherungssumme originär in der Person des Bezugsberechtigten entstehen und nicht – auch nicht durchgangsweise – in den Nachlass des Erblassers fallen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

4 Der Senat hält an seiner Auffassung fest, dass der Klägerin gegen die Beklagten die vorliegend allein in Betracht kommenden Ansprüche aus §§ 2287, 818 BGB analog nicht zustehen.

5 1. a) Entgegen der Auffassung der Klägerin in ihrer Stellungnahme vom 23.4.2018 beanspruchen die seitens des Senats auf S. 4 seines Beschlusses vom 26.3.2018 zitierten höchstrichterlichen und obergerichtlichen Entscheidungen keineswegs lediglich für den Fall Geltung, dass „der eingesetzte Schlusserbe durch lebzeitige Verfügungen eines Ehegatten beeinträchtigt wird“, sondern sehr wohl auch für den Fall, dass – wie vorliegend – ein Ehegatte den anderen Ehegatten „durch lebzeitige Verfügungen beeinträchtigt“.

6 Denn nach dieser Rechtsprechung, welcher sich der Senat anschließt, ist die Regelung des § 2287 Abs. 1 i. V. m. §§ 818 ff. BGB auf wechselbezügliche Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments, das nach dem Tod des erstverstorbenen Ehegatten unwiderruflich geworden ist, entsprechend anzuwenden, ohne dass eine entsprechende Differenzierung vorgenommen würde.

7 Insoweit verweist der Senat exemplarisch auf den Beschluss des BGH vom 26.10.2011 (IV ZR 72/11, NJW-RR 2012, 207 Rdnr. 7). Anders als die Klägerin behauptet, hat der BGH in seiner Rechtsprechung sehr wohl postuliert, dass § 2287 BGB nur auf wechselbezügliche Verfügungen anwendbar sind, die nach dem Tod des erstverstorbenen Ehegatten unwiderruflich geworden sind. So heißt es in dem Urteil des BGH vom 23.2.1983 (IVa ZR 186/81, NJW 1983, 1487, 1488) ausdrücklich wie folgt:

„(...) Ein Anspruch des Kl. aus § 2287 BGB kommt hier schon deshalb nicht in Betracht, weil die Ehefrau des Erblassers zur Zeit der Schenkung (Abtretung) am 29.1.1976 noch lebte und weil deshalb die wechselbezüglichen Verfügungen des Erblassers in dem gemeinschaftlichen Testament von 1955 noch nicht bindend geworden waren. (...)“

8 b) Anders als die Klägerin meint, bleiben selbst wechselbezügliche Verfügungen frei widerruflich, solange beide Ehegatten noch leben. Insoweit gilt lediglich für die Form des Widerrufs eine besondere Regelung, der zufolge dieser in der gleichen Weise wie der Rücktritt vom Erbvertrag – d. h. in notariell beurkundeter Form – zu erfolgen hat (§ 2271 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 2296 BGB).

9 Fehl geht in diesem Zusammenhang der Hinweis der Klägerin, dass man unter Zugrundelegung der Auffassung des Senats bereits zu dem Schluss hätte kommen müssen, dass das handschriftliche Testament des Erblassers vom 10.10.2015 wirksam gewesen sei, was „völlig unstrittig nicht der Fall“ sei.

10 Denn wie aus § 2271 Abs. 1 Satz 2 BGB hervorgeht, kann durch Widerrufstestament oder sachlich widersprechende letztwillige Verfügung eine wechselbezügliche Verfügung nicht einseitig aufgehoben werden.

11 2. Zu Unrecht verweist die Klägerin schließlich weiter darauf, dass man selbst unter Zugrundelegung der Auffassung

des Senats zum frühestmöglichen Zeitpunkt einer entsprechenden Anwendung von § 2287 BGB im vorliegenden Fall eine solche Analogie bejahen müsste, da die Zuwendung an die Beklagten jeweils auf den Tod des Zuwendenden – hier: des Erblassers – bedingt sei, „die Schenkung somit erst im Zeitpunkt des Todes des Erblassers“ vollzogen werde und „in der gleichen logischen juristischen Sekunde“ auch die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments eingreife.

12 Denn hierbei verkennt die Klägerin, dass im vorliegenden Fall (...) die Änderung der streitgegenständlichen Bezugsrechte zugunsten der beiden Beklagten dazu führte, dass die jeweiligen Ansprüche der Beklagten auf die Versicherungssumme originär in der Person der betreffenden Beklagten entstanden sind und nicht – auch nicht durchgangsweise – in den Nachlass des Erblassers fielen (§§ 328, 331 BGB; vgl. nur Palandt/*Weidlich*, 77. Aufl., § 1922 Rdnr. 39 m. w. N.).

13 Selbst wenn man auf der Grundlage des Vortrags der Klägerin davon ausginge, dass das Valutaverhältnis zwischen dem Erblasser und den beiden Beklagten zu dessen Lebzeiten durch ein den Formerfordernissen des § 518 Abs. 1 BGB nicht genügendes Schenkungsversprechen begründet worden wäre und keine andere rechtliche Causa gehabt hätte, so wäre der Mangel nach § 518 Abs. 2 BGB gleichwohl im Zeitpunkt des Todes des Erblassers geheilt gewesen, da die Beklagten ihre jeweiligen Ansprüche aus den Verträgen zugunsten Dritter (§§ 328, 331 BGB) – wie oben bereits erwähnt – mit dem Todesfall im Wege eines Vonselbsterwerbs erlangt gehabt hätten (vgl. nur *Leipold*, Erbrecht, 21. Aufl., Rdnr. 579 m. w. N.). Die Beklagte zu 1 wie auch die minderjährige Beklagte zu 2, vertreten durch erstere, hätten ein – in dem an sie gerichteten Schreiben des Erblassers vom 10.10.2015 enthaltenes – formungültiges Schenkungsversprechen des Erblassers vor dessen am 23.10.2015 eingetretenen Tod gemäß § 151 Satz 1 BGB formlos angenommen. In dem Schreiben heißt es wie folgt:

„Liebe (...), liebe (...),

das Testament vom 18.6.2015 ist leider unwirksam, da das ‚Gemeinsame Testament‘ vom 1.7.2012, Vorrang hat und nicht einseitig geändert werden kann (Notaratskunft). Momentan habe ich deshalb ... in meinem Kapitalisierungsvertrag einer Lebensversicherung begünstigt (ca. 36.000 €) Zuschuss für Schule und Studium. Für Dich liebe (...) habe ich ja schon die LV über 10.000 € als Begünstigte.

Euer (...).

14 3. Das vorstehende Ergebnis hätte die Klägerin vermeiden können, wenn sie mit dem Erblasser seinerzeit einen Erbvertrag abgeschlossen statt mit ihm ein gemeinschaftliches Testament errichtet hätte.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Dietmar Weidlich**, Roth b. Nürnberg

Die Entscheidung des OLG Stuttgart beschäftigt sich mit dem Spannungsverhältnis zwischen wechselbezüglichen Verfügungen von Todes wegen und Verträgen zugunsten Dritter auf den Todesfall, die den Rechtsgeschäften unter Lebenden zuzuordnen sind.

1. Auswirkung einer Bezugsberechtigung

Der Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall (§§ 328, 331 BGB) bewirkt, dass der Dritte mit dem Tode des Erblassers Forderungsinhaber bezüglich des Auszahlungsanspruchs der Lebensversicherungssumme wird und diese Auszahlung gegenüber der Versicherungsgesellschaft als Versprechenden verlangen kann. Den Anspruch auf die Leistung erlangt der Dritte nicht aus dem Nachlass, sondern kraft Vertrags unmittelbar vom Versprechenden (sog. Deckungsverhältnis). Im Valutaverhältnis des Erblassers zum begünstigten Dritten, für das wie beim Deckungsverhältnis auch Schuldrecht gilt und § 2301 BGB nicht anzuwenden ist, bedarf es allerdings eines Rechtsgrunds, damit der Dritte den so erlangten Anspruch behalten darf. Ohne rechtlichen Grund für die Vermögensverschiebung muss der Dritte den erworbenen Anspruch gegen den Versprechenden oder die zu dessen Erfüllung bewirkte Leistung als den Gegenstand der Zuwendung an den Erben herausgeben (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB).

Das Valutaverhältnis liegt im vorliegenden Fall in einer Schenkung, dessen Formmangel (§ 518 Abs. 1 BGB) durch Vollzug der Schenkung (der Dritte ist mit dem Tod des Erblassers Inhaber der Auszahlungsforderung) geheilt wird (§ 518 Abs. 2 BGB). Die Erklärung des Versicherungsnehmers gegenüber dem Versicherer, es werde dem Dritten eine Bezugsberechtigung für die Todesfalleistung einer Lebensversicherung eingeräumt, ist – bezogen auf das Valutaverhältnis – zugleich als konkludenter Auftrag an den Lebensversicherer zu verstehen, dem Dritten nach Eintritt des Versicherungsfalls das Schenkungsangebot des Versicherungsnehmers zu überbringen, sofern dieser nicht vorher bereits anderweitig hiervon erfahren hat. Ein insoweit mit Botendiensten beauftragter Versicherer erfüllt diesen Auftrag in der Regel durch Auszahlung der Versicherungssumme an den Begünstigten, weil darin konkludent das Schenkungsangebot des verstorbenen Versicherungsnehmers zum Ausdruck kommt. Dieses Angebot nimmt der begünstigte Dritte durch Annahme des Geldes konkludent an.¹

2. Anwendbarkeit von § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB

Verträge zugunsten Dritter auf den Todesfall fallen nicht unter § 2301 BGB, sodass damit beim Tod die Vermögenswerte durch Rechtsgeschäft unter Lebenden weitergegeben werden. Nach dem BGH ist zwar nicht zu verkennen, dass mit der Anerkennung der Rechtsbeständigkeit solcher

¹ Siehe BGH, Urteil vom 26.6.2013, IV ZR 243/12, NJW 2013, 3448; Urteil vom 21.5.2008, IV ZR 238/06, NJW 2008, 2702; Palandt/*Weidlich*, 79. Aufl. 2019, § 2301 Rdnr. 17 ff.

Zuwendungen für den Todesfall durch einen Vertrag zugunsten Dritter die Möglichkeit erheblich ausgedehnt worden ist, vermögensrechtliche Regelungen, die für die Zeit nach dem Tode gelten sollen, durch – grundsätzlich formfreie – Verträge unter Lebenden herbeizuführen. Andererseits ist im Rechtsverkehr das Rechtsinstitut des Vertrages zugunsten Dritter seit langem nutzbar gemacht worden, um für den Todesfall anderen Personen Ansprüche aus Lebensversicherungen, aus Leibrentenversprechen, aus Sparverträgen und ähnlichen Verträgen zuzuwenden. Die Vorschriften der §§ 330, 331 BGB gehen davon aus, dass solche Zuwendungen durch Vertrag unter Lebenden möglich sind. Nachdem die Rechtsprechung die im Schrifttum stets streitige Rechtsfrage dahin gehend entschieden hat, dass Verträgen der hier gegebenen Art nicht wegen Verstoßes gegen erbrechtliche oder schenkungsrechtliche Vorschriften die Anerkennung versagt werden darf, ist nach dem BGH ein grundsätzlich zu beachtender Vertrauenstatbestand geschaffen, den zu beseitigen sich nur aus ganz schwerwiegenden Gründen rechtfertigen ließe. Solche Gründe liegen nach Ansicht des BGH noch nicht deshalb vor, weil mit guten Gründen auch eine andere Grenzlinie zwischen lebzeitigen Verfügungen und Verfügungen von Todes wegen gezogen werden kann.² Da beim Vertrag zugunsten Dritter auch in Bezug auf das Valutaverhältnis ein Rechtsgeschäft unter Lebenden vorliegt, kann die Sperrwirkung des auf gemeinschaftliche Testamente analog anwendbaren § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht eingreifen, da hiernach nur Verfügungen von Todes wegen die Wirksamkeit versagt wird. Auf diese seitens des BGH geklärte Frage ist das OLG Stuttgart in seiner Entscheidung nicht mehr näher eingegangen.

3. Anwendbarkeit von § 2287 BGB

Ansprüche der Ehefrau als Erbin sind daher nur nach § 2287 BGB denkbar, da die für Erbverträge geltende Vorschrift entsprechend anzuwenden ist auf wechselbezügliche letztwillige Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments, die nach dem Tode des erstverstorbenen Ehegatten unwiderruflich geworden sind.³ In diesen Zusammenhang ist allerdings zu beachten, dass nach der Rechtsprechung des BGH bei einem gemeinschaftlichen Testament ein Anspruch aus § 2287 BGB nicht in Betracht kommt, wenn beide Ehegatten zur Zeit der Schenkung noch leben. Der BGH folgert dies daraus, dass wegen des bis zum Ableben eines Ehegatten bestehenden freien Widerrufsrechtes nach § 2271 BGB eine Bindung noch nicht eingetreten ist.⁴ Demzufolge wäre ein Anspruch der Ehefrau auf Herausgabe der ausbezahlten Lebensversicherungssumme abzulehnen.

Dieses Ergebnis wird allerdings in der Literatur angezweifelt. *Spleth* weist darauf hin, dass beim gemeinschaftlichen Testament § 2287 BGB auch zugunsten des überlebenden

Ehegatten anzuwenden sei, wenn der Erblasser über sein Vermögen durch unentgeltlichen Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall verfügt hat. Denn sonst könnte der Erblasser ohne Kenntnis des Ehepartners Vermögenswerte einem Dritten endgültig zuwenden, ohne zu riskieren, dass dieser seinerseits mit einem Widerruf der den anderen Teil begünstigenden Verfügungen reagiert. Damit hätte er die Möglichkeit, das Vertrauen des anderen Teils auf den Bestand der gegenseitigen Verfügungen bewusst und geplant zu missbrauchen. Der Schutz des testamentstreuen Ehegatten gebietet also, bereits ihm einen Anspruch gegen den Beschenkten in entsprechender Anwendung des § 2287 BGB zu gewähren.⁵

Die Entscheidung des BGH, in der die Anwendbarkeit des § 2287 BGB bei Schenkungen zu Lebzeiten beider Ehegatten verneint wurde, betraf zwar keinen Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall. Die Problematik einer fehlenden Kenntnis des überlebenden Ehegatten verbunden mit der Möglichkeit, seinerseits durch einen Widerruf zu reagieren, ist aber nicht auf diese Fallkonstellationen beschränkt, sondern stellt sich in gleicher Weise bei anderen dem Ehegatten nicht bekannten Schenkungen. Die fehlende Reaktionsmöglichkeit des überlebenden Ehegatten wurde vom BGH auch nicht weiter problematisiert. Sie spielt nach Meinung der Rechtsprechung auch bei einem Widerruf nach § 2271 BGB gegenüber einem geschäftsunfähigen Ehegatten oder der Anfechtung eines gemeinschaftlichen Testaments nach Ableben eines Ehegatten keine Rolle. In diesen Konstellationen ist ein Erblasser ebenfalls nicht mehr in der Lage, auf eine Veränderung zu reagieren und tritt sein Interesse an der Wirksamkeit der eigenen Verfügungen und Beibehaltung des Status Quo zurück.⁶ Es handelt sich lediglich um eine Folgewirkung der eigenen bewusst getroffenen Bindungsentscheidung bei Abfassung des gemeinschaftlichen Testaments⁷ und damit um die Verwirklichung von Risiken, die sich daraus ergeben, dass das gemeinschaftliche Testament nur einen eingeschränkten Schutz gewährt.

Teile der Literatur bejahen dagegen die analoge Anwendbarkeit nicht nur beim Vorliegen eines Vertrages zugunsten Dritter auf den Todesfall, sondern auch bei allen lebzeitig vollzogenen Schenkungen unter Verweis auf die Vergleichbarkeit der Rechtslage wie bei einem mit einem voraussetzungslosen Rücktrittsrecht (§ 2293 BGB) versehenen Erbvertrag.⁸ Gegen diese rein rechtsfolgenorientierte Meinung spricht nach dem OLG Stuttgart jedoch bereits, dass sie den unterschiedlichen Bindungsgrund von gemeinschaftlichem Testament einerseits sowie Erbvertrag andererseits verkennt. Da die Bindung beim Erbvertrag aus dem Vertragsrecht resultiert, ergibt sich so lange, wie von einem vorbehaltenen Rücktritt (vgl. § 2293 BGB) kein Gebrauch gemacht wird, eine vertragliche Bindung, wohingegen beim

² Vgl. BGH, Urteil vom 26.11.1975, IV ZR 138/74, NJW 1976, 749 m. w. N.

³ Siehe BGH, Urteil vom 28.9.2016, IV ZR 513/15, NJW 2017, 329, 330; Palandt/*Weidlich*, § 2271 Rdnr. 10 m. w. N.

⁴ Siehe BGH, Urteil vom 23.2.1983, IVa ZR 186/81, NJW 1983, 1487.

⁵ *Spleth*, NJW 1985, 463 ff.

⁶ Siehe BGH, Urteil vom 25.5.2016, IV ZR 205/15, NJW 2016, 2566, 2567 f.

⁷ OLG Hamm, Beschluss vom 5.11.2013, I-15 W 17/13, FGPrax 2014, 71, 73.

⁸ Siehe z. B. *Dickhut-Harrach*, FamRZ 2005, 322, 325; *Staudinger/Kanzleiter*, Neub. 2014, § 2287 Rdnr. 2.

gemeinschaftlichen Testament bis zum Tod des Erstversterbenden lediglich eine „Übereinstimmung des Motivs“ zu verzeichnen ist. Das OLG Stuttgart verweist insoweit auf *J. Mayer*.⁹ Im Ergebnis würde dies dazu führen, dass bei einem Erbvertrag mit freiem Rücktrittsrecht eine Rückforderung der Lebensversicherungssumme begründet wäre. Dem hält aber gerade *J. Mayer* entgegen, dass die Vergleichbarkeit bereits daran scheitert, dass beim Erbvertrag mit freiem Rücktrittsrecht die Anwendbarkeit des § 2287 BGB fraglich ist, wenn die Schenkung zu einem Zeitpunkt erfolgt, zu dem das Rücktrittsrecht ausgeübt werden könnte.¹⁰ Für die Auffassung *J. Mayers* und ein Abstellen auf eine nicht mehr beseitigbare Bindungswirkung spricht auch eine Entscheidung des BGH, wonach bei einer bindenden Schlusserbfolge § 2287 BGB dann nicht eingreifen kann, wenn der Erblasser die Schlusserbfolge hätte anfechten können und er innerhalb der laufenden Anfechtungsfrist zum Nachteil des Erben Vermögen verschenkt, selbst wenn er letztlich nicht anfecht. Die Ausübung des Anfechtungsrechts ist daher nicht Voraussetzung, um die Anwendbarkeit des § 2287 BGB zu verneinen.¹¹ Zwar handelte es sich im Fall des BGH wiederum um ein gemeinschaftliches Testament von Ehegatten. Allerdings war durch das Vorversterben der Ehefrau die gleiche Bindungslage wie bei einer erbvertraglichen Regelung eingetreten, sodass sich dies nach *J. Mayer* auf die Rechtslage bei Vereinbarung eines vorbehaltenen Rücktrittsrechts übertragen lässt.¹²

4. Zeitpunkt des Entstehens des Valutaverhältnisses

Ein weiterer entscheidender Aspekt für das OLG Stuttgart bestand darin, dass die Heilung des formnichtigen Schenkungsversprechens bereits im Zeitpunkt des Todes des Erblassers eingetreten war. Das Schenkungsangebot war im vorliegenden Fall nicht erst nach dem Tod des Erblassers von der Versicherung überbracht worden, sondern der Erblasser hatte die Bezugsberechtigung durch Übersendung eines Briefes vor seinem Tod mitgeteilt, worin nach dem OLG Stuttgart bereits das Überbringen des Schenkungsangebots zu sehen war. Der mit dem Tod des Erblassers eingetretene Vollzug der Schenkung bewirkte daher zeitgleich auch die Wirksamkeit des Valutaverhältnisses. Offen bleibt damit die Frage, inwieweit eine Anwendbarkeit des § 2287 BGB in Betracht kommt, wenn zwar der Vollzug der Schenkung mit dem Tod erfolgt, das Valutaverhältnis aber erst danach entsteht, z. B. weil wie häufig der Zugang des Schenkungsversprechens erst mit der Mitteilung durch die Versicherung erfolgt. Für die Anwendbarkeit des § 2287 BGB könnte sprechen, dass der mit Ableben des Erblassers zugunsten der Ehefrau vorläufig entstandene Bereicherungsanspruch dieser ab dem Zeitpunkt des Ablebens des Erblassers aufgrund der wechselbezüglichen gegenseitigen

Erbeinsetzung nicht mehr nachträglich genommen werden kann. Zwar besteht bei einer wechselbezüglichen gegenseitigen Erbeinsetzung nach § 2271 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht die Möglichkeit, diese durch eine neue einseitige Verfügung von Todes wegen aufzuheben. Andererseits hat der BGH aber auch mehrfach betont, dass der Schutz, den § 2287 BGB bietet, nicht weiterreichen kann als die erbrechtliche Bindung.¹³ Da ein Vertrag zugunsten Dritter als Vertrag unter Lebenden nach dem BGH aber gerade nicht von der Sperrwirkung des § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB erfasst wird und eine Bindung bezüglich gegenseitiger Erbeinsetzungen wegen des freien Widerrufsrechts nach § 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht bestehen kann, spricht dies eher für die Annahme, den Schutzbereich des § 2287 BGB nur für solche Fälle zu eröffnen, in denen der überlebende Ehegatte seinerseits in analoger Anwendung von § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB an eine von ihm getroffene Erbeinsetzung gebunden ist.¹⁴

5. Fazit

Der BGH hat die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision durch das OLG Stuttgart zurückgewiesen.¹⁵ Die Entscheidung des OLG Stuttgart zeigt einmal mehr die Schwächen des gemeinschaftlichen Testaments gegenüber einem Erbvertrag. Will man den Ehegatten gegen eine Aushöhung des Nachlasses durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden unter Rückgriff auf § 2287 BGB sicher schützen, ist, worauf auch das OLG Stuttgart hinweist, ein Erbvertrag ohne Vereinbarung eines Rücktrittsrechtes bzw. mit nur eingeschränkten Rücktrittsmöglichkeiten abzuschließen.

13 Siehe BGH, Urteil vom 23.9.1981, IVa ZR 185/80, NJW 1982, 43; Urteil vom 2.12.1981, IVa ZR 252/80, NJW 1982, 441; Urteil vom 11.6.1986, IVa ZR 248/84, MittBayNot 1986, 265.

14 So der Fall von BGH, Urteil vom 26.11.1975, IV ZR 138/74, NJW 1976, 749.

15 BGH, Beschluss vom 5.12.2018, IV ZR 138/18, BeckRS 18, 31672.

9 ZEV 2005, 175, 176.

10 Reimann/Bengel/Mayer/*J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl. 2015, § 2271 Rdnr. 119.

11 BGH, Urteil vom 3.5.2006, IV ZR 72/05, ZEV 2006, 505.

12 Reimann/Bengel/Mayer/*J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, § 2287 Rdnr. 59.

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

18. Chronologie der Gesellschafterlisten im Registerordner

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.3.2019, 3 Wx 53/18

FamFG § 59 Abs. 2, § 395

GmbHG § 16 Abs. 1 Satz 1, § 40 Abs. 2 Satz 2

HRV § 9 Abs. 1 Satz 2

LEITSATZ:

Werden mehrere Gesellschafterlisten an einem Tag eingereicht, ist § 9 Abs. 1 Satz 2 HRV in dem Sinne auszulegen, dass die Listen in chronologischer Reihenfolge in den Registerordner einzustellen sind. Dies gilt umso mehr, wenn die Reihenfolge von dem einreichenden Notar vorgegeben wird. (Leitsatz der Schriftleitung)

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2019, 710.

19. Erforderlichkeit einer Ergänzungspflegebestellung bei Zustimmungserfordernis des minderjährigen Kommanditisten

OLG Oldenburg, Beschluss vom 18.3.2019, 12 W 9/19

BGB § 1629 Abs. 2, § 1795 Abs. 1 Nr. 1

FamFG § 382 Abs. 4 Satz 2

LEITSATZ:

Ist zur Übertragung eines Kommanditanteils die Zustimmung aller Gesellschafter der Kommanditgesellschaft erforderlich, sind die Eltern eines minderjährigen Kommanditisten an der Abgabe einer entsprechenden Erklärung im Rahmen ihrer gesetzlichen Vertretungsmacht gehindert, wenn noch weitere ihrer Kinder an der Gesellschaft beteiligt sind. In diesem Fall bedarf es der Zustimmung eines gerichtlich bestellten Ergänzungspflegers.

SACHVERHALT:

1 I. An der betroffenen Kommanditgesellschaft sind die Antragstellerin als Komplementärin und 18 weitere Gesellschafter als Kommanditisten beteiligt. Mit Anteilsübertragungsvertrag vom (...) 2017 übertrug die bisherige Kommanditistin Y ihren Kommanditanteil auf ihren minderjährigen Enkel Z, der hierzu durch einen gerichtlich bestellten Ergänzungspfleger vertreten wurde. Die antragstellende Komplementärin hat im eigenen Namen sowie aufgrund der ihr von den Kommanditisten erteilten Registervollmachten beantragt, den Gesellschafterwechsel im Handelsregister einzutragen.

2 Mit Zwischenverfügung hat das Registergericht die beantragte Eintragung von dem Nachweis abhängig gemacht, dass ein Ergänzungspfleger für den ebenfalls minderjährigen Kommanditisten W die Zustimmung zu dem Beitritt des Z erklärt. Zur Begründung hat

das Registergericht ausgeführt, dass der Beitritt eines neuen Gesellschafters in eine Personengesellschaft der Zustimmung der übrigen Gesellschafter bedarf. Die Eltern des Kommanditisten W seien nach § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB gehindert, für diesen als gesetzliche Vertreter die erforderliche Zustimmung zu erklären, da auch dessen (volljähriger) Bruder V an der Gesellschaft beteiligt sei.

3 Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin. Sie ist der Ansicht, dass eine Zustimmung der Kommanditisten zum Gesellschafterwechsel nicht erforderlich sei, da der neu eintretende Gesellschafter nicht zusätzlich, sondern anstelle einer bisherigen Gesellschafterin der Gesellschaft beitrete, deren Rechtsstellung er übernehme. Die vertraglichen Grundlagen würden sich damit nicht ändern. Auch eine Vinkulierung der Gesellschaftsanteile sehe der Gesellschaftsvertrag nicht vor. Selbst wenn man von einer Zustimmungspflicht ausgehe, greife kein Vertretungsverbot, da die Interessen der bisherigen Gesellschafter gegenüber dem neu beitretenden Gesellschafter gleichgelagert seien und der zum Vertretungsverbot führende Interessengegensatz nicht vorliege.

AUS DEN GRÜNDEN:

4 II. Die nach § 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG statthafte Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg. Das Registergericht geht mit der angefochtenen Zwischenverfügung zutreffend davon aus, dass der einzutragende Gesellschafterwechsel der Zustimmung aller Mitgesellschafter bedarf und die Eltern des minderjährigen Kommanditisten W nach § 1629 Abs. 2, § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB daran gehindert sind, diese Zustimmung im Rahmen der gesetzlichen Vertretungsbefugnis für ihn zu erklären.

5 Der Beanstandung der angefochtenen Zwischenverfügung liegt im Ausgangspunkt die zutreffende Rechtsauffassung des Registergerichts zugrunde, dass die (dingliche) Übertragung des Gesellschaftsanteils in einer Personengesellschaft der Zustimmung aller Mitgesellschafter bedarf, wenn die Übertragung nicht bereits durch den Gesellschaftsvertrag gestattet wird (vgl. BGHZ 81, 82, zit. aus juris Rdnr. 7; OLG München, ZIP 2015, 2023, zit. aus juris Rdnr. 36; Baumbach/Hopt, HGB, 38. Aufl., § 105 Rdnr. 70; Ebenroth/Wertenbruch, HGB, 3. Aufl., § 105 Rdnr. 215). Durch die Übertragung des Gesellschaftsanteils ändert sich der Gesellschafterbestand und damit der Kreis der Vertragspartner, mit denen der jeweilige Gesellschafter die Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes vereinbart hat. Die Bestimmung der Vertragspartner gehört jedoch zu den essentialia eines jeden Vertrages. Ihre Veränderung berührt den Kern der Vertragsbeziehung, die grundsätzlich nur einvernehmlich geändert werden kann, wenn der Vertrag keine anderen Bestimmungen hierüber enthält. Damit unterscheidet sich die Übertragung eines Gesellschaftsanteils in einer vertraglich strukturierten Personengesellschaft von derjenigen in einer körperschaftlich strukturierten und satzungsbestimmten Kapitalgesellschaft. Dort sind die Gesellschaftsanteile grundsätzlich frei übertragbar, es sei denn, dass die Satzung eine Vinkulierung vorsieht (vgl. Ebenroth/Wertenbruch, a. a. O.).

6 Vorliegend haben die Kommanditisten der betroffenen Gesellschaft dem verfahrensgegenständlichen Gesellschafterwechsel offenbar noch überhaupt nicht zugestimmt. Der Vortrag der Antragstellerin, welche die Auffassung vertreten hat, mangels Vinkulierung der Anteile sei eine derartige Zustimmung nicht erforderlich, legt diese Vermutung jedenfalls nahe.

Allein durch die einheitliche Anmeldung des Gesellschafterwechsels wird diese Zustimmung nicht bewirkt. Die den Eintragungsantrag stellende Komplementärin vertritt insoweit ihre Mitgesellschafter auf Grundlage der Registervollmacht. Diese Vollmacht ermächtigt aber nur zur Vertretung im Rahmen der Anmeldung von Registereintragungen, zu deren Vornahme der jeweilige Kommanditist gegenüber dem Registergericht verpflichtet ist. Eine derartige Anmeldepflicht setzt jedoch bereits eine wirksame Änderung der eintragungspflichtigen Verhältnisse voraus. Hieran fehlt es, wenn die Anteilsübertragung noch nicht wirksam vollzogen ist, weil ihr noch nicht alle Mitgesellschafter zugestimmt haben. Solange dies nicht der Fall ist, bleibt die Anteilsübertragung schwebend unwirksam (vgl. Ebenroth/Wertenbuch, a. a. O., Rdnr. 217). Aus Sicht des Beschwerdegerichts hätte es daher nahe gelegen, die beantragte Eintragung vom Nachweis einer wirksamen Zustimmung aller Mitgesellschafter abhängig zu machen und nicht nur derjenigen des Kommanditisten W. Eine diesbezügliche Abänderung der Zwischenverfügung ist dem Beschwerdegericht allerdings nicht gestattet. Dessen Entscheidungsbefugnis ist darauf beschränkt, ob die in der Zwischenverfügung erhobenen Beanstandungen berechtigt sind. Es darf dagegen nicht in einer für das AG bindenden Weise darüber befinden, ob dem Antrag auch noch weitere Eintragungshindernisse entgegenstehen (vgl. OLG Frankfurt, NZG 2014, 909, zit. aus juris Rdnr 18 m. w. N.).

7 Verfahrensgegenständlich ist damit nur die Beanstandung des Registergerichts, wonach es für eine wirksame Zustimmung des minderjährigen Kommanditisten W einer entsprechenden Erklärung eines gerichtlich bestellten Ergänzungspflegers bedarf. Die Eltern dieses Kommanditisten sind gemäß § 1629 Abs. 2, § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB daran gehindert, im Rahmen ihrer gesetzlichen Vertretungsmacht für diesen eine entsprechende Erklärung abzugeben. Wie ausgeführt, handelt es sich bei der Zustimmung zu einer Anteilsübertragung um eine Änderung des Gesellschaftsvertrages, da ein Wechsel zwischen den Parteien dieses Vertrages stattfindet. Beteiligte dieser Vertragsänderung sind alle Gesellschafter, mithin auch der bereits volljährige Bruder des Kommanditisten W. Mit diesem sind die Eltern des betroffenen Minderjährigen in gerader Linie verwandt, sodass für das vorliegende Rechtsgeschäft das Vertretungsverbot aus § 1629 Abs. 2, § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB greift.

8 Die Anwendung der Vertretungsverbote aus §§ 1795 bzw. 181 BGB auf Gesellschafterbeschlüsse ist höchstrichterlich geklärt. Wird mit dem Beschluss über laufende Angelegenheiten der Gesellschaft abgestimmt und insoweit eine Angelegenheit der Geschäftsführung der Gesellschaft geregelt, handeln die Gesellschafter innerhalb des Rahmens ihres Vertrages, mit dem sie sich wechselseitig zur Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes verpflichtet haben. Im Rahmen derartiger Beschlussfassungen sind die Gesellschafter im Allgemeinen nicht gehindert, sich wechselseitig zu vertreten. Insoweit bestehen auch keine Bedenken, wenn die Eltern von verschwägerten Gesellschaftern im Rahmen ihrer gesetzlichen Vertretungsmacht ihre minderjährigen Kinder bei der Beschlussfassung vertreten. Zwar können auch bei derartigen Beschlussgegenständen zwischen den Gesellschaftern unterschiedliche Auffassungen darüber bestehen, wie der Gesellschaftszweck am

besten gefördert werden kann. Derartige Meinungsverschiedenheiten beruhen aber typischerweise nicht auf einem Widerstreit persönlicher Interessen des einzelnen von denjenigen anderer Gesellschafter. Es handelt sich damit um keinen Interessenkonflikt, welche die gesetzlichen Vertretungsverbote aus §§ 181 bzw. 1795 BGB zu verhindern suchen (vgl. BGHZ 65, 93 zit. aus juris Rdnr. 10ff).

9 Soweit dagegen mit dem Beschluss – wie vorliegend mit der Entscheidung, mit welchen Personen die Gesellschaft weitergeführt wird – der Gesellschaftsvertrag selbst geändert wird, schließen die Gesellschafter den Vertrag nicht in derselben Partierolle ab, sondern stehen sich – vergleichbar den Parteien eines Austauschvertrages – als Geschäftspartner gegenüber. Die Vertragsänderung ist ein Tatbestand, der aus dem Rahmen der Geschäftsführung und der laufenden gemeinsamen Gesellschaftsangelegenheiten herausfällt und die Grundlagen des Gesellschaftsverhältnisses berührt. Bei derartigen Beschlussgegenständen lässt sich nicht in gleicher Weise wie bei Geschäftsführungsentscheidungen davon ausgehen, dass von vornherein kein Interessenkonflikt zwischen den Gesellschaftern besteht (vgl. BGHZ 65, 93 Rdnr. 9; 112, 339 Rdnr. 12; BGH, NJW 1961, 7245 Rdnr. 20; jew. zit. aus juris; BeckOK-BGB/Schäfer, § 181 Rdnr. 14; MünchKomm-BGB/Schubert, 8. Aufl., § 181 Rdnr. 38; Staudinger/Schilken, Neub. 2014 § 181 Rdnr. 26).

(...)

20. Krankenversicherung: Statusfeststellung eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH (UG) mit nicht notariell beurkundeter Treuhandabrede vor Gründung der GmbH

LSG Sachsen, Urteil vom 8.11.2018, 9 KR 263/15

GmbHG § 15 Abs. 3 und 4

SGB IV § 7 Abs. 1, § 7a Abs. 1

LEITSATZ:

Der Geschäftsführer einer GmbH, der zugleich Alleingesellschafter der GmbH ist, ist selbstständig tätig, selbst wenn er eine nicht beurkundete Treuhandabrede vor Gründung der GmbH geschlossen hat, nach der er die Geschäftsanteile nur als Treuhänder hält.

INTERNATIONALES PRIVATRECHT

21. Ausübung des Vorkaufsrechts nach dem RSG

BGH, Beschluss vom 10.5.2019, BLw 1/18 (Vorinstanz: OLG München, Beschluss vom 4.4.2018, W XV 3/17 Lw)

EuVwZÜ Art. 11 Abs. 1

GrdstVG § 6 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2

RSG § 6 Abs. 1 Satz 3, § 10

LEITSÄTZE:

1. Bei der Zustellung im Ausland (hier: Italien) durch die Post nach Art. 11 Abs. 1 des Europäischen Übereinkommens über die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen im Ausland ist die Beifügung von Übersetzungen des zuzustellenden Schriftstücks (hier: Mitteilung über die Ausübung des Vorkaufsrechts gemäß § 6 Abs. 1 Satz 3 RSG) nicht erforderlich.
2. Ist die Genehmigungsbehörde der Auffassung, dass eine Erklärung über die Ausübung des Vorkaufsrechts durch die vorkaufsberechtigte Stelle herbeigeführt werden muss, so ist sie verpflichtet, dem Veräußerer einen darauf bezogenen Zwischenbescheid zu erteilen; sie handelt verfahrensfehlerhaft, wenn sie die Frist ohne (weitere) Begründung durch Zwischenbescheid von einem auf zwei Monate verlängert und den Vertrag sodann gemäß § 12 GrdstVG der Siedlungsbehörde vorlegt (Fortführung von Senat, Beschluss vom 23.11.2012, BLw 13/11, NJW 2013, 607 Rdnr. 17).
3. Erfolgt die Mitteilung über die Ausübung des Vorkaufsrechts zwar fristgerecht, ist dem Veräußerer der auf die Herbeiführung der Erklärung über die Ausübung des Vorkaufsrechts gestützte Zwischenbescheid aber verfahrensfehlerhaft nicht erteilt worden, so führt dies nicht zur Rechtswidrigkeit der (in der Mitteilung enthaltenen) Genehmigungsversagung, sondern dazu, dass das Vorkaufsrecht nicht wirksam ausgeübt worden ist; letzteres wird nicht in dem Einwendungsverfahren nach § 10 RSG, sondern in dem (zwischen dem Veräußerer und dem Siedlungsunternehmen zu führenden) Zivilprozess geprüft (Abgrenzung zu Senat, Beschluss vom 4.2.1964, V BLw 31/63, BGHZ 41, 114 ff.; Fortführung von Senat, Beschluss vom 28.4.2017, BLw 2/16, NJW-RR 2017, 1228 Rdnr. 17 ff.).

SACHVERHALT:

1 I. Mit notariellem Vertrag vom 30.12.2015 verkaufte die Beteiligte zu 3 (Verkäuferin), ein gemeinnütziger religiöser Verein mit Sitz in Italien, ein aus einer sanierungsbedürftigen Hofstelle sowie land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken (37 ha) bestehendes landwirtschaftliches Anwesen zum Preis von 1,15 Mio. € an die Beteiligten zu 1 und 2 (Käufer), die als Rechtsanwälte tätig sind. Der Antrag der Vertragsparteien auf Genehmigung des Kaufvertrags ging am 5.1.2016 bei der Beteiligten zu 4 (Genehmigungsbehörde) ein. Mit Zwischen-

bescheid vom 7.1.2016 verlängerte die Genehmigungsbehörde die Frist, innerhalb derer die Entscheidung über die Genehmigung zu treffen ist, auf zwei Monate unter Hinweis darauf, dass die Prüfung des Antrags innerhalb der Monatsfrist nicht abgeschlossen werden könne. Mit Schreiben vom 5.2.2016 teilte die Beteiligte zu 5 (Siedlungsunternehmen) mit, dass sie das Vorkaufsrecht nach § 4 RSG ausübe, weil ein Vollerwerbslandwirt an dem Erwerb der Grundstücke zu den Bedingungen des Kaufvertrags interessiert sei. Diese Erklärung teilte die Genehmigungsbehörde der Verkäuferin und den Käufern durch Bescheid vom 15.2.2016 mit. Dieser wurde der Verkäuferin in Italien durch die Post übermittelt; eine Übersetzung war nicht beigelegt. Der Rückschein des Einschreibens wurde am 22.2.2016 unterzeichnet und an die Behörde zurückgesandt.

2 Den Antrag der Käufer auf gerichtliche Entscheidung hat das AG – Landwirtschaftsgericht – zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde war erfolglos. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde, deren Zurückweisung das Siedlungsunternehmen beantragt, wollen die Käufer feststellen lassen, dass die Genehmigung des Kaufvertrags als erteilt gilt; hilfsweise wollen sie erreichen, dass der Bescheid vom 15.2.2016 aufgehoben und die Genehmigung erteilt wird.

3 II. Nach Ansicht des Beschwerdegerichts gilt der Kaufvertrag nicht gemäß § 6 Abs. 2 GrdstVG als genehmigt. Die Genehmigungsbehörde habe die Frist des § 6 Abs. 1 Satz 1 GrdstVG wirksam zumindest auf zwei Monate verlängert und innerhalb dieses Zeitraums über den Antrag auf Genehmigung entschieden. Der Bescheid über die Mitteilung der Ausübung des Vorkaufsrechts sei der Verkäuferin in Italien wirksam durch die Post zugestellt worden. Der Beifügung einer Übersetzung habe es nicht bedurft.

4 Die Mitteilung der Ausübung des Vorkaufsrechts sei auch dann wirksam, wenn – wie hier – ein Zwischenbescheid zur Verlängerung der Frist auf drei Monate nicht ergangen sei. Dieses Verständnis entspreche Wortlaut und Sinn von § 6 Abs. 1 GrdstVG. Die Vorschrift richte sich ihrem Wortlaut nach an die Behörde, der die Möglichkeit einer Verlängerung auf drei Monate die notwendige Zeit zur Herbeiführung der Entscheidung des Siedlungsunternehmens verschaffen solle. Der Zwischenbescheid habe aber grundsätzlich nicht die Funktion, die Parteien des Kaufvertrags zu warnen und ihnen die Gelegenheit zu verschaffen, die Genehmigungsanträge zurückzuziehen. Zudem seien die Parteien in dem Kaufvertrag auf ein mögliches Vorkaufsrecht hingewiesen worden. In der Sache sei die Genehmigung zu versagen, weil die Veräußerung zu einer ungesunden Verteilung von Grund und Boden im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdstVG führe.

AUS DEN GRÜNDEN:

5 III. Die Rechtsbeschwerde hat im Ergebnis keinen Erfolg.

6 1. Der Hauptantrag, mit dem die Käufer feststellen lassen wollen, dass die Genehmigung des Kaufvertrags als erteilt gilt, ist zu Recht zurückgewiesen worden. Die Genehmigungsfiktion, auf die der Antrag abzielt, tritt gemäß § 6 Abs. 2 GrdstVG ein, falls nicht innerhalb der in § 6 Abs. 1 GrdstVG genannten Frist die Genehmigungsbehörde dem Veräußerer eine Entscheidung nach § 9 GrdstVG zustellt. Von einer fristgerechten Zustellung geht das Beschwerdegericht rechtsfehlerfrei aus.

7 a) Die Frist ist durch den Zwischenbescheid von einem auf zwei Monate verlängert worden; dieser ist den kaufvertraglichen Vereinbarungen entsprechend wirksam an den Notar zugestellt worden. Ob aus dem Bescheid – wie die Rechtsbeschwerde meint – hervorgehen musste, dass die Erklärung über die Ausübung des Vorkaufsrechts herbeigeführt werden sollte, ist für den Hauptantrag unerheblich. Denn selbst wenn sich die Begründung des Zwischenbescheids als verfahrensfehlerhaft erweisen sollte, änderte dies nichts daran, dass die Frist um einen auf zwei Monate verlängert worden ist. Die Ver-

längerung setzt nach gefestigter Rechtsprechung lediglich voraus, dass aus Sicht der Behörde mehr Zeit für die Prüfung erforderlich ist. Maßgeblich ist die subjektive Einschätzung der Genehmigungsbehörde; der Zwischenbescheid bedarf keiner (weiteren) Begründung (vgl. Senat, Beschluss vom 28.4.2017, BLw 1/16, NJW-RR 2017, 1049 Rdnr. 17 m. w. N.).

8 b) Zu Recht und mit zutreffender Begründung nimmt das Beschwerdegericht weiter an, dass der Bescheid vom 15.2.2016, der die Mitteilung über die Ausübung des Vorkaufsrechts und damit zugleich die Entscheidung nach § 9 GrdstVG enthielt, der Verkäuferin innerhalb der auf zwei Monate verlängerten Frist in Italien wirksam zugestellt worden ist.

9 aa) Im Ausgangspunkt richtet sich die Zustellung nach dem BayVwZVG, weil die Genehmigungsbehörde als Behörde des Freistaats Bayern handelt (vgl. Art. 1 Satz 1 BayVwZVG). Gemäß Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 BayVwZVG erfolgt eine Zustellung im Ausland durch Einschreiben mit Rückschein, soweit die Zustellung von Dokumenten unmittelbar durch die Post völkerrechtlich zulässig ist. Völkerrechtlich maßgeblich ist entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde nicht die EuZVO, sondern vielmehr – wie von dem Beschwerdegericht zutreffend zugrunde gelegt – die EuVwZÜ. Ob eine Verwaltungssache im Sinne dieses Übereinkommens vorliegt, richtet sich nach deutschem Recht. Erfasst werden alle Angelegenheiten der öffentlichen Verwaltung (vgl. Engelhardt/App/Schlatmann/Engelhardt, VwVG/VwZG, 11. Aufl., Art. 1 EuVwZÜ Rdnr. 1). Zu den Angelegenheiten der öffentlichen Verwaltung in diesem Sinne zählt auch die Mitteilung der Vorkaufsrechtsausübung gemäß § 6 Abs. 1 Satz 3 RSG. Sie stellt einen Verwaltungsakt dar, mit dem die Genehmigungsbehörde die Genehmigung in modifizierter Form versagt (näher Senat, Beschluss vom 28.4.2017, BLw 2/16, NJW-RR 2017, 1228 Rdnr. 21). Die Rechtsnatur der Mitteilung ändert sich nicht dadurch, dass der Verwaltungsakt wegen der Ausübung des Vorkaufsrechts auch Auswirkungen auf das materielle Zivilrecht haben kann.

10 bb) Die danach maßgeblichen rechtlichen Vorgaben sind bei der innerhalb der verlängerten Frist erfolgten Zustellung eingehalten worden. Insbesondere ist es unschädlich, dass der Präsident der Verkäuferin den Bescheid nach Absendung des Rückscheins mit dem Bemerkten zurückgesandt hat, er verstehe die deutsche Sprache nicht.

11 (1) Gemäß Art. 11 Abs. 1 EuVwZÜ kann jeder Vertragsstaat Personen, die sich im Hoheitsgebiet anderer Vertragsstaaten befinden, Schriftstücke unmittelbar durch die Post zustellen lassen. Einen Vorbehalt hat Italien nicht erklärt. Bei der Zustellung im Ausland durch die Post nach Art. 11 Abs. 1 EuVwZÜ ist die Beifügung von Übersetzungen des zuzustellenden Schriftstücks nicht erforderlich. Regelungen, die die Sprachfassung des zuzustellenden Schriftstücks betreffen, enthält das Übereinkommen nämlich nur bezogen auf die Zustellung durch die zentrale Behörde des ersuchten Staates (vgl. Art. 6 und 7 EuVwZÜ). Selbst bei einer solchen Zustellung ist die Beifügung einer Übersetzung gemäß Art. 7 Abs. 1 EuVwZÜ entbehrlich; nur dann, wenn der Empfänger die Annahme ablehnt, muss unter den in Art. 7 Abs. 2 EuVwZÜ näher geregelten Voraussetzungen eine Übersetzung erfolgen. Bestimmungen dieser Art dienen hauptsächlich dazu, einheitlich zu klären, wer im Stadium der Zustellung eines Schriftstücks

dessen Übersetzung sicherzustellen und deren Kosten zu tragen hat (vgl. EuGH, Urteil vom 8.5.2008, Ingenieurbüro Michael Weiss und Partner GbR/Industrie- und Handelskammer Berlin, C-14/07, ECLI:EU:C:2008:264, Rdnr. 58 zu Art. 8 EuZVO a. F.).

12 (2) Vergleichbare Regelungen (auch) für die unmittelbare Zustellung durch die Post trifft das Europäische Übereinkommen über die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen im Ausland in Art. 11 Abs. 1 EuVwZÜ gerade nicht; eine Verweisung ist hier – anders als nach den in Art. 8 Abs. 4 i. V. m. Art. 14 EuZVO enthaltenen Regelungen (vgl. Zöller/Geimer, ZPO, Anh. II B, Art. 14 EuZVO Rdnr. 2) – nicht vorgesehen. Dementsprechend geht das Auswärtige Amt in seinem an die Auslandsvertretungen gerichteten Runderlass über die Zustellung von Verwaltungsakten im Ausland davon aus, dass die Beifügung von Übersetzungen nur für Zustellungen auf dem diplomatischen Weg erforderlich ist (Runderlass über Zustellung/Eröffnung von Verwaltungsakten im Ausland/Amtshilfe, RES 511-23 in der Fassung vom 12.7.2018 unter I. 1c) bb)). Maßgeblich für die Sprachfassung ist daher das nationale Verwaltungsverfahrenrecht. Danach muss der Bescheid in deutscher Sprache abgefasst sein, weil die Amtssprache deutsch ist (Art. 23 BayVwVfG). Ebenso wie bei sprachunkundigen Inländern ist es Sache des Empfängers im Ausland, die Übersetzung des zugestellten Schriftstücks sicherzustellen. Da Wortlaut und Systematik des Europäischen Übereinkommens über die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen im Ausland in diesem Punkt eindeutig sind, ist eine Vorlage an den EuGH gemäß Art. 267 AEUV nicht veranlasst.

13 (3) Auch im Übrigen sieht das Beschwerdegericht die Zustellung ohne Rechtsfehler als wirksam an. Durch den Rückschein ist die Zustellung nachgewiesen (vgl. Art. 14 Abs. 2 Satz 1 BayVwZVG). Etwaige weitere Zustellungsmängel wären im Übrigen gemäß Art. 9 BayVwZVG geheilt, weil der Präsident der Verkäuferin die Mitteilung über die Ausübung des Vorkaufsrechts jedenfalls am 26.2.2016 tatsächlich erhalten hat.

14 2. Die Zurückweisung des Hilfsantrags, mit dem die Käufer erreichen wollen, dass der Bescheid vom 15.2.2016 aufgehoben und die Genehmigung erteilt wird, hält rechtlicher Überprüfung nur im Ergebnis stand.

15 a) Anders als das Beschwerdegericht meint, ist die Mitteilung der Ausübung des Vorkaufsrechts durch Bescheid vom 15.2.2016 verfahrensfehlerhaft erfolgt, weil der vorausgegangene Zwischenbescheid nicht mit der Herbeiführung der Entscheidung über das Vorkaufsrecht begründet worden war. Ist die Genehmigungsbehörde der Auffassung, dass eine Erklärung über die Ausübung des Vorkaufsrechts durch die vorkaufsberechtigte Stelle herbeigeführt werden muss, so ist sie verpflichtet, dem Veräußerer einen darauf bezogenen Zwischenbescheid zu erteilen; sie handelt verfahrensfehlerhaft, wenn sie die Frist – wie hier – ohne (weitere) Begründung durch Zwischenbescheid von einem auf zwei Monate verlängert und den Vertrag sodann gemäß § 12 GrdstVG der Siedlungsbehörde vorlegt.

16 aa) Hierfür sprechen zunächst Wortlaut und Systematik des Gesetzes. Gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 GrdstVG ist die Ent-

scheidung über die Genehmigung binnen einem Monat nach Eingang des Antrags zu treffen. Kann die Prüfung des Antrags in dieser Zeit nicht abgeschlossen werden oder hat die Genehmigungsbehörde eine Erklärung über die Ausübung des Vorkaufsrechts nach § 12 GrdstVG herbeizuführen, so ist gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 GrdstVG vor Ablauf der Frist dem Veräußerer ein Zwischenbescheid zu erteilen; durch den Zwischenbescheid verlängert sich die Frist des Satzes 1 auf zwei Monate und, falls die bezeichnete Erklärung herbeizuführen ist, auf drei Monate. Das Gesetz unterscheidet also zwei Fälle, in denen es eines Zwischenbescheids bedarf: entweder kann die Prüfung des Antrags innerhalb der Monatsfrist nicht abgeschlossen werden oder die Genehmigungsbehörde hat die Erklärung über die Ausübung des Vorkaufsrechts nach § 12 GrdstVG herbeizuführen. Voraussetzung dafür, dass ein auf das Vorkaufsrecht bezogener Zwischenbescheid ergehen muss, ist gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 GrdstVG lediglich, dass die Genehmigungsbehörde nach rechtlicher Prüfung annimmt, wegen eines siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts zur Vorlage an die Siedlungsbehörde verpflichtet zu sein (vgl. hierzu Senat, Beschluss vom 28.11.2014, BLw 3/13, BGHZ 203, 297 Rdnr. 8 ff.; Beschluss vom 28.4.2017, BLw 1/16, NJW-RR 2017, 1049 Rdnr. 10). Dagegen kommt es nicht darauf an, ob die Genehmigungsbehörde eine Fristverlängerung bezweckt. Diese wird zwar in aller Regel erforderlich und daher auch gewollt sein, um die Abstimmung mit der Siedlungsbehörde herbeizuführen (vgl. auch BT-Drucks. 3/2732, S. 3). Aber nach Wortlaut und Systematik von § 6 Abs. 1 GrdstVG ist die Fristverlängerung um zwei auf drei Monate gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 Alt. 2 GrdstVG lediglich eine zwingende Rechtsfolge des auf die zweite Variante bezogenen Zwischenbescheids.

17 bb) Dieses Verständnis entspricht Sinn und Zweck des auf die Ausübung des Vorkaufsrechts bezogenen Zwischenbescheids, bei dem es sich um eine verfahrensleitende Verfügung handelt (vgl. Senat, Beschluss vom 4.2.1964, V BLw 31/63, BGHZ 41, 114, 121).

18 (1) Erachtet die Genehmigungsbehörde die Voraussetzungen ihrer Vorlagepflicht nach § 12 GrdstVG für erfüllt, so muss sie den Zwischenbescheid erteilen und den Vertrag der Siedlungsbehörde vorlegen (Senat, Beschluss vom 28.10.1965, V BLw 19/65, BGHZ 44, 202, 203; Beschluss vom 28.11.2014, BLw 3/13, BGHZ 203, 297 Rdnr. 18; vgl. auch BT-Drucks. 3/2635, S. 6). Nach der Rechtsprechung des Senats muss der Zwischenbescheid klar und unschwer die Absicht der Genehmigungsbehörde erkennen lassen, wofür es genügt, den Wortlaut des Gesetzes in den Zwischenbescheid aufzunehmen (vgl. Senat, Beschluss vom 17.3.1966, V BLw 49/65, NJW 1966, 1408). Eine solche Begründungspflicht hat der Senat wegen der unterschiedlichen Wirkungen der beiden Arten von Zwischenbescheiden angenommen (vgl. Senat, Beschluss vom 17.3.1966, V BLw 49/65, a. a. O.). Unterschiedliche Wirkungen ergeben sich nicht nur im Hinblick auf das Ausmaß der Fristverlängerung. Vielmehr schafft die Behörde mit dem auf das Vorkaufsrecht bezogenen Zwischenbescheid die Voraussetzungen für das Zustandekommen des Vorkaufsrechts (vgl. Senat, Beschluss vom 4.2.1964, V BLw 31/63, BGHZ 41, 114, 117); dagegen kommen dem auf die Verlängerung der Frist um einen Monat bezogenen

Zwischenbescheid weitergehende Rechtswirkungen nicht zu.

19 (2) Daraus ergibt sich, dass sich die Vorschrift des § 6 Abs. 1 GrdstVG nicht, wie das Beschwerdegericht meint, lediglich an die Behörde richtet und einen auf das Vorkaufsrecht bezogenen Zwischenbescheid nur dann vorschreibt, wenn diese eine Frist von drei Monaten benötigt. Vielmehr ist der Zwischenbescheid dem Veräußerer zu erteilen, um diesen verfahrensleitend über die Absicht der Genehmigungsbehörde in Kenntnis zu setzen. Er soll nicht mit der Mitteilung über die Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts überrascht werden (vgl. Senat, Beschluss vom 23.11.2012, BLw 13/11, NJW 2013, 607 Rdnr. 17 a. E.). Denn die Vertragsteile können einen Zwischenbescheid dieses Inhalts zum Anlass nehmen, den Antrag zurückzuziehen und der drohenden Ausübung des Vorkaufsrechts auf diese Weise die Grundlage zu entziehen (vgl. Senat, Beschluss vom 4.2.1964, V BLw 31/63, BGHZ 41, 114 ff.; Beschluss vom 23.11.2012, BLw 13/11, a. a. O.). Deshalb kommt dem auf das Vorkaufsrecht bezogenen Begründungserfordernis eine Warnfunktion zu (zutreffend OLG Stuttgart, AgrarR 1983, 41, 42; OLG Oldenburg, AUR 2015, 382, 383; OLG Brandenburg, Beschluss vom 8.1.2009, 5 W (Lw) 7/08, juris Rdnr. 28; Netz, Grundstücksverkehrsgesetz, 8. Aufl., Rdnr. 1672 f.; so auch Nr. 3.3. der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten vom 4.9.2017, AllIMBl. 2017, S. 433).

20 (3) Das gilt selbst dann, wenn der Verkäufer aufgrund des Vertragsinhalts mit dem Vorkaufsrecht rechnen musste. Er hat nämlich Anspruch auf eine dem Gesetz entsprechende verfahrensleitende Verfügung und soll nicht genötigt sein, im Wege des Rückschlusses aus sonstigen Umständen des Falles die wirkliche Absicht der Genehmigungsbehörde zu erforschen (vgl. Senat, Beschluss vom 17.3.1966, V BLw 49/65, NJW 1966, 1408; Netz, Grundstücksverkehrsgesetz, Rdnr. 1695). Damit trägt das Gesetz dem Umstand Rechnung, dass die Ausübung des Vorkaufsrechts in stärkerem Maße in die Rechte des Veräußerers eingreift als eine schlichte Genehmigungsversagung, die eine Übereignungspflicht nicht begründet und mit der der Antragsteller stets rechnen muss. Das bedeutet, anders als die Erwiderung meint, nicht, dass die Genehmigungsbehörde die Frist von drei Monaten ausschöpfen muss; aber zwischen der Erteilung des Zwischenbescheids und der abschließenden Entscheidung muss bei einer ordnungsgemäßen Verfahrensgestaltung ein angemessener Zeitraum liegen, der regelmäßig mit mindestens zwei Wochen zu bemessen sein wird.

21 b) Der Verfahrensfehler verhilft dem Rechtsmittel aber nicht zum Erfolg, weil er nicht zur Aufhebung des Bescheids im Einwendungsverfahren nach § 10 RSG führt.

22 aa) Dass der Bescheid aufzuheben ist, lässt sich nicht aus der von der Rechtsbeschwerde herangezogenen Entscheidung des Senats vom 23.11.2012 (BLw 13/11, NJW 2013, 607 Rdnr. 15 ff.) herleiten. Danach ist ein außerhalb eines Genehmigungsverfahrens ergangener Bescheid über die Mitteilung der Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts in dem Einwendungsverfahren nach § 10 RSG grundsätzlich aufzuheben, und zwar auch dann, wenn eine der Vertragsparteien nachträglich die Genehmigung beantragt. Zur Begründung hat der Senat unter anderem darauf verwiesen, dass

den Vertragsparteien die Möglichkeit zur Antragsrücknahme nach Erhalt des Zwischenbescheids genommen wird, wenn die Mitteilung über die Ausübung des Vorkaufsrechts außerhalb eines laufenden Genehmigungsverfahrens ergeht (vgl. Senat, Beschluss vom 23.11.2012, BLw 13/11, a. a. O. Rdnr. 17). Um eine solche Fallgestaltung geht es hier aber nicht. Denn die Vertragsparteien haben einen Antrag auf Genehmigung des Kaufvertrags gestellt, und der Bescheid vom 15.2.2016 ist in dem laufenden Genehmigungsverfahren ergangen.

23 bb) Der verfahrensfehlerhafte Inhalt des Zwischenbescheids hat für sich genommen nicht die Aufhebung der Mitteilung über die Ausübung des Vorkaufsrechts in dem Einwendungsverfahren nach § 10 RSG zur Folge. Erfolgt – wie hier – die Mitteilung über die Ausübung des Vorkaufsrechts zwar fristgerecht, ist dem Veräußerer der auf die Herbeiführung der Erklärung über die Ausübung des Vorkaufsrechts gestützte Zwischenbescheid aber verfahrensfehlerhaft nicht erteilt worden, so führt dies nicht zur Rechtswidrigkeit der (in der Mitteilung enthaltenen) Genehmigungsversagung, sondern dazu, dass das Vorkaufsrecht nicht wirksam ausgeübt worden ist; letzteres wird nicht in dem Einwendungsverfahren nach § 10 RSG, sondern in dem (zwischen dem Veräußerer und dem Siedlungsunternehmen zu führenden) Zivilprozess geprüft.

24 (1) Nach der Rechtsprechung des Senats enthält die Mitteilung der Vorkaufsrechtsausübung gemäß § 6 Abs. 1 Satz 3 RSG im Rechtsverhältnis zwischen den Parteien des ursprünglichen Kaufvertrags einen Verwaltungsakt, mit dem die Genehmigungsbehörde die Genehmigung in modifizierter Form versagt; dieser Verwaltungsakt kann (nur) im Einwendungsverfahren gemäß § 10 RSG durch die Landwirtschaftsgerichte überprüft werden (Senat, Beschluss vom 28.4.2017, BLw 2/16, NJW-RR 2017, 1228 Rdnr. 21). Dagegen wird im Rechtsverhältnis zwischen dem Verkäufer und dem Vorkaufsrechtsberechtigten durch die Mitteilung das Vorkaufsrecht ausgeübt (Senat, Beschluss vom 28.4.2017, BLw 2/16, a. a. O. Rdnr. 23). In dem Einwendungsverfahren gemäß § 10 RSG sind die Landwirtschaftsgerichte auf die Prüfung beschränkt, ob die Veräußerung der Genehmigung bedurfte und ob diese nach § 9 GrdstVG zu versagen wäre; die sonstigen sich aus dem Siedlungsrecht ergebenden Voraussetzungen für das Vorkaufsrecht nach § 4 RSG (insbesondere die Frage, ob die verkauften Flächen eine wirtschaftliche Einheit bilden) sind dem (zwischen dem Verkäufer und dem Siedlungsunternehmen zu führenden) Zivilprozess vorbehalten (Senat, Beschluss vom 28.4.2017, BLw 2/16, a. a. O. Rdnr. 17 ff.).

25 (2) Daran gemessen ist in dem Einwendungsverfahren zwar zu prüfen, ob die Frist des § 6 Abs. 1 Satz 1 GrdstVG wirksam verlängert worden ist, und ob die Mitteilung über die Ausübung des Vorkaufsrechts binnen dieser Frist erfolgt ist. Aber abgesehen davon ist für die in dem Einwendungsverfahren vorzunehmende Prüfung, ob die Veräußerung der Genehmigung bedurfte und ob diese nach § 9 GrdstVG zu versagen wäre, nicht von Bedeutung, welchen Inhalt der Zwischenbescheid haben musste; auch ist insoweit unerheblich, ob der zwischen dem Zwischenbescheid und der Mitteilung der Ausübung des Vorkaufsrechts liegende Zeitraum (vgl. dazu Rdnr. 20) ausreichend war. Verfahrensfehler dieser

Art wirken sich auf den in der Mitteilung enthaltenen Verwaltungsakt (Genehmigungsversagung) nicht aus. Sie können aber dazu führen, dass es an einer unerlässlichen Voraussetzung für die Ausübung des Vorkaufsrechts fehlt. Das ist anzunehmen, wenn der Zwischenbescheid verfahrensfehlerhaft nicht auf die Herbeiführung des Vorkaufsrechts gestützt worden ist, obwohl die Genehmigungsbehörde beabsichtigt, den Vertrag gemäß § 12 GrdstVG der Siedlungsbehörde vorzulegen (vgl. Netz, Grundstücksverkehrsgesetz, Rdnr. 1672). Denn dem Verkäufer, dem der Zwischenbescheid gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 GrdstVG zu erteilen ist, wird die Möglichkeit genommen, dem Vorkaufsrecht durch die Rücknahme des Genehmigungsantrags die Grundlage zu entziehen (vgl. Rdnr. 19). Dasselbe gilt, wenn zwischen der Erteilung des Zwischenbescheids und der abschließenden Entscheidung ein unangemessen kurzer Zeitraum lag; auch bei einer solchen Verfahrensgestaltung wird der Zwischenbescheid seiner Warnfunktion nicht gerecht. Dass das Vorkaufsrecht aus Gründen dieser Art nicht wirksam ausgeübt worden und ein Kaufvertrag mit dem Siedlungsunternehmen deshalb nicht zustande gekommen ist, kann der Verkäufer in einem (mit dem Siedlungsunternehmen zu führenden) Zivilprozess geltend machen. Es liegt nicht anders als bei den sonstigen Voraussetzungen des Vorkaufsrechts, die in dem Einwendungsverfahren nach § 10 RSG ebenfalls nicht geltend gemacht werden können.

26 (3) Insoweit ist der zweite Leitsatz der Entscheidung des Senats vom 4.2.1964 (V BLw 31/63, BGHZ 41, 114 ff.) zu weit gefasst. Die dort enthaltene Aussage, wonach den Landwirtschaftsgerichten im Rahmen eines Einwendungsverfahrens (§ 10 RSG) auch die Prüfung der Frage zusteht, ob die Vorkaufsrechtsausübung aus verfahrensrechtlichen Gründen (z. B. wegen Zurücknahme des Genehmigungsantrages) rechtswirksam ist, ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig und findet sich in der Entscheidung auch nicht wieder; diese befasst sich allein mit den (im Einwendungsverfahren zu prüfenden, vgl. auch Senat, Beschluss vom 23.11.2012, BLw 13/11, NJW 2013, 607 Rdnr. 10) Rechtsfolgen einer Rücknahme des Genehmigungsantrags vor Ausübung des Vorkaufsrechts.

27 3. Schließlich haben auch die weiteren gegen die Abweisung des Hilfsantrags gerichteten Angriffe der Rechtsbeschwerde keinen Erfolg. Die auf die Voraussetzungen für die Versagung der Genehmigung und die unterbliebene Anhörung der Käufer im Genehmigungsverfahren bezogenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und als nicht durchgreifend erachtet (§ 9 LwVG i. V. m. § 74 Abs. 3 Satz 4 FamFG und § 564 ZPO). Die von der Rechtsbeschwerde weiter aufgeworfene Frage, ob die verkauften Flächen eine wirtschaftliche Einheit bilden, ist in dem Einwendungsverfahren nach § 10 RSG ebenfalls nicht zu prüfen; sie ist – wie bereits ausgeführt (vgl. Rdnr. 24) – dem (zwischen der Verkäuferin und dem Siedlungsunternehmen zu führenden) Zivilprozess vorbehalten (vgl. Senat, Beschluss vom 28.4.2017, BLw 2/16, NJW-RR 2017, 1228 [28] Rdnr. 17 ff.).

(...)

ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

22. Pfändung und Überweisung des Anteils eines Miterben am Nachlass

BGH, Beschluss vom 7.2.2019, V ZB 89/18 (Vorinstanz: OLG Oldenburg, Beschluss vom 25.5.2018, 12 W 55/18)

BGB § 2033 Abs. 1 Satz 1, § 2042

GBO § 29 Abs. 1, § 78 Abs. 1

ZPO § 835 Abs. 1, § 857 Abs. 5, § 859 Abs. 2

LEITSATZ:

Die Pfändung und Überweisung des Anteils eines Miterben am Nachlass berechtigt den Vollstreckungsgläubiger nicht dazu, den Erbanteil freihändig zu veräußern. Hierzu bedarf es vielmehr eines gesonderten Beschlusses des Vollstreckungsgerichts.

SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligten zu 1 bis 3 sind im Grundbuch in Erbengemeinschaft als Eigentümer zu 1/2-Anteil des im Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Grundbesitzes eingetragen. Die Beteiligten zu 5 und 6 pfändeten den Miterbenanteil des Beteiligten zu 1 und erwirkten die Überweisung des Anteils zur Einziehung. Mit notariellem Vertrag vom 29.12.2017 verkauften und übertrugen sie ihn an die Beteiligte zu 4. Unter Vorlage des Erbanteilskaufvertrages haben die Beteiligten zu 4 bis 6 die Berichtigung des Grundbuchs hinsichtlich des Erbanteils des Beteiligten zu 1 beantragt. Mit Zwischenverfügung vom 11.4.2018 hat das AG – Grundbuchamt – die Eintragung unter anderem von der Vorlage einer Anordnung des Vollstreckungsgerichts nach § 844, § 857 Abs. 5 ZPO oder einer Genehmigung des Beteiligten zu 1 in der Form des § 29 Abs. 1 GBO abhängig gemacht. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 4 bis 6 ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde möchte die Beteiligte zu 4 weiterhin die Aufhebung der Zwischenverfügung und die Eintragung der Erbteilsübertragung in das Grundbuch erreichen.

2 II. Das Beschwerdegericht meint, das von dem Grundbuchamt aufgezeigte Eintragungshindernis bestehe, da die Überweisung zur Einziehung nach § 857 Abs. 1, §§ 835 ff. ZPO den Gläubiger nur dazu ermächtige, das Recht des Schuldners aus dem gepfändeten Erbanteil geltend zu machen und alle in dem Recht des Schuldners begründeten, der Befriedigung des Gläubigers dienende Maßnahmen durchzuführen. Eine Veräußerung des Miterbenanteils, sei es durch Versteigerung des Anteils oder – wie hier – durch einen freihändigen Verkauf, sei dagegen nicht schon nach einer Pfändung und Überweisung des Anteils möglich, sondern nur nach einer entsprechenden Anordnung des Vollstreckungsgerichts. Hieran fehle es. Ein Einverständnis des Beteiligten zu 1 mit dem Verkauf liege ebenfalls nicht vor.

AUS DEN GRÜNDEN:

3 III. Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen gemäß § 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 71 FamFG zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Die Annahme des Grundbuchamtes und des Beschwerdegerichts, die beantragte Eintragung der Erbteilsübertragung auf die Beteiligte zu 4 setze eine entsprechende Anordnung des Vollstreckungsgerichts oder eine (formgerechte) Genehmigung des Beteiligten zu 1 voraus, hält einer rechtlichen Prüfung stand.

4 1. Die beantragte Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 22 Abs. 1 GBO scheidet aus, weil es durch den Vertrag vom 29. Dezember 2017 nicht unrichtig geworden ist.

5 a) Überträgt ein Miterbe gemäß § 2033 Abs. 1 Satz 1 BGB seinen Anteil an dem Nachlass auf einen Dritten und gehört zu dem Nachlass ein Grundstück, wird eine Grundbuchberichtigung erforderlich. Der Erwerber erhält durch die Veräußerung zwar nicht die Miterbenstellung als solche (vgl. BGH, Beschluss vom 8.12.1959, V BLW 34/59, BGHZ 31, 253, 255). Er tritt aber an die Stelle des veräußernden Miterben in dessen vermögensrechtliche Stellung am Nachlass ein. Dies führt hinsichtlich des Eigentums an dem Grundstück zu einer Rechtsänderung, die grundbuchmäßig im Wege der Berichtigung kenntlich gemacht werden muss (vgl. BGH, Urteil vom 14.10.1967, III ZR 73/66, NJW 1969, 92).

6 b) Da hier nicht der Beteiligte zu 1, sondern die Beteiligten zu 5 und 6 den Miterbenanteil des Beteiligten zu 1 an die Beteiligte zu 4 übertragen haben, hätte dies nur dann die Unrichtigkeit des Grundbuchs zur Folge, wenn sie zu einer solchen Veräußerung aufgrund der Pfändung und Überweisung des Erbanteils berechtigt gewesen wären. Dies verneint das Beschwerdegericht zu Recht. Die Pfändung und Überweisung des Anteils eines Miterben am Nachlass berechtigt den Vollstreckungsgläubiger nicht dazu, den Erbanteil freihändig zu veräußern. Hierzu bedarf es vielmehr eines gesonderten Beschlusses des Vollstreckungsgerichts, an dem es vorliegend fehlt.

7 aa) Der Anteil eines Miterben an dem Nachlass kann gemäß § 859 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 ZPO gepfändet werden. Insoweit handelt es sich um eine Zwangsvollstreckung in ein anderes Vermögensrecht, für die gemäß § 857 Abs. 1 ZPO die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in Forderungen gemäß § 828 ff. ZPO entsprechend gelten. Dies bedeutet, dass der Gläubiger mit der Pfändung ein Pfändungspfandrecht (§ 804 Abs. 1 ZPO) an dem Erbanteil erwirbt, nicht jedoch an den einzelnen Nachlassgegenständen (BGH, Urteil vom 12.5.1965, VIII ZR 86/67, BGHZ 52, 99, 102). Für die Verwertung des gepfändeten Anteils findet § 835 Abs. 1 ZPO Anwendung, d.h., der Anteil wird dem Gläubiger – wie hier den Beteiligten zu 5 und 6 – zur Einziehung überwiesen. Die in der Vorschrift ebenfalls vorgesehene Überweisung an Zahlungen statt scheidet nach allgemeiner Auffassung aus, da es bei einem Erbteil an einem von der Vorschrift vorausgesetzten Nennwert fehlt (vgl. nur Stöber, Forderungspfändung, 16. Aufl., Rdnr. 1690; BeckOK-BGB/Lohmann, Stand: 1.5.2018, § 2033 Rdnr. 37).

8 bb) Durch eine Überweisung zur Einziehung wird der Gläubiger zu allen im Recht des Schuldners begründeten, der Befriedigung dienenden Maßnahmen ermächtigt. Handelt es sich um eine Geldforderung i. S. d. § 829 Abs. 1 ZPO, darf er im eigenen Namen die Forderung kündigen, einziehen, mit ihr aufrechnen und vor allem auf Leistung an sich klagen (vgl. BGH, Urteil vom 27.4.1978, VII ZR 219/77, NJW 1978, 1914). Wird dem Gläubiger – wie hier – ein Erbanteil zur Einziehung überwiesen, berechtigt ihn dies dazu, die Auseinandersetzung (§ 2042 BGB) zu betreiben. Er kann hierzu gemäß § 363 Abs. 2 FamFG bei dem Nachlassgericht einen Antrag auf Vermittlung der Auseinandersetzung durch einen

Notar stellen oder auch eine Teilungsklage gemäß § 2042 Abs. 1, §§ 749 ff. BGB gegen die Miterben erheben (vgl. MünchKomm-BGB/*Gergen*, 7. Aufl., § 2033 Rdnr. 37; Stöber, Forderungspfändung, Rdnr. 1694 f.; *Liermann*, NJW 1962, 2189). Der Gläubiger ist zudem nach § 2042 i. V. m. § 753 BGB, § 181 Abs. 2 Satz 1 ZVG berechtigt, zum Zwecke der Gesamtauseinandersetzung selbstständig den Antrag auf Teilungsversteigerung eines zum Nachlass gehörenden Grundstücks zu stellen (vgl. BGH, Urteil vom 19.11.1998, IX ZR 284/97, NJW-RR 1999, 504).

9 cc) Die Überweisung der gepfändeten Geldforderung (§ 829 Abs. 1 ZPO) bzw. des gepfändeten Rechts (§§ 857 ff. ZPO) zur Einziehung – hier des Erbanteils – gibt dem Gläubiger jedoch nicht die Befugnis, die Forderung oder das Recht auf einen Dritten zu übertragen.

10 (1) Der Pfändungsgläubiger wird bei einer Überweisung zur Einziehung nicht Inhaber der Forderung oder des Rechts; die Inhaberschaft der Forderung oder des Rechts verbleibt vielmehr bei dem Schuldner (vgl. BGH, Urteil vom 27.4.1978, VII ZR 219/77, NJW 1978, 1914; Urteil vom 8.10.1981, VII ZR 319/80, BGHZ 82, 28). Deshalb erwirbt der Gläubiger die Verfügungsbefugnis nicht uneingeschränkt. Etwas anderes gilt nur bei einer Überweisung der Forderung an Zahlungs statt zum Nennwert (vgl. § 835 Abs. 1 und 2 ZPO). Bei einer solchen Vorgehensweise steht dem Gläubiger die uneingeschränkte Verfügungsbefugnis über die Forderung zu, er kann sie also insbesondere auch veräußern, trägt auf der anderen Seite aber das Risiko der Uneinbringlichkeit der Forderung, weil die Vollstreckungsforderung in Höhe des überwiesenen Betrages ungeachtet der Bonität des Drittschuldners als erloschen gilt (§ 835 Abs. 2 ZPO). Abgesehen davon, dass – wie oben geführt – bei der Pfändung eines Erbanteils eine Überweisung an Zahlungs statt von vorneherein ausscheidet, ist der Erbteil des Beteiligten zu 1 den Beteiligten zu 5 und 6 nur zur Einziehung überwiesen worden.

11 (2) Möchte der Gläubiger bei einer Überweisung zur Einziehung einer gepfändeten Geldforderung diese veräußern, ergibt sich eine solche Befugnis nicht bereits aus dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss, weil die Veräußerung über eine „Einziehung“ der Forderung hinausgeht. Der Gesetzgeber erkennt aber in § 844 ZPO an, dass es Fallkonstellationen geben kann, in denen eine von § 835 Abs. 1 ZPO abweichende Verwertungsart angezeigt sein kann. Dies ist der Fall, wenn die gepfändete Forderung bedingt oder betagt oder ihre Einziehung wegen der Abhängigkeit von einer Gegenleistung oder aus anderen Gründen mit Schwierigkeiten verbunden ist. Liegen diese Voraussetzungen vor, führt dies aber nicht schon als solches dazu, dass der Gläubiger zu einer anderen Verwertungsart befugt ist, er die Forderung also beispielsweise veräußern darf. Vielmehr bedarf es hierzu eines gesonderten Beschlusses des Vollstreckungsgerichts. Dies beruht darauf, dass sich die Rechtfertigung einer anderweitigen Verwertung nicht nur nach dem Interesse des Gläubigers an der alsbaldigen Befriedigung beurteilt, sondern auch nach dem schutzwürdigen Interesse des Schuldners, der den Pfandgegenstand nicht verschleudert sehen möchte (vgl. Stöber, Forderungspfändung, Rdnr. 1466).

12 (3) Auch bei der Pfändung und Überweisung eines Erban-

teils ist der Gläubiger nur dann zu einer Veräußerung befugt, wenn er von dem Vollstreckungsgericht hierzu durch gesonderten Beschluss ermächtigt ist. Dies ergibt sich aus der Vorschrift des § 857 Abs. 5 ZPO, die bei der Pfändung eines Erbteils gemäß § 859 Abs. 2 ZPO anwendbar ist. Hiernach kann die Veräußerung von dem Gericht angeordnet werden, wenn die Veräußerung des Rechts selbst zulässig ist. Die in der Rechtsprechung vereinzelt ohne nähere Begründung vertretene Auffassung, dass der Gläubiger bereits aufgrund der Überweisung des Erbanteils zur Einziehung berechtigt sei, den Anteil freihändig zu veräußern (vgl. OLG Naumburg, FamRZ 2013, 1515; zust. wohl Musielak/Voit/Becker, ZPO, 15. Aufl., § 859 Rdnr. 22; BeckOK-BGB/Lohmann, § 2033 Rdnr. 14), findet im Gesetz keine Grundlage (so auch BeckOK-ZPO/Riedel, Stand: 15.9.2018, § 859 Rdnr. 33, 35; vgl. auch MünchKomm-ZPO/Smid, 5. Aufl., § 859 Rdnr. 23; MünchKomm-BGB/Gergen, 7. Aufl., § 2033 Rdnr. 37; Stöber, Forderungspfändung, Rdnr. 1700; *Liermann*, NJW 1962, 218).

13 2. Bei dieser Sachlage bedarf die Eintragung der Beteiligten zu 4 einer entsprechenden Bewilligung (§ 19 GBO) bzw. einer – gemäß § 185 BGB analog möglichen (vgl. Senat, Beschluss vom 15.7.2010, V ZB 107/10, FGPrax 2010, 223 Rdnr. 13) – Genehmigung des Beteiligten zu 1 als Berechtigten. Auch hieran fehlt es, so dass die von dem Beschwerdegericht bestätigte Zwischenverfügung des Grundbuchamtes rechtlich nicht zu beanstanden ist.

(...)

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

23. Einsichtsrecht eines Miterben ins Grundbuch zur Klärung von Ausgleichspflichten

OLG Braunschweig, Beschluss vom 11.6.2019, 1 W 41/19

BGB § 1924 Abs. 4, §§ 2050, 2051

GBO §§ 12, 71 Abs. 1, §§ 73, 78 Abs. 2

GBV § 46 Abs. 1

LEITSÄTZE:

- 1. Ein Miterbe kann ein berechtigtes Interesse an umfassender Grundbucheinsicht in ein früher dem Erblasser gehörendes Grundstück haben, wenn Ausgleichsansprüche gegen einen Miterben nach § 2050 ff. BGB in Betracht kommen.**
- 2. Zur Klärung von Ausgleichspflichten nach §§ 2050 ff. BGB sind dem Miterben Auszüge aus den Grundakten zu erteilen, wenn nicht die schutzwürdigen Interessen des eingetragenen Eigentümers überwiegen.**

SACHVERHALT:

1 I. Die Eheleute W und M waren vormalig Eigentümer des im Grundbuch (...) eingetragenen Hausgrundstücks. Der Antragsteller ist ein Sohn der Eheleute. Sein Vater W verstarb 2013. W und M haben sich durch privatschriftliches gemeinschaftliches Testament aus dem Jahr

1993 gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt und ihre drei Kinder zu gleichen Teilen als Erben des Letztversterbenden bestimmt (...). Das Testament wurde eröffnet. In der Folge wurde der Miteigentumsanteil von W an dem vorbenannten Grundstück auf M als Alleineigentümerin umgeschrieben. M verstarb 2018. Gemäß dem Erbschein des AG H vom 1.2.2019 (...) wurde M von dem Antragsteller, seiner Schwester B sowie den Erbinnen des vorverstorbenen Bruders D gemeinsam beerbt.

2 M hatte ihr Eigentum an dem Hausgrundstück im Jahr 2013 auf ihre Tochter B übertragen. B veräußerte das Grundstück kurz darauf an eine dritte Person weiter. Sie gab der Betreuerin des Antragstellers auf Anfrage keine Auskunft über die Veräußerungsvorgänge. Der Antragsteller begehrt deshalb einen Grundbuchauszug und die Erteilung von Abschriften der notariellen Verträge, die zu einem Eigentumswechsel von W und/oder M auf dritte Personen geführt haben. Er macht geltend, im Hinblick erbrechtliche Ausgleichungs- und/oder Anrechnungsansprüche ein berechtigtes Interesse an den begehrten Auskünften zu haben.

3 Mit Schreiben vom 2.3.2018 wies die Urkundsbeamtin den Antrag der Betreuerin auf Erteilung eines Grundbuchauszuges mit der Begründung zurück, dass der Beschwerdeführer eine Vollmacht der jetzigen Eigentümerin benötige. Auskunft, an wen B das Grundstück veräußert habe, könne nicht erteilt werden. Mit gleicher Begründung wies das Grundbuchamt das nachfolgende anwaltliche Ersuchen zurück. Auf das Anwaltsschreiben vom 17.4.2018 erteilte die Urkundsbeamtin mit Schreiben vom 4.5.2018 einen „gekürzte[n]/teilweise[n] Grundbuchauszug“ bezogen auf den Erbfall nach dem Vater des Beschwerdeführers und lehnte den weitergehenden Antrag ab. Hiergegen legte der Beschwerdeführer ein Anwaltsschreiben vom 14.5.2018 (...) „Rechtsmittel“ ein und machte Ausführungen zum rechtlichen Interesse an der Einsichtnahme. Die Urkundsbeamtin half dem nicht ab und legte den Vorgang der Rechtspflegerin zur Entscheidung vor.

4 Mit Beschluss vom 1.8.2018 hat die Rechtspflegerin am Grundbuchamt der Erinnerung insoweit abgeholfen, dass dem Beschwerdeführer eine beglaubigte Abschrift der Auflassungsurkunde vom 21.3.2013 übersandt und mitgeteilt wurde, dass B infolge der Auflassung am 24.7.2013 Eigentümerin der unter lfd. Nr. 1 und 2 im Bestandsverzeichnis eingetragenen Grundstücke geworden ist. Die Erteilung eines vollständigen Grundbuchauszuges lehnte sie unter Hinweis darauf ab, dass B aktuell nicht mehr Eigentümerin sei.

5 Mit Anwaltsschriftsatz vom 11.4.2019 hat der Beschwerdeführer um Zuleitung der Akten an das OLG gebeten zur Entscheidung über den „noch nicht bearbeiteten und insofern nicht abgeholfenen Antrag“.

6 Das AG – Grundbuchamt – hat der Beschwerde durch Beschluss vom 14.5.2019 nicht abgeholfen und die Akten dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

AUS DEN GRÜNDEN:

7 II. Die Beschwerde ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.

(...)

12 2. Der Antragsteller kann gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 GBO und § 46 Abs. 1, 3 Satz 1 GBV einen uneingeschränkten Grundbuchauszug und die Erteilung von beglaubigten Abschriften der Veräußerungsverträge verlangen. Einer Vollmacht der Grundstückseigentümerin bedarf es insoweit nicht.

13 a) Die Einsicht in das Grundbuch ist jedem gestattet, der ein berechtigtes Interesse darlegt (§ 12 Abs. 1 Satz 1 GBO). In diesem Rahmen umfasst das Einsichtsrecht auch die in Bezug genommenen Urkunden (§ 12 Abs. 1 Satz 2 GBO) und über § 12 Abs. 3 Nr. 1 GBO in Verbindung mit § 46 GBV den übrige

gen Inhalt der Grundakten, auch wenn dieser keinen unmittelbaren Bezug zur Grundbucheintragung hat (*Demharter*, GBO, § 12 Rdnr. 9, 17; *Hügel/Wilsch*, GBO, § 12 Rdnr. 5; OLG München, Beschluss vom 27.2.2019, 34 Wx 28/19, juris Rdnr. 12). Gemäß § 12 Abs. 2 GBO und § 46 Abs. 3 GBV kann, soweit ein Einsichtsrecht besteht, auch die Übersendung von Abschriften gefordert werden.

14 Ein berechtigtes Interesse an der Einsicht in das Grundbuch im Sinne von § 12 Abs. 1 GBO ist nach der Rechtsprechung gegeben, wenn ein verständiges, durch die Sachlage gerechtfertigtes Interesse des Antragstellers dargetan wird, das sich im Unterschied zum rechtlichen Interesse nicht auf ein bereits vorhandenes Recht oder konkretes Rechtsverhältnis stützen muss, sondern auch mit einem (beispielsweise) bloß tatsächlichen, insbesondere wirtschaftlichen Interesse begründet werden kann (OLG Oldenburg, Beschluss vom 30.9.2013, 12 W 261/13 (GB), juris Rdnr. 2 = RPflegler 2014, 131; OLG München, Beschluss vom 14.6.2018, 34 Wx 188/18, juris Rdnr. 11; Beschluss vom 11.1.2018, 34 Wx 408/17, juris Rdnr. 13; *Demharter*, GBO, § 12 Rdnr. 7 ff.).

15 Darlegung bedeutet einen nachvollziehbaren Vortrag von Tatsachen in der Weise, dass dem Grundbuchamt daraus die Überzeugung von der Berechtigung des geltend gemachten Interesses verschafft wird, also mehr als die bloße Behauptung von Tatsachen und mehr als einen pauschalen Vortrag (*Demharter*, GBO, § 12 Rdnr. 13; *Hügel/Wilsch*, GBO, § 12 Rdnr. 7). Entscheidend ist in der Regel das Vorbringen sachlicher Gründe, die die Verfolgung unbefugter Zwecke oder bloßer Neugier ausgeschlossen erscheinen lassen (OLG München, Beschluss vom 27.2.2019, 34 Wx 28/19, juris Rdnr. 16; KG, Beschluss vom 19.6.2001, 1 W 132/01, juris Rdnr. 9 = NJW 2002, 223 ff.). Dies ist im Fall erbrechtlicher Ansprüche nicht grundsätzlich der Fall, sondern im Einzelfall zu prüfen (*Bauer/von Oefele/Maaß*, GBO, § 12 Rdnr. 38; *Hügel/Wilsch*, GBO, § 12 Rdnr. 58).

16 b) Gemessen an diesen Grundsätzen hat der Antragsteller vorliegend sein berechtigtes Interesse an der Einsicht in das Grundbuch und in die Veräußerungsverträge dargetan.

17 aa) Der Antragsteller ist Erbe der verstorbenen früheren Grundstückseigentümerin M und befindet sich in einer Erbengemeinschaft mit seiner Schwester B die das hier betroffene Grundstück zu Lebzeiten von M erworben und sodann an die aktuelle Eigentümerin weiterveräußert hat. Dass der Antragsteller und B Miterben sind, ergibt sich aus dem Vortrag des Antragstellers im Schriftsatz vom 11.4.2019. Darin wird auf den gemeinschaftlichen Erbschein des AG H vom 1.2.2019 hingewiesen. Das Grundbuchamt hat diese Angabe überprüft, indem es die Nachlassakte beigezogen hat. Unbeachtlich ist hier, ob das Erbrecht auf gesetzlicher oder gewillkürter Erbfolge beruht.

18 bb) Der Antragsteller hat ausreichend dargelegt, dass sein Gesuch der Klärung von Ausgleichspflichten nach §§ 2050 ff. BGB dient. Hierin liegt ein anzuerkennendes wirtschaftliches Interesse des Antragstellers (vgl. OLG München, Beschluss vom 11.1.2018, 34 Wx 408/17, juris Rdnr. 15). Nach §§ 2050 ff. BGB haben Abkömmlinge des Erblassers unter bestimmten Voraussetzungen lebzeitige Zuwendungen des Erblassers un-

tereinander auszugleichen. Vorliegend erscheinen derartige Ansprüche möglich, weil die Erblasserin ihrer Tochter B das hier gegenständliche Hausgrundstück zu Alleineigentum zugewendet hat, ihr nach gesetzlichem Erbrecht jedoch wertmäßig nur 1/3 des Nachlasses zusteht, weil Abkömmlinge zu gleichen Teilen erben (§ 1924 Abs. 4 BGB). Das Ehegattentestament aus dem Jahr 1993 enthält die entsprechende Anordnung, dass die drei Kinder zu gleichen Teilen erben sollen. Bei gewillkürter Erbfolge könnten die Ausgleichsregeln der §§ 2050, 2051 BGB demnach über § 2052 BGB anwendbar sein.

19 Das Anliegen des Antragstellers ist vergleichbar mit einem Pflichtteilsberechtigten, dem in der Regel ein berechtigtes Interesse im Sinne von § 12 GBO in Verbindung mit § 46 GBV zuerkannt wird, wenn er nach dem Tod des im Grundbuch eingetragenen Erblassers seine erbrechtlichen Ansprüche prüfen will (h. M., vgl. OLG München, Beschluss vom 7.11.2012, 34 Wx 360/12, juris Rdnr. 8 = FamRZ 2013, 1070-1071; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5.9.2013, 11 Wx 57/13, juris Rdnr. 10 = ZEV 2013, 621-623; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4.2.2014, I-3 Wx 15/14, juris Rdnr. 12; Beschluss vom 7.4.2015, I-3 Wx 61/15, juris Rdnr. 13, 14; LG Stuttgart, Beschluss vom 9.2.2005, 1 T 1/2005, juris Rdnr. 9; *Demharter*, GBO, § 12 Rdnr. 12 a. E.). Dem Pflichtteilsberechtigten wird Grundbucheinsicht auch dann gewährt, wenn inzwischen der Erbe oder ein Dritter als Rechtsnachfolger im Grundbuch eingetragen ist, weil es zur Klärung dient, ob Pflichtteilsergänzungsansprüche entstanden sind (OLG München, Beschluss vom 7.11.2012, 34 Wx 360/12, juris Rdnr. 8 = FamRZ 2013, 1070-1071; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5.9.2013, 11 Wx 57/13-, juris Rdnr. 10 = ZEV 2013, 621-623). Auch wenn der Erblasser vor seinem Tod eine Immobilie veräußert hat, soll der Pflichtteilsberechtigte selbst überprüfen können, ob es Anhaltspunkte für eine zumindest teilweise Unentgeltlichkeit der Übertragung gibt. Der Erwerber muss es hinnehmen, dass erbrechtliche Beteiligte über die Grundbucheinsicht das Bestehen etwaiger Ansprüche im Zusammenhang mit dem Erbfall prüfen (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5.9.2013, 11 Wx 57/13, Rdnr. 10 juris = ZEV 2013, 621-623).

20 Diese Wertungen sind auf den vorliegenden Sachverhalt übertragbar.

21 (1) Der Antragsteller kann aus § 12 Abs. 1 S. 1 GBO einen vollständigen Grundbuchauszug verlangen. Sein berechtigtes Interesse erstreckt sich nicht lediglich auf das Bestandsverzeichnis und die Angaben in Abteilung I des Grundbuchs oder Teile davon, sondern auf die gesamten Eintragungen (vgl. OLG München, Beschluss vom 7.11.2012, 34 Wx 360/12, juris Rdnr. 8 juris = FamRZ 2013, 1070-1071). Denn neben den Eigentumsverhältnissen ist für die Höhe der Zuwendung an B auch von Bedeutung, ob und ggf. in welchem Umfang dingliche Belastungen übernommen oder neu begründet worden sind.

22 (2) Der Antragsteller hat zudem gemäß § 12 Abs. 3 Nr. 1 GBO i. V. m. § 46 Abs. 1, 3 GBV Anspruch auf eine beglaubigte Abschrift des Veräußerungsvertrages vom 21.3.2013 zwischen M und ihrer Tochter B. Der Veräußerungsvertrag vermag Aufschluss zu geben über schuldrechtliche Vereinbarungen, die nicht zum eigentlichen Grundbuchinhalt gehören, dessen Publizität § 12 Abs. 1 GBO sicherstellt, und die daher

nicht dem Einsichtsrecht nach § 12 Abs. 1 Satz 2 GBO unterliegen. Insofern ist das Interesse an der Grundbucheinsicht mit dem Recht des Betroffenen auf informationelle Selbstbestimmung abzuwägen (OLG München, Beschluss vom 27.2.2019, 34 Wx 28/19, juris Rdnr. 14). Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob durch die Einsichtnahme schutzwürdige Interessen der Eingetragenen oder ihrer Rechtsnachfolger verletzt werden können, um Unbefugten keinen Einblick in deren Rechts- und Vermögensverhältnisse zu gewähren (BayObLG, Beschluss vom 3.12.1998, 2 Z BR 174/98, juris Rdnr. 13 = Rpfleger 1999, 216, 217; OLG München, Beschluss vom 11.1.2018, 34 Wx 408/17, juris Rdnr. 14; *Demharter*, GBO, § 12 Rdnr. 14). Es gilt auch deshalb ein strenger Maßstab, weil diese Beteiligten im Einsichtsverfahren nicht angehört werden (Hügel/*Wilsch*, GBO, § 12 Rdnr. 25).

23 Bei Abwägung der maßgeblichen Umstände überwiegen hier die Interessen des Antragstellers. Schutzwürdige Belange der Miterbin B stehen nicht entgegen, weil sie dem Antragsteller und den übrigen Erben gemäß § 2057 BGB ohnehin zur Auskunft über die erhaltenen Zuwendungen verpflichtet ist. Rechte der aktuellen Eigentümerin werden durch die Überlassung der Abschrift nicht tangiert, weil sie selbst nicht Vertragspartei des notariellen Vertrages vom 21.3.2013 war.

24 (3) Der Antragsteller kann schließlich gemäß § 46 Abs. 1, 3 GBV auch eine beglaubigte Abschrift des notariellen Kaufvertrages vom 13.11.2013 verlangen.

25 Der Anspruch ist von seinem Auskunftsbegehren gedeckt. Der Antrag vom 19.3.2018 (...) bezieht sich im Wortlaut zwar nur auf notarielle Verträge, die zu einem Eigentumswechsel von W und/oder M auf dritte Personen geführt haben. Damit wäre die Weiterveräußerung des Grundstücks von B an die aktuelle Eigentümerin strenggenommen nicht erfasst. Doch wird aus der Begründung der Beschwerde deutlich, dass der Antragsteller ebenfalls Einsicht in den Kaufvertrag zwischen B und der aktuellen Eigentümerin begehrt. Er möchte erfahren, zu welchem Kaufpreis B das Grundstück veräußert hat, nachdem es ihr die Mutter übertragen hat.

26 Auf die Auslegung des Antrages kommt es im Ergebnis nicht an, weil in derselben Vertragsurkunde zugleich ein Veräußerungsgeschäft von M beurkundet wird. M hat mit dem notariellen Vertrag vom 13.11.2013 ein angrenzendes Flurstück, das nunmehr unter lfd. Nr. 3 im Bestandsverzeichnis des hier betroffenen Grundbuchblattes geführt wird, an die aktuelle Eigentümerin verkauft.

27 Das berechtigte Interesse des Antragstellers an der Einsicht in den Vertrag überwiegt die schützenswerten Belange der Erwerberin des Grundstücks. Die Einsicht in den Vertrag ist zur Befriedigung des berechtigten Interesses des Antragstellers erforderlich. Er benötigt die nicht schon aus dem Grundbuchauszug folgenden Informationen zum Kaufpreis und den weiteren Vertragsmodalitäten als Grundlage für die Wertbemessung des Grundstücks im Veräußerungszeitpunkt. Die Angaben sind nötig, um prüfen zu können, ob Ausgleichsansprüche gegen die Miterbin B entstanden sind. Dahinter hat das Geheimhaltungsinteresse der Käuferin des Grundstücks hinsichtlich dieser Daten zurückzustehen. Die Daten genießen keinen besonderen Schutz, weil sie von der

Auskunftspflicht des Miterben aus § 2057 BGB erfasst und aufgrund der gesetzlichen Auskunftsverpflichtung ohnehin preiszugeben wären.

28 Der Antragsteller muss sich nicht auf seinen Anspruch aus § 2057 BGB gegen seine Schwester B als Miterbin verweisen lassen (vgl. KG, Beschluss vom 20.1.2004, 1 W 294/03, juris Rdnr. 4 = MDR 2004, 943-944; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5.9.2013, 11 Wx 57/13, juris Rdnr. 11). § 12 GBO ist eine Einschränkung des Einsichtsrechts auf Fälle, in denen die benötigte Auskunft nicht anderweitig – etwa durch Einholung der Auskünfte Dritter – erlangt werden kann, nicht zu entnehmen. Zudem kann der Miterbe gerade ein berechtigtes Interesse daran haben, die Richtigkeit einer ihm erteilten Auskunft durch eigene Einsichtnahme in das Grundbuch zu überprüfen.

(...)

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

(...)

KOSTENRECHT

24. Gebühr für die Erstellung der Gesellschafterliste im Zusammenhang mit der Beurkundung des GmbH-Gründungsvertrags

BGH, Beschluss vom 4.6.2019, II ZB 16/18 (Vorinstanz: OLG Nürnberg, Beschluss vom 9.5.2018, 8 W 736/18)

*GmbHG § 8 Abs. 1 Nr. 3
GNotKG-KV Nr. 22110, Nr. 22111*

LEITSATZ:

Die Erstellung der Gesellschafterliste im Zusammenhang mit der Beurkundung des GmbH-Gründungsvertrags ist nach Nr. 22110 KV-GNotKG mit einer 0,5 Gebühr abzurechnen.

SACHVERHALT:

1 I. Am 31.10.2013 beurkundete der Beteiligte zu 1 als Notar die Errichtung der Beteiligten zu 2, einer GmbH mit Sitz in L mit zwei Gesellschaftern. Der Beteiligte zu 1 erstellte darüber hinaus die zugehörige Handelsregisteranmeldung und die Liste der Gesellschafter und reichte diese elektronisch in öffentlich beglaubigter Form beim Registergericht ein. Daneben erstellte er sogenannte XML-Strukturdaten und übermittelte diese ebenfalls an das Registergericht. Der Beteiligte zu 1 erstellte diese XML-Dateien aus eigenem Antrieb. Die Beteiligte zu 2 wünschte sie ausdrücklich nicht.

2 Für die Errichtung der GmbH erhob der Beteiligte zu 1 mit der hier verfahrensgegenständlichen Kostenrechnung vom 28.8.2014 Gebühren für die Beurkundung nach Nr. 21100 KV-GNotKG in Höhe von 250 €, für die Handelsregisteranmeldung nach Nr. 21201 Ziff. 5 KV-GNotKG in Höhe von 62,50 € und für die Liste der Gesellschafter nach Nr. 22113 i. V. m. Nr. 22111 KV-GNotKG in Höhe von 37,50 € aus einem Geschäftswert von jeweils 30.000 €. Eine Vollzugsgebühr nach Nr. 22114 KV-GNotKG für die Erstellung der XML-Strukturdaten erhob der Beteiligte zu 1 nicht.

3 Die Notarkasse war der Auffassung, dass für die Fertigung der Liste der Gesellschafter eine Vollzugsgebühr nach Nr. 22113 i.V.m.

Nr. 22110 KV-GNotKG in Höhe von 62,50 € und außerdem eine Vollzugsgebühr nach Nr. 22114 KV-GNotKG für die Erstellung der XML-Strukturdaten in Höhe von 37,50 € zu berechnen gewesen wäre. Die Erstellung der Liste der Gesellschafter sei eine Vollzugstätigkeit zur GmbH-Gründung, weshalb für diese Tätigkeit eine 0,5-Gebühr nach Nr. 22113 i. V. m. Nr. 22110 KV-GNotKG zu erheben sei. Sie forderte den Beteiligten zu 1 auf, den Differenzbetrag von der Beteiligten zu 2 nachzufordern.

4 Der Beteiligte zu 1 ist der Auffassung, dass es sich bei der Fertigung der Liste der Gesellschafter um eine Vollzugstätigkeit zur Handelsregisteranmeldung handele, weshalb für diese Tätigkeit nur eine 0,3 Gebühr nach Nr. 22113 i. V. m. Nr. 22111 KV-GNotKG anfalle.

5 Der LG-Präsident wies den Beteiligten zu 1 an, gemäß § 130 Abs. 2 Satz 1 GNotKG einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung bei dem LG zu stellen.

6 Das LG hat die Kostenrechnung abgeändert und die Vollzugsgebühr für die Erstellung der Gesellschafterliste mit einer 0,5 Gebühr nach Nr. 22110 KV-GNotKG angesetzt, was zu einer Erhöhung der Kostenrechnung um 29,75 € geführt hat. Den weitergehenden Antrag auf gerichtliche Entscheidung im Hinblick auf die XML-Daten hat es zurückgewiesen.

7 Gegen den Beschluss des LG hat der Beteiligte zu 1 wegen der Abänderung seiner Kostenrechnung im Hinblick auf die Kostenberechnung für die Erstellung der Gesellschafterliste Beschwerde eingelegt. Diese hat Erfolg gehabt. Das Beschwerdegericht hat den Beschluss des LG abgeändert und den Antrag des Notars auf gerichtliche Entscheidung im Hinblick auf die Kostenberechnung für die Erstellung der Gesellschafterliste und damit insgesamt zurückgewiesen.

8 Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde wendet sich der Beteiligte zu 1 nunmehr auf Weisung des Präsidenten des LG gegen die Beschwerdeentscheidung und bezieht sich zur Begründung auf die Entscheidung des LG.

9 Er selbst verteidigt seine Kostenrechnung und damit die Entscheidung des Beschwerdegerichts.

10 II. Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung (OLG Nürnberg, JurBüro 2018, 418) im Wesentlichen ausgeführt:

11 Zu Recht habe der Beteiligte zu 1 in der Kostenrechnung für die Erstellung der Gesellschafterliste lediglich eine 0,3 Gebühr nach Nr. 22111 KV-GNotKG angesetzt. Nach den Regelungen im Kostenverzeichnis des GNotKG seien die Beurkundungen des Gesellschaftervertrags und die Fertigung der Anmeldung zum Handelsregister, die in öffentlich beglaubigter Form zu erfolgen habe, zwei unterschiedliche Gebührentatbestände, für die Gebühren in unterschiedlicher Höhe anfielen, nämlich bei der Beurkundung des Gesellschaftsvertrags eine 2,0-Gebühr und bei der Beurkundung der Handelsregisteranmeldung eine 0,5-Gebühr. Die Höhe der zusätzlich anfallenden Vollzugsgebühr für die Erstellung der Gesellschafterliste (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. § 40 GmbHG) richte sich nach Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 der Vorbemerkung 2.2.1.1 KV-GNotKG danach, ob die Gebühr für das zugrunde liegende Beurkundungsverfahren weniger als 2,0 betrage. Dann falle eine 0,3 Gebühr nach Nr. 22111 KV-GNotKG und andernfalls eine 0,5 Gebühr nach Nr. 22110 KV-GNotKG an. Nach diesen Vorgaben halte es das Beschwerdegericht für geboten, in der vorliegenden Fallkonstellation die Vollzugsgebühr für die Erstellung der Gesellschafterliste entsprechend der Rechtsansicht des Beteiligten zu 1 nach Nr. 22111 i. V. m. Nr. 22113 KV-GNotKG zu berechnen, weil das zugrunde liegende Beurkundungsverfahren die Handelsregisteranmeldung sei. Die Einreichung der Gesellschafterliste beim Registergericht diene dem Informationsbedürfnis insbesondere der Gesellschaftsgläubiger und des Registergerichts hinsichtlich des Umstands, welche Personen Gesellschafter einer GmbH seien. Die Liste sei daher nicht nur bei der ersten Anmeldung der GmbH zum Handelsregister nach der Gründung oder bei deren Anmeldung zur Eintragung neuer Geschäftsanteile bei einer Kapitalerhöhung vorzulegen, sondern müsse auch bei sonstigen Veränderungen fort-

laufend aktualisiert und dem Registergericht in aktualisierter Form mitgeteilt werden. Zum Verhältnis zwischen dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags und der Eintragung im Handelsregister ordne § 11 Abs. 1 GmbHG an, dass die GmbH als solche vor der Eintragung nicht existiere. Die Eintragung sei mithin konstitutiv für die Entstehung der GmbH. Zur Gründung der Gesellschaft sei eine Gesellschafterliste nicht erforderlich. Aus den allgemeinen Vorschriften zum Gesellschaftsvertrag ergebe sich lediglich, dass die Namen der Gründungsgesellschafter zum einen deswegen angegeben werden müssten, um sie als den Gesellschaftsvertrag schließende Parteien zu bezeichnen, und zum anderen, um festzulegen, welcher Gründungsgesellschafter welchen Geschäftsanteil übernehme. Nichts anderes ergebe sich aus den Vorschriften zur einfachen Gründung nach § 2 Abs. 1a GmbHG. Materiellrechtlich könne somit ein Zusammenhang zwischen dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags und der Erstellung der Gesellschafterliste nicht hergestellt werden, der es erlauben würde, die Erstellung der Gesellschafterliste als Verzug der Beurkundung und nicht der Anmeldung zum Handelsregister anzusehen. Ein solcher Zusammenhang könne auch nicht nach dem Kostenrecht angenommen werden. Das Gerichts- und Notarkostengesetz sehe die Beurkundung der Anmeldung zum Handelsregister gerade nicht nur als einen unselbstständigen Annex zur Beurkundung des Abschlusses des Gesellschaftsvertrags oder gar nur als Vollzug der Gesellschaftsgründung an, sondern als eigenständigen Beurkundungsvorgang, der einen eigenen Gebührentatbestand auslöse. Das gelte selbst dann, wenn die Erklärungen in einer einheitlichen Urkunde zusammengefasst würden. Dies verbiete es auch gebührenrechtlich, die Anmeldung zum Handelsregister lediglich als unselbstständigen Annex zur Gründung der GmbH zu sehen. Die Gebühr für die Erstellung der Gesellschafterliste setze stets eine Anmeldung beim Register voraus. Auch dies spreche für einen näheren Zusammenhang zum Vollzug der Anmeldung.

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

13 IV. Die Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 1 hat Erfolg.

14 Im Gegensatz zur Auffassung des Beschwerdegerichts ist vorliegend die Erstellung der Gesellschafterliste im Zusammenhang mit der Beurkundung des GmbH-Gründungsvertrags nach der Nr. 22110 KV-GNotKG mit einer 0,5 Gebühr abzurechnen und nicht nach Nr. 22111 KV-GNotKG mit einer 0,3 Gebühr.

15 Die Nr. 22111 KV-GNotKG wäre lediglich anwendbar, wenn die Gebühr für das zugrunde liegende Beurkundungsverfahren weniger als 2,0 beträgt. Das der Erstellung der Gesellschafterliste zugrunde liegende Beurkundungsverfahren ist aber die notarielle Beurkundung der Gründung der Beteiligten zu 2. Die Beurkundung der GmbH-Gründung hat materiellrechtlich einen größeren Bezug zur Erstellung der Gesellschafterliste als die Handelsregisteranmeldung (*Volpert*, RNotZ 2015, 276, 278; Leipziger Gerichts- und Notarkostenkommentar/*Harder*, 2. Aufl., Vorbem. 2.2.1.1 KV Rdnr. 40 ff.; *Böhlinger*, BWNNotZ 2014, 166, 169; *Tiedke*, ZNotP 2014, 118, 119 ff.; *Heinze*, NotBZ 2014, 1, 3; *ders.*, NotBZ 2015, 201, 203; *Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Diehn*, GNotKG, 2. Aufl., § 112 Rdnr. 8; *Korintenberg/Tiedke*, GNotKG, 20. Aufl., Vorbem. 2.2.1.1 Rdnr. 35; *BeckOK-Kostenrecht/Neie*, Stand: 15.2.2018, GNotKG KV Vorbem. 2.2.1.1 Rdnr. 15; *Fackelmann*, Notarkosten nach dem neuen GNotKG, 2013, Rdnr. 825; *Diehn/Sikora/Tiedke*, Das neue Notarkostenrecht, 2013 Rdnr. 557 f.; a. A. *Waldner*, GNotKG für Anfänger, 9. Aufl., Rdnr. 236; *Wudy*, NotBZ 2013, 201, 243).

16 Der BGH hat noch zur Rechtslage nach der KO ausgeführt, dass die Erstellung der Gesellschafterliste im kostenrechtlichen Sinne dem Vollzug der GmbH-Gründung dient. Die Gründung einer GmbH, deren Eintragung in das Handelsregister in Befolgung des § 7 Abs. 1 GmbHG angestrebt wird, zielt auf ihre Errichtung als juristische Person. Insofern erfordert die Ausführung des Gesellschaftsvertrags die Eintragung der GmbH in das Handelsregister (§ 11 Abs. 1 GmbHG) und damit auch die Erstellung der Gesellschafterliste als notwendiger Bestandteil der Anmeldung zum Handelsregister (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG). Ob der Notar neben dem Gesellschaftsvertrag auch die Anmeldung zum Handelsregister beurkundet hat, ist für die Einordnung der Erstellung der Gesellschafterliste als Vollzugstätigkeit im Verhältnis zur Beurkundung der Gesellschaftsgründung nicht ausschlaggebend (BGH, Beschluss vom 14.2.2012, II ZB 19/10, juris Rdnr. 21; Beschluss vom 14.2.2012, II ZB 18/10, DNotZ 2012, 389 Rdnr. 21).

17 Die materiellrechtlichen Zusammenhänge zwischen der GmbH-Gründung, der Handelsregisteranmeldung und der Gesellschafterliste haben sich durch das Inkrafttreten des GNotKG nicht geändert. Der Entscheidung des BGH lag der Vollzugsbegriff des § 146 KO a. F. zugrunde. Dem Vollzug des Geschäfts dienten alle Tätigkeiten, die zu den beurkundeten schuldrechtlichen oder dinglichen Vereinbarungen der Beteiligten notwendigerweise hinzukommen mussten, um deren Wirksamkeit herbeizuführen und ihre Ausführung zu ermöglichen (BGH, Beschluss vom 14.2.2012, II ZB 18/10, DNotZ 2012, 389 Rdnr. 20; Beschluss vom 14.2.2012, II ZB 19/10, juris Rdnr. 20; Beschluss vom 20.2.2013, II ZB 27/12, ZIP 2013, 775 Rdnr. 7; Beschluss vom 12.7.2007, V ZB 113/06, NJW 2007, 3212 Rdnr. 8 f.). Dass dieser Vollzugsbegriff vom GNotKG verändert werden sollte, lässt sich der Gesetzesbegründung nicht entnehmen (Reg-E. BT-Drucks. 17/11471, S. 138, 190, 222). Vielmehr lässt die Begründung erkennen, dass der Gesetzgeber weiterhin von dem hergebrachten Vollzugsbegriff ausgegangen ist (Reg-E. BT-Drucks. 17/11471, [18] S. 222; Begründung zu Vorbem. 2.2.1.1 Abs. 1 Nr. 2 KV-GNotKG-E), da er die Begrifflichkeit für die Definition des Vollzugsgeschäfts selbst verwendet hat (a. A. *Wudy*, NotBZ 2013, 201, 221). Eine enge Beziehung zwischen der Erstellung der Gesellschafterliste und der Beurkundung der GmbH-Gründung hat der BGH auch darin gesehen, dass er die Einreichungskompetenz der Gesellschafterliste beim Handelsregister als Annex aus der Beurkundungskompetenz zur Beurkundung des Vorgangs gesehen hat, der die Erstellung bzw. im konkreten Fall die Veränderung der Gesellschafterliste erforderlich gemacht hat (BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, BGHZ 199, 270 Rdnr. 13).

18 Die Handelsregisteranmeldung ist für sich genommen nicht ohne die Beurkundung der GmbH-Gründung denkbar. Es handelt sich um eine Verfahrenserklärung, der nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG eine Gesellschafterliste beizufügen ist. Als Verfahrenserklärung erschöpft sich ihr Zweck jedoch auch darin, dem materiellen Geschäft, hier der GmbH-Gründung, zur Wirksamkeit zu verhelfen. Dieser Zusammenhang wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass nunmehr nach § 111 Nr. 3 GNotKG eine Anmeldung zu einem Register als besonderer Beurkundungsgegenstand zu gelten hat. Dies ändert nichts

daran, dass sie nur den Sinn hat, das materielle Recht zur vorherigen GmbH-Gründung entstehen zu lassen.

19 Nicht tragfähig ist demgegenüber die Argumentation des Beschwerdegerichts, die Gesellschaftsgründung sei schon mit der Beurkundung des Gesellschaftsvertrags erfolgt und bedürfe keiner Anmeldung im Handelsregister. Der Wille der Parteien ist darauf gerichtet, eine GmbH zu gründen, was eine Eintragung voraussetzt. Sollte dieser Wille aufgegeben werden, kann daraus nicht der Schluss gezogen werden, die Erstellung einer Gesellschafterliste sei nicht erforderlich. Ohne Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Gesellschafterliste nicht von den Gründungsgesellschaftern zu unterschreiben ist, sondern vom Geschäftsführer als Anmeldenden (§ 78 GmbHG). Die Unterschriftszuständigkeit ist für die materiellrechtliche Einordnung der Erstellung der Gesellschafterliste im Verhältnis zur GmbH-Gründung nicht ausschlaggebend und damit auch gebührenrechtlich nicht aussagekräftig.

(...)

ÖFFENTLICHES RECHT

25. Unwirksamkeit eines aufschiebend bedingten Grundstücksübertragungsvertrages

OLG Köln, Beschluss vom 16.5.2019, 19 U 207/18, mitgeteilt von Rechtsanwalt Dr. **Bernd Nenninger**, Heinsberg

BGB § 125 Satz 1, §§ 133, 157, 158 Abs. 1, § 311b Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Ist ein Grundstücksübertragungsvertrag von der „Rechtskraft“ eines Bebauungsplans abhängig, ist er dahin gehend auszulegen, dass das formelle Inkrafttreten des Bebauungsplans nach den Vorgaben des BauGB erforderlich ist. Auch für den vorhabenbezogenen Bebauungsplan ist insoweit § 10 BauGB maßgeblich, sodass es für das Inkrafttreten gemäß § 10 Abs. 3 Satz 4 BauGB nicht auf den Satzungsbeschluss des Gemeinderats, sondern auf die ortsübliche Bekanntmachung der Satzung ankommt. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Ein Durchführungsvertrag über Erschließung und Herstellung der Infrastruktur ist nach § 62 VwVfG i. V. m. § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB notariell zu beurkunden, wenn zwischen diesem und einem Grundstückskaufvertrag eine rechtliche Einheit besteht und die Änderung der Eigentumszuordnung nicht kraft Gesetzes erfolgt. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Fällt die aufschiebende Bedingung eines rechtswirksamen Bebauungsplans mangels wirksamen Durchführungsvertrages aus, kann eine nachträgliche, ex nunc wirkende Heilung des Durchführungsvertrages nach § 311 b Abs. 1 Satz 2 BGB nicht dazu füh-

ren, dass die aufschiebende Bedingung hinsichtlich des Bebauungsplans eintreten könnte. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

1 I. Die Parteien streiten darüber, ob die Klägerin einen – im Hinblick auf eine mögliche Verjährung durchsetzbaren – Übereignungsanspruch im Hinblick auf Grundstücke aus einem Grundstücksübertragungsvertrag hat. Dieser Grundstücksübertragungsvertrag steht im Zusammenhang mit einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan und einem Durchführungsvertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1.

2 Mit notariellem Vertrag vor dem Notar (...) vom 11.9.2007 (...) schlossen die Parteien einen Grundstücksübertragungsvertrag über zwei Teilflächen (...). Der Notar – der Streitverkündete – wurde beauftragt, alles Erforderliche zum Vollzug der Eigentumsübertragung in die Wege zu leiten. Unter § 2 Nr. 2 des Vertrages ist geregelt, dass der Vertrag aufschiebend bedingt geschlossen wird und „erst mit Rechtskraft“ des entsprechenden vorhabenbezogenen Bebauungsplans und „der Rechtskraft“ des Durchführungsvertrages wirksam werden soll.

3 Der Durchführungsvertrag regelt insbesondere die Pflicht der Beklagten zu 1 zur Erschließung, Planung, Vermessung und Herstellung der Infrastruktur und wurde am 11.12.2007 geschlossen, jedoch nicht notariell beurkundet. § 1 Nr. 2 Satz 1 des Vertrages bestimmt, dass die Beklagte zu 1 alle öffentlichen Grundstücksflächen innerhalb des Plangebietes auf die (...) zu übertragen hat. Unter § 17 Nr. 1 dieses Vertrages ist geregelt, dass der Vertrag „mit Inkrafttreten der Satzung über den Vorhabenbezogenen Bebauungsplan wirksam“ werde.

4 Der Rat der Klägerin beschloss den vorhabenbezogenen Bebauungsplan in der Sitzung vom 11.12.2007. Die Bekanntmachung des Satzungsbeschlusses erfolgte im Gemeindeblatt am 9.5.2008. Noch im Jahre 2007 begann die Beklagte zu 1 mit Erschließungsarbeiten. Später übertrug die Beklagte zu 1 einen Teil des ehemaligen Flurstücks (...) auf die Beklagte zu 2, die Eintragung im Grundbuch erfolgte am 29.11.2012. Der Streitverkündete sorgte nicht für die Überschreibung des Eigentums auf die Klägerin. Als der Vorgang im Januar 2018 aufgegriffen wurde, erhoben die Beklagten die Einrede der Verjährung.

5 Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, der Anspruch auf Eigentumsverschaffung gegen die Beklagte zu 1 sei nicht verjährt, da die Rechtskraft des Bebauungsplans erst mit ortsüblicher Bekanntmachung eingetreten sei. Die Übertragung des Flurstücks an die Beklagte zu 2 sei eine anfechtbare vorsätzliche Benachteiligung im Sinne des § 3 Abs. 1 S. 1 AnFG.

(...)

7 Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen.

8 Sie haben behauptet, ein Teilbereich, der als private Grünfläche gekennzeichnet ist, habe nach dem Grundstücksübertragungsvertrag nicht an die Klägerin übertragen werden sollen. Die Verjährungsfrist habe bereits am 11.12.2007 begonnen. Mit der Wirksamkeit des Ratsbeschlusses sei die im Übertragungsvertrag missverständlich formulierte „Rechtskraft“ des vorhabenbezogenen Bebauungsplans eingetreten. Auch die Klägerin sei davon ausgegangen, dass der Satzungsbeschluss der maßgebliche Zeitpunkt gewesen sei. § 10 BauGB sei auf einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan nicht anwendbar.

9 Das LG hat die Klage (...) abgewiesen. Zwar habe die Klägerin einen Übertragungsanspruch, dieser sei jedoch verjährt, sodass die Beklagte die Leistung gemäß § 214 BGB verweigern könne. Die Verjährungsfrist habe am 12.12.2007 begonnen. Die Frage, was unter „Rechtskraft“ bezogen auf den vorhabenbezogenen Bebauungsplan und auf den Durchführungsvertrag im Sinne der vereinbarten aufschiebenden Bedingung zu verstehen sei, sei im Wege der Ausle-

gung zu ermitteln. Der Wortlaut sei nicht eindeutig, da Bebauungspläne – genauso wie Durchführungsverträge als öffentlichrechtliche Verträge – nicht in Rechtskraft erwachsen. Nach § 10 Abs. 2 BauGB sei die Bekanntmachung der Zeitpunkt des Inkrafttretens. Das Inkrafttreten der Satzung sei auch mit Blick auf die Begleitumstände – insbesondere der Regelung im Durchführungsvertrag und dem nachvertraglichen Verhalten der Parteien – der maßgebliche Zeitpunkt. Im Hinblick auf die Interessenlage der Parteien sei von Belang, dass die seitens der Parteien erstrebte Planungsreife und -sicherheit mit dem Satzungsbeschluss und der Unterzeichnung des Durchführungsvertrages eingetreten sei. Mit dem Satzungsbeschluss würde der Bebauungsplan zum Gesetz im materiellen Sinne. Das Inkrafttreten der Satzung diene lediglich dem Zweck, die Rechtsnorm der Allgemeinheit in förmlicher Weise zugänglich zu machen. Ein vertraglicher Anspruch gegen die Beklagte zu 2 sei überdies nicht ersichtlich. Auch ein Anspruch nach § 11 AnfG scheide aus, da gemäß § 2 AnfG kein vollstreckbarer Schuldtitel vorliege und der Anfechtungsgegner der Zwangsvollstreckung nicht stärker ausgesetzt sein dürfe als der Schuldner selbst. (...)

10 Dagegen wendet sich die Berufung der Klägerin. (...) Die Auslegung des LG sei rechtsfehlerhaft. In § 17 Nr. 1 des Durchführungsvertrages sei durch die Parteien definiert worden, Was unter „Rechtskraft“ im Sinne des Übertragungsvertrages zu verstehen sei, nämlich das Inkrafttreten der Bebauungsplansatzung. Einer über diesen Wortlaut hinausgehenden Auslegung bedürfe es nicht. Es sei mehrfach über die Bedeutung des Wortes „rechtswirksam“ gesprochen worden, wobei die Gesprächsteilnehmer übereinstimmend davon ausgegangen seien, dass das Inkrafttreten im Sinne des § 10 Abs. 3 BauGB gemeint sei. Die Erschließungsarbeiten habe die Beklagte erst am 10.3.2008 begonnen. Der Baubeginn vor Inkrafttreten der Satzung sei üblich. Soweit das LG im Zuge der Auslegung überprüft, wie juristische Laien die gewählte Begrifflichkeit verstehen, weist die Klägerin die Einordnung als juristische Laiin zurück.

(...)

14 Der Senat hat mit Beschluss vom 21.3.2019 darauf hingewiesen, dass er beabsichtigt, die Berufung der Klägerin gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, und den Parteien hierzu Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. (...)

AUS DEN GRÜNDEN:

16 II. Die Berufung ist zulässig, hat aber in der Sache offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg.

Auch die weiteren Voraussetzungen für eine Zurückweisung des Rechtsmittels durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO liegen vor, insbesondere erfolgt die Entscheidung des Senats einstimmig. Zur Begründung wird zur Vermeidung von Wiederholungen zunächst auf die nachstehend wiedergegebenen Hinweise im Beschluss des Senats vom 21.3.2019 verwiesen.

„Das LG hat die Klage im Ergebnis zurecht abgewiesen. Der Klägerin stehen gegen die Beklagte zu 1 und ggf. in der Folge gegen die Beklagte zu 2 keine Übereignungsansprüche aus dem zwischen den Parteien geschlossenen Grundstücksübertragungsvertrag vom 11.9.2007 zu.

(...)

Der Grundstücksübertragungsvertrag bestimmt zwar in § 2 Nr. 1 die Pflicht der Beklagten zu 1, der Klägerin zwei noch zu vermessende Grundstücke (...) zu übereignen. Diese Übereignungspflicht ist jedoch nach § 2 Nr. 2 des Vertrages im Sinne des § 158 Abs. 1 BGB zweifach aufschiebend bedingt, und zwar zum einen im Hinblick auf die ‚Rechtskraft‘ des auf diese Grundstücke bezogenen

vorhabenbezogenen Bebauungsplans der Klägerin und zum anderen, im Hinblick auf die ‚Rechtskraft‘ des zwischen den Parteien bzgl. des Vorhabens zu schließenden Durchführungsvertrages.

Die erstgenannte Bedingung ist mit dem formellen Inkrafttreten des entsprechenden Bebauungsplans im Mai 2008 eingetreten. Der Senat schließt sich insoweit nicht der Sichtweise des LG dahin gehend an, dass für die ‚Rechtskraft‘ des vorhabenbezogenen Bebauungsplans im Sinne des Grundstücksübertragungsvertrages der Ratsbeschluss der Klägerin ausreicht, vielmehr war hierzu das formelle Inkrafttreten des Bebauungsplans nach den Vorgaben des BauGB erforderlich. Auch für den vorhabenbezogenen Bebauungsplan ist insoweit § 10 BauGB maßgeblich (Battis/Krautzberger/Löhr/Mitschang, 13. Aufl. 2016, BauGB, § 12 Rdnr. 40), sodass es für das Inkrafttreten gemäß § 10 Abs. 3 Satz 4 BauGB nicht auf den Satzungsbeschluss des Gemeinderats, sondern auf die ortsübliche Bekanntmachung der Satzung ankommt.

Ausgehend hiervon greift die Verjährungseinrede demnach entgegen der Auffassung des LG nicht. Die Verjährungsfrist von zehn Jahren (§ 196 BGB) begann nach dem Vorstehenden mit der Bekanntmachung der Satzung am 9.5.2008 und endete am 9.5.2018. Die am 7.5.2018 bei Gericht eingegangene, am 6.6.2018 und damit demnächst i. S. v. § 167 ZPO zugestellte Klage hat demnach die Verjährung gem. § 204, Abs. 1 Nr. 1 ZPO gehemmt.

Schon die gemäß §§ 133, 157 BGB zunächst gebotene Auslegung des Wortes ‚Rechtskraft‘ in Bezug auf den Bebauungsplan führt zu dem genannten Auslegungsergebnis, im Hinblick auf einen Bebauungsplan ist diese Begrifflichkeit schon deshalb nicht im technischen Sinne aufzufassen, weil das Gesetz eine Rechtskraft von Bebauungsplänen nicht kennt. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch wird eine Entscheidung oder Regelung dann als rechtskräftig bezeichnet, wenn sie gültig, endgültig, verbindlich und unanfechtbar ist. Gemäß § 10 Abs. 3 Satz 4 BauGB wird der Bebauungsplan mit dem Erscheinungstag des Publikationsorgans, in dem die ortsübliche Bekanntmachung erfolgt, rechtsverbindlich (Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt, BauGB § 10 Rdnr. 43 m. w. N.), also nicht schon vorher. Damit besteht, ungeachtet der notariellen Wirksamkeit des vorhabenbezogenen Bebauungsplans (hierzu noch im Folgenden) erst mit der Bekanntmachung eine Verbindlichkeit, die im Wortsinne mit dem Begriff ‚Rechtskraft‘ in Einklang zu bringen ist.

Dieses Auslegungsergebnis findet Bestätigung im Zuge der Betrachtung der äußeren Begleitumstände des Vertragsschlusses, der Interessenlage der Beteiligten und des verfolgten wirtschaftlichen Zwecks. Die in Rede stehende aufschiebende Bedingung ist im Kontext der rechtlichen Vorgaben des § 12 BauGB zu sehen, der in öffentlichrechtlicher Hinsicht den Abschluss eines Durchführungsvertrages zur Voraussetzung für die Zulässigkeit eines vorhabenbezogenen Bebauungsplans macht. Damit und mit der zweifachen aufschiebenden Bedingung der Grundstücksübertragung bestand für die Vertragsparteien im vorliegenden Fall ein Interesse an einem pri-

vatrechtlichen und wirtschaftlichen Gleichlauf von Wirksamkeit des vorhabenbezogenen Bebauungsplans, Wirksamkeit des Durchführungsvertrages und Wirksamkeit der Grundstücksübertragung. Denn nur das Zusammenspiel der drei genannten Bestandteile konnte dazu führen, dass das zwischen den Parteien gewünschte Vorhaben öffentlichrechtlich und zivilrechtlich umzusetzen ist. Diese Sicht der Dinge findet Bestätigung in dem Wortlaut des Durchführungsvertrages, in dem es in § 17 Nr. 1 heißt, dass der Vertrag mit dem Inkrafttreten der Satzung über den vorhabenbezogenen Bebauungsplan wirksam werde. Hier wurde exakt die Begrifflichkeit („Inkrafttreten“) verwendet, die auf § 10 Abs. 3 Satz 4 BauGB und damit auf die ortsübliche Bekanntmachung als maßgeblichen Zeitpunkt hinweist. Ohne diesen Bedingungseintritt konnte der Ausführungsvertrag und in der Folge – aufgrund der entsprechenden aufschiebenden Bedingung – der Grundstücksübertragungsvertrag nicht wirksam werden.

Gleichwohl ist die Pflicht der Beklagten zu 1 zur Übereignung der im Vertrag bezeichneten Grundstücke nicht wirksam geworden, weil die zweite aufschiebende Bedingung, die unter § 2 Nr. 2 des Grundstücksübertragungsvertrages geregelt ist, nicht eingetreten ist und auch nicht mehr eintreten kann. Denn der zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 geschlossene Durchführungsvertrag ist wegen eines Formmangels gemäß § 125 Satz 1 BGB nichtig.

Grundsätzlich unterliegt ein Durchführungsvertrag als öffentlichrechtlicher Vertrag gem. § 57 VwVfG lediglich der Schriftform, die vorliegend eingehalten worden ist. Über § 62 Satz 2 VwVfG greifen jedoch auch die Vorschriften des BGB, unter anderem die Formvorschrift des § 311b Abs. 1 BGB mit Blick auf Verträge, die die Verpflichtung zur Übertragung von Eigentum an Grundstücken zum Gegenstand haben (Stelkens/Bonk/Sachs/Bonk/Neumann/Siegel, 9. Aufl. 2018, VwVfG, § 57 Rdnr. 23 ff. m. w. N.; Staudinger/Schumacher, Neub. 2018, § 311b Rdnr. 72 f. m. w. N.). Maßgeblich für ein unmittelbares Eingreifen dieser Formvorschrift ist, dass sich aus dem öffentlichrechtlichen Vertrag die rechtsgeschäftliche Grundstücksveräußerungspflicht ergibt und die Änderung der Eigentumszuordnung nicht kraft Gesetzes gemäß einer Sondervorschrift des öffentlichen Rechts erfolgt (OLG Schleswig, Beschluss vom 18.2.1981, 2 W 107/80, juris, m. w. N.). Vorliegend ist eine solche Sondervorschrift des öffentlichen Rechts im Hinblick auf den Eigentumsübergang nicht ersichtlich. In § 1 Nr. 2 des Durchführungsvertrages ist bestimmt, dass die Beklagte zu 1 die öffentlichen Grundstücksflächen des Plangebiets auf die Klägerin zu übertragen hat. Dem Wortlaut nach lässt sich diese Regelung ohne Weiteres als rechtsgeschäftliche Verpflichtung, das Eigentum zu übertragen, auffassen.

Ob diese Vertragsklausel in der Zusammenschau mit dem bereits zeitlich zuvor notariell beurkundeten Grundstücksübertragungsvertrag lediglich deklaratorischen Charakter haben sollte, kann dahinstehen, denn zwischen dem Grundstücksübertragungsvertrag und dem Durchführungsvertrag besteht ohnedies eine rechtliche Einheit, die

zu der Formbedürftigkeit des Durchführungsvertrages gem. § 311b Abs. 1 BGB führt. Eine solche rechtliche Einheit zwischen einem Grundstücksvertrag und anderen Verträgen besteht dann, wenn die Vertragsparteien den Willen haben, die Verträge in der Weise miteinander zu verknüpfen, dass sie miteinander stehen und fallen sollen, was auch dann der Fall sein kann, wenn – wie hier – die Verträge nicht in einer Urkunde, sondern nacheinander geschlossen werden (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 22.7.2010, VII ZR 246/08, juris, m. w. N.). Maßgeblich ist insoweit, ob der Grundstückserwerb abhängig von dem anderen Vertrag sein sollte (BGH, Urteil vom 26.11.1999, V ZR 251/98, juris; Urteil vom 13.6.2002, VII ZR 321/00, juris). So liegt es hier, denn der Grundstücksübertragungsvertrag sollte im Wege der aufschiebenden Bedingung unter anderem von der Wirksamkeit des Durchführungsvertrages abhängen.

Eine Heilung dieses Formmangels gemäß § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB liegt gerade nicht vor, weil der Eigentumswechsel nicht mit der Eintragung ins Grundbuch vollzogen worden ist.

Überdies ist die vereinbarte aufschiebende Bedingung eines rechtswirksamen vorhabenbezogenen Bebauungsplans mangels wirksamen Durchführungsvertrages (vgl. VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 14.11.2002, 5 S 1635/00, juris) ausgefallen, sodass eine nachträgliche Heilung des Mangels des Durchführungsvertrages, die lediglich ex nunc wirken könnte, nicht mehr dazu führen kann, dass die aufschiebende Bedingung hinsichtlich des Bebauungsplans eintreten könnte (vgl. Staudinger/Schumacher, § 311b Rdnr. 326 m. w. N.). Im Falle einer ausgefallenen Bedingung entfallen ebenfalls etwaige Vorwirkungen zum Schutz desjenigen, zu dessen Gunsten die bedingte Erklärung erfolgt ist (MünchKomm-BGB/Westermann, 8. Aufl. 2018, § 158 Rdnr. 43 m. w. N.). Dies hat zur Folge, dass auch Schadensersatzansprüche oder andere aus dem Grundstücksübertragungsvertrag abgeleitete Ansprüche zugunsten der Klägerin nicht in Betracht kommen.“

17 Die ergänzende Stellungnahme der Klägerin vom 13.5.2019 veranlasst den Senat nicht, von seiner Auffassung abzurücken. Sie gibt lediglich zu folgenden Anmerkungen Anlass.

18 Es kann – wie bereits im Senatsbeschluss vom 21.3.2019 ausgeführt – dahinstehen, ob der Durchführungsvertrag selbst eine Verpflichtung, das streitgegenständliche Grundstück auf die Klägerin zu übertragen, regeln sollte, oder ob die entsprechenden Ausführungen hierzu in dem Vertragstext lediglich deklaratorischen Charakter haben sollten. Denn auch unter Berücksichtigung der ergänzenden Stellungnahme der Klägerin bleibt der Senat bei seiner Auffassung, dass der Grundstücksübertragungsvertrag und der Durchführungsvertrag unter Anwendung der Kriterien, die der BGH aufgestellt hat, als rechtliche Einheit aufzufassen sind mit der Folge, dass auch der Durchführungsvertrag der Formvorschrift des § 311b Abs. 1 BGB unterliegt.

19 Soweit die Klägerin die Rechtsprechung des BGH zu der genannten Rechtsfrage dahin gehend zusammenfasst, dass

eine solche rechtliche Einheit nur dann vorliegt, wenn nach den Vorstellungen der Parteien des Grundstücksvertrages dieser geschlossen werde, um den weiteren Vertrag zu ermöglichen, ist dies zumindest insoweit missverständlich, als damit der Kernpunkt der Rechtsprechung des BGH nicht hervorgehoben wird. Maßgeblich ist nämlich – wie bereits im Senatsbeschluss vom 21.3.2019 ausgeführt – die von den Parteien gewollte rechtliche Abhängigkeit des Grundstücksvertrages von dem weiteren Vertrag (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 26.11.1999, V ZR/251/98, juris; Urteil vom 11.10.2000, VIII ZR 321/99, juris; Urteil vom 13.6.2002, VII ZR 321/00, juris; Urteil vom 22.7.2010, VII ZR 246/08, juris). Eine solche gewollte Abhängigkeit kann in dem Vertragstext des Grundstücksvertrages kaum deutlicher als vorliegend mittels einer aufschiebenden Bedingung zum Ausdruck gebracht werden. Denn der unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossene Vertrag – hier der Grundstücksübertragungsvertrag – wird gemäß § 158 Abs. 1 BGB erst dann wirksam, sobald die aufschiebende Bedingung – hier: wirksame Vereinbarung des Durchführungsvertrages – wirksam vereinbart wird. Eine Verknüpfung und Abhängigkeit des Grundstücksvertrages von dem anderen Vertrag im Sinne einer rechtlichen Einheit beider Verträge liegt daher schon dem Wortlaut des Vertragstextes nach dann eindeutig vor, wenn der Grundstücksvertrag unter einer solchen aufschiebenden Bedingung steht. Soweit die Klägerin pauschal behauptet, eine solche aufschiebende Bedingung habe es hier nicht gegeben, belegt der Wortlaut des Textes des Grundstücksübertragungsvertrages unter § 2 Nr. 2 Satz 1 2. Hs. eindeutig das Gegenteil, sodass er einer anderweitigen Auslegung nicht zugänglich ist.

20 Genau umgekehrt lag der Fall, der der seitens der Klägerin zitierten Entscheidung des BGH (Urteil vom 13.6.2002, VII ZR 321/00, juris) zugrunde lag, denn dort war – nach dem Wortlaut der Vertragstexte und den bisher getroffenen Feststellungen – der weitere Vertrag (ein Bauvertrag) von einem Grundstückskaufvertrag abhängig, nicht jedoch umgekehrt. Gerade die fehlenden Feststellungen hierzu rügt der BGH in der zweiten seitens der Klägerin zitierten Passage (BGH, a. a. O. Rdnr. 18). Weiter (Rdnr. 19) führt er dann wie folgt aus:

„Die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben keine Abhängigkeit des Grundstückskaufvertrages vom Bauvertrag. Eine solche rechtliche Abhängigkeit ist weder im Grundstückskaufvertrag angedeutet noch ergibt sie sich aus dem bisher festgestellten Willen der Parteien. Das Berufungsgericht befasst sich allein mit der Abhängigkeit des Bauvertrages vom Grundstücksgeschäft.“

21 Diese Passage kennzeichnet den entscheidenden Unterschied des seitens des BGH zu beurteilenden Falles zu dem vorliegenden Streitfall. Denn in dem vorliegenden Streitfall ist die rechtliche Abhängigkeit des Grundstücksvertrages von dem weiteren Vertrag (Durchführungsvertrag) im Vertragstext nicht nur angedeutet, sondern – wie bereits ausgeführt – unmissverständlich und eindeutig in Form einer aufschiebenden Bedingung geregelt. Vor diesem Hintergrund bedarf es entgegen der Auffassung der Klägerin im Streitfall keiner weiteren Feststellungen zu der Frage, ob die Parteien eine Abhängigkeit des Grundstücksübertragungsvertrages von dem Durchführungsvertrag wollten. Die seitens der Klägerin insoweit ange-

stellten hypothetischen Hilfserrwägungen gehen aus diesem Grund und deshalb ins Leere, weil die Frage, ob der Durchführungsvertrag auch ohne die Übertragung der Grundstücke umsetzbar gewesen wäre, nicht maßgeblich ist für die Frage, ob die Parteien bei Vertragsschluss eine rechtliche Abhängigkeit in vorgenanntem Sinne wollten. Genauso wenig ist insoweit von Bedeutung, in wie vielen ähnlich gelagerten Fällen Grundstücksübertragungsverträge und Durchführungsverträge in derselben oder einer ähnlichen Weise miteinander verknüpft werden und ob in solchen Fällen in der Regel eine Beurkundung des Durchführungsvertrages erfolgt oder nicht.

22 Soweit sich die Klägerin darüber hinaus gegen die Einschätzung des Senats zu der Frage des Bedingungsausfalls wendet, ist dies für die vorstehende streitentscheidende rechtliche Fragestellung nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Zutreffend stellt die Klägerin allerdings hierzu dar, dass dann, wenn ein Durchführungsvertrag fehlt oder fehlerhaft ist, grundsätzlich ein nichtiger vorhabenbezogener Bebauungsplan vorliegt. Für den Streitfall folgt – wie in dem Senatsbeschluss vom 21.3.2019 ausgeführt – daraus, dass der vorhabenbezogene Bebauungsplan infolge des wegen Formunwirksamkeit fehlenden Durchführungsvertrages unwirksam ist. Der Senat hat sich mit dieser Frage nur insoweit auseinandergesetzt, als der Grundstücksübertragungsvertrag auch mit Blick auf die Wirksamkeit des vorhabenbezogenen Bebauungsplans aufschiebend bedingt geschlossen wurde und die Frage, ob die aufschiebenden Bedingungen endgültig ausgefallen sind, in dem Rechtsverhältnis der Parteien erwägenswert ist.

23 Keineswegs hat der Senat damit eine darüber hinaus allgemein gültige Feststellung hinsichtlich der Wirksamkeit des vorhabenbezogenen Bebauungsplans getroffen. Eine solche obliegt in der Tat gemäß § 47 VwGO einzig dem OVG. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist die Wirksamkeit dieses Bebauungsplans sehr wohl eine seitens des Senats in den Blick zu nehmende Rechtsfrage, soweit sie für die Beurteilung des zwischen den Parteien bestehenden zivilrechtlichen Verhältnisses von Bedeutung ist.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Prof. Dr. Dr. **Herbert Grziwotz**,
Regen und Zwiesel

1. Problemstellung

Die Entscheidung betrifft in der notariellen Praxis nicht seltene städtebauliche Vereinbarungen und die hierbei verwendete Begrifflichkeit sowie (eigentlich) bekannte Fragen des Umfangs der notariellen Form bei Grundstücksgeschäften, die Vorhabenträger und auch Kommunen aus vermeintlichen Kostengründen nicht zur Kenntnis nehmen wollen.

2. Fachterminologie und Urkundensprache

In beurkundeten Vereinbarungen sollte nicht (zur leichteren Verständlichkeit) die „Alltagssprache“ oder eine einfache Sprache verwendet werden, auch wenn dies mitunter Vorhabenträger wünschen und bei einer Weigerung, vom Hausnotar verwendete (falsche) Bezeichnungen zu über-

nehmen, sogar den Beurkundungsauftrag entziehen. So lautet die amtliche Bezeichnung (Legaldefinition) des städtebaulichen Vertrages über die Baupflicht bezüglich des Vorhabens und der Erschließungsmaßnahmen sowie die Kostentragung „Durchführungsvertrag“ (§ 12 Abs. 1 Satz 1 BauGB) und nicht etwa Bau- und Erschließungsvertrag. Ein Bebauungsplan als Satzung (§ 10 Abs. 1 BauGB) wird nicht rechtskräftig, sondern tritt in Kraft (§ 10 Abs. 3 Satz 4 BauGB), und zwar mit der Bekanntmachung. Diese Rechtsverbindlichkeit tritt am Erscheinungstag des Publikationsorgans, in dem die Tatsache des Beschlusses, oder, soweit erforderlich, seiner Genehmigung veröffentlicht wird, ein, nicht am Tag danach. Eine Baugenehmigung wird, wenn sie als Verwaltungsakt erlassen wird,¹ wirksam und bestandskräftig.² Wird sie in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag vereinbart (vgl. Art. 54 Abs. 1 Satz 2 BayVwVfG), was wegen des eventuellen Eingriffs in Rechte Dritter (vgl. Art. 58 Abs. 1 BayVwVfG) nicht zu empfehlen ist,³ wird der diesbezügliche Vertrag eventuell nach Erteilung der Genehmigung Dritter (rechts-)wirksam; bis dahin ist er gegebenenfalls schwebend unwirksam.⁴ Die Verwendung der korrekten Begrifflichkeit hätte im vorliegenden Fall zumindest einen Streitpunkt ausgeräumt. Allerdings sind auch Gerichte insoweit nicht immer konsequent. Ein Flächennutzungsplan enthält nur Darstellungen, keine Festsetzungen (vgl. § 5 Abs. 1 Satz 1 BauGB). Bei ihnen handelt es sich nur um (nicht parzellenscharfe) kommunale „Planungsprogramme“ (vgl. § 1 Abs. 2 BauGB), nicht um eine Bauposition des Privaten.⁵

3. Beurkundungserfordernis und -zweck

Die notarielle Beurkundung hat im Zusammenhang mit einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan in zwei Bereichen Bedeutung:

a) Erstens betrifft dies die Beurkundung des Durchführungsvertrags, wenn dieser die Verpflichtung zum Erwerb oder zur Veräußerung von Grundstücken, meist im Rahmen der Erschließung, enthält. Ungeachtet seiner Einstufung als öffentlichrechtlicher Vertrag⁶ bedarf er unstreitig der notariellen Beurkundung.⁷ Wird ein Durchführungsvertrag, der die Verpflichtung des Vorhabenträgers zur Abtretung von Erschließungsflächen (z. B. einen Kinderspielplatz) an die Gemeinde enthält, nur schriftlich vereinbart, stellt sich lediglich

die Frage, ob er ganz oder teilweise nichtig ist.⁸ Auch bei einer teilweisen Nichtigkeit liegt jedoch dem Satzungsbeschluss kein wirksamer Durchführungsvertrag zugrunde;⁹ deshalb ist der Satzungsbeschluss wegen dieses Fehlers und damit der vorhabenbezogene Bebauungsplan nichtig.¹⁰ Die spätere Heilung durch Beurkundung der Grundabtretung (oder des gesamten Durchführungsvertrags) und Eintragung im Grundbuch (§ 311b Abs. 1 Satz 2 BGB) wirkt nur ex nunc,¹¹ also nicht auf den Zeitpunkt des Satzungsbeschlusses zurück. Hat der Vorhabenträger sein Vorhaben noch nicht durchgeführt, darf er es mangels eines Baurechts auch nicht mehr; ist die Bauausführung ohne bestandskräftige Baugenehmigung bereits erfolgt, handelt es sich materiellrechtlich um einen „Schwarzbau“. Es wird deshalb ein ergänzendes Verfahren nach § 214 Abs. 4 BauGB erforderlich,¹² zu dessen Durchführung aber keine Verpflichtung der Gemeinde besteht. Bei einem zwischenzeitlich neu gewählten Gemeinderat sind geänderte Planungsvorstellungen in der Praxis nicht selten. Im Hinblick auf die Kostenermäßigung gemäß § 91 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 GNotKG wegen Beteiligung der Gemeinde, von der der Vorhabenträger profitiert,¹³ ist das Absehen von einer Gesamtbeurkundung des Durchführungsvertrags auch wirtschaftlich nicht zu rechtfertigen. Beurkundungsrechtlich ist eine Aufspaltung beim zusammengesetzten Vertrag ohnehin nicht zulässig.¹⁴

b) Die Frage der Wirksamkeit einer notariellen Beurkundung betrifft zweitens die Prüfung durch die Gemeinde, ob der Vorhabenträger in der Lage ist, seine im Durchführungsvertrag übernommenen Verpflichtungen zu erfüllen (§ 12 Abs. 1 Satz 1 BauGB). Auch hinsichtlich der vom Vorhabenträger abzutretenden Flächen ist dies von der Gemeinde zu prüfen.¹⁵ Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn die Gemeinde selbst Eigentümer der benötigten Fläche ist oder zumindest über ein sicheres Erwerbsrecht verfügt.¹⁶ Als ausreichend wurde es hinsichtlich der zu übereignenden Fläche angesehen, wenn der Vorhabenträger ein wirksames Vertragsangebot des derzeitigen Grundstückseigentümers

1 Simon/Busse/Lechner, BayBO, Stand: Dez. 2018, Art. 68 Rdnr. 35.

2 Vgl. Überschrift Teil III, Abschn. 2, Art. 43 BayVwVfG und dazu Kopp/Ramsauer/Ramsauer, VwVfG, 19. Aufl. 2018, § 43 Rdnr. 7 f. und Maurer/Waldhoff, Allg. Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 9 Rdnr. 40.

3 Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 17.11.2015, OVG 10 S 24/14, NVwZ-RR 2016, 325 = ZfR 2016, 512 (Ls.).

4 Kopp/Ramsauer/Ramsauer/Tegethoff, VwVfG, Art. 54 Rdnr. 12.

5 Vgl. BGH, Urteil vom 25.7.2003, V ZR 124/02, ZfR 2003, 783, 784.

6 Vgl. nur Jäde/Dirnberger/Spieß, BauGB/BauNVO, 9. Aufl. 2018, § 12 BauGB Rdnr. 22.

7 Vgl. nur OLG Schleswig, Beschluss vom 12.9.2007, 2 LA 107/06, MittBayNot 208, 488 und Busse/Grziwotz, VEP – Der Vorhaben- und Erschließungsplan, 3. Aufl. 2016, Rdnr. 140.

8 Vgl. BeckOK-BauGB/Busse, Stand: 1.8.2018, § 12 Rdnr. 50.

9 Zur Notwendigkeit der Kongruenz zwischen Bebauungsplan, Vorhaben- und Erschließungs- und Durchführungsvertrag siehe VGH Mannheim, Urteil vom 10.4.2014, 8 S 47/12, BeckRS 2014, 52774.

10 BayVGH, Urteil vom 24.7.2001, 1 N 00.1574, BayVBl. 2002, S. 113.

11 Staudinger/Schumacher, Neub. 2018, § 311b Rdnr. 302 und MünchKomm-BGB/Ruhwinkel, 8. Aufl. 2019, § 311b Rdnr. 99, jew. m. w. N.

12 OVG Münster, Urteil vom 8.3.2012, 10 D 17/10.NE, BauR 2012, 1075.

13 Vgl. Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl. 2017, Rdnr. 1067 ff. und Bormann/Diehn/Sommerfeld/Bormann, GNotKG, 3. Aufl. 2019, § 91 Rdnr. 19.

14 Siehe nur Seeger, MittBayNot 2003, 11 ff. und Frank, NotBZ 2003, 211 ff.

15 Zum Nachweis siehe BVerwG, Beschluss vom 6.3.2018, 4 BN 13.17, BauR 2018, 1086.

16 VGH Kassel, Beschluss vom 19.2.2018, 4 A 712/16.Z, BauR 2018, 1088.

vorlegen kann.¹⁷ Die Wirksamkeit ist allerdings im Hinblick auf die Geltung von Bindungsfristen¹⁸ von der Gemeinde besonders sorgfältig zu prüfen. Kaufverträge mit genau konkretisierten Rücktrittsrechten¹⁹ sind insofern weniger bedenklich. Nicht ausreichend ist eine formunwirksame Abtretungserklärung, und zwar auch dann, wenn es sich um einen (Familien-)Angehörigen des Vorhabenträgers handelt.

4. Inhalte des Durchführungsvertrages

Bei der Beurkundung eines Durchführungsvertrages zu einem vorhabenbezogenen Bebauungsplan handelt es sich nicht um ein notarielles Alltagsgeschäft. Er ist ein Bestandteil des „Pakets“, das aus dem Vorhaben- und Erschließungsplan des Investors, dem Durchführungsvertrag und der gemeindlichen Satzung besteht. Die Verfahrensschritte des Satzungsbeschlusses entsprechen aber dem üblichen Bebauungsplanverfahren. Über dessen Einleitung entscheidet allerdings die Gemeinde auf Antrag des Investors nach Abstimmung der vorgelegten „Wunschplanung“ (§ 12 Abs. 1 Satz 1 BauGB).²⁰ Der vorhabenbezogene Bebauungsplan kann, wenn er von der Darstellung des Flächennutzungsplans abweicht, auch aufgestellt werden, bevor der Flächennutzungsplan geändert oder ergänzt ist. Der Flächennutzungsplan ist dann im Wege der Berichtigung anzupassen. Eine Genehmigung des Bebauungsplans durch die höhere Verwaltungsbehörde ist nicht erforderlich. Eine Bindung des vorhabenbezogenen Bebauungsplans an den Festsetzungskatalog des § 9 BauGB und die BauNVO besteht nicht (§ 12 Abs. 3 Satz 1 Hs. 1 BauGB).²¹ Wegen der kooperativen Baulandentwicklung sind vor allem Sicherungsinstrumente und Durchführungsregelungen auf den vorhabenbezogenen Bebauungsplan nicht anwendbar. Dies betrifft insbesondere die Veränderungssperre, die Zurückstellung von Baugesuchen, das gemeindliche Vorkaufsrecht, die Umliegung, das Erschließungsbeitragsrecht, die Kostenerstattung für naturschutzrechtliche Ausgleichsmaßnahmen und die Enteignung. Deshalb kann die Gemeinde bei einer unwirksamen oder verjährten Abtretung von Straßenflächen nicht später diese enteignen und hierfür Erschließungsbeiträge erheben. Der Ausschluss der Sicherungsinstrumente gilt allerdings nicht für die Aufhebung (§ 12 Abs. 6 Satz 1 BauGB) eines fehlgeschlagenen vorhabenbezogenen Bebauungsplans.²²

Der notariell beurkundete Durchführungsvertrag wird nicht Inhalt der Satzung, gehört aber zum Abwägungsmaterial. Er

muss deshalb vor dem Satzungsbeschluss abgeschlossen werden (§ 12 Abs. 1 Satz 1 BauGB), wobei ein bindendes (wirksames) Angebot des Vorhabenträgers genügen soll.²³ Planreife (§ 33 BauGB) kann nach einhelliger Auffassung beim vorhabenbezogenen Bebauungsplan erst nach Abschluss des Durchführungsvertrages eintreten.²⁴ Der Regelungsgehalt des Durchführungsvertrages ergibt sich aus § 12 Abs. 1 Satz 1 BauGB und dem Umstand, dass der vorhabenbezogene Bebauungsplan – anders als ein „normaler“ – auf Verwirklichung ausgelegt ist: Der Vertrag muss die Verpflichtung des Vorhabenträgers zur Realisierung aller (!) festgesetzten Vorhaben enthalten. Dies darf nicht bezüglich einzelner Vorhaben offen gelassen werden.²⁵ Gleiches betrifft die erforderlichen Erschließungsmaßnahmen. Der Vertrag muss ferner die ganz oder teilweise Tragung der Planungs- und Erschließungskosten regeln, wobei die volle Kostenübernahme durch den Vorhabenträger in der Praxis der Regelfall ist. Insbesondere das Vorhaben muss so konkret beschrieben werden, dass die Umsetzung der Durchführungsverpflichtung eindeutig ist.²⁶ Dies gilt vor allem, wenn sich die Satzung auf die Festsetzung eines Baugebiets aufgrund der BauNVO beschränkt (§ 12 Abs. 3a BauGB).²⁷ Hinsichtlich der Durchführung muss eine Frist vereinbart werden. Üblicherweise handelt es sich bei dem auf baldige Durchführung angelegten Instrument um drei bis fünf Jahre.²⁸ „Ewigkeitsfristen“, bei denen faktisch keine Durchführungspflicht mehr besteht, sind unzulässig.²⁹ Vielfach wählen Gemeinden (auch auf Vorschlag der Baubehörden) das Instrument des vorhabenbezogenen Bebauungsplans, da sie die spätere Nutzung des Vorhabens sicherstellen wollen. Dies ist jedoch beim vorhabenbezogenen Bebauungsplan nicht automatisch der Fall; es besteht nur eine Realisierungs-, keine Nutzungspflicht. Gegen einen Leerstand und eine Bauruine hilft er somit nicht. Allerdings können derartige Vereinbarungen, insbesondere Rückbaupflichten unter dem Gesichtspunkt der Nachhaltigkeit,³⁰ durch städtebaulichen Vertrag geregelt und im Grundbuch gesichert werden. Bei Nutzungspflichten ist dies dagegen bei Gewerbeimmobilien effektiv kaum möglich.

17 BayVGh, Urteil vom 24.7.2001, 1 N 00.1574, BayVGHE 54, 123 = BayVBl. 2002, S. 113.
 18 Siehe nur BGH, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 = ZIP 2010, 1854; Urteil vom 17.1.2014, V ZR 5/12, NJW 2014, 857 = ZIP 2014, 427; vgl. *Herrler/Suttman*, DNotZ 2010, 883 ff.
 19 Vgl. OVG Lüneburg, Urteil vom 9.12.2013, 1 KN 215/11, BauR 2014, 811.
 20 Vgl. OVG Lüneburg, Beschluss vom 10.12.2008, 1 LA 150/06, BauR 2009, 777.
 21 Vgl. VG Kassel, Urteil vom 26.3.2015, 4 C 1566/12.N, BauR 2015, 1282.
 22 BayVGh, Beschluss vom 15.9.2015, 1 CS 15.1536, NVwZ-RR 2016, 215.

23 BVerwG, Beschluss vom 6.10.2011, 4 B N 19.11, BauR 2012, 222 und OVG Münster, Urteil vom 17.2.2011, 2 D 36/09, DÖV 2011, 901.
 24 Siehe nur Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Krautzberger, BauGB, Stand: Febr. 2019, § 12 Rdnr. 147; Jäde/Dirnberger/Spieß, BauGB/BauNVO, § 12 BauGB Rdnr. 58 a. E.; Schrödter/Kukk, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 12 Rdnr. 8.
 25 Vgl. zum vorhabenbezogenen Bebauungsplan BVerwG, Urteil vom 9.2.2017, 4 C 4/16, BVerwGE 157, 315 = NVwZ 2017, 1291.
 26 Vgl. OVG Münster, Urteil vom 17.2.2011, 2 D 36/09, DÖV 2011, 901.
 27 Vgl. zur Notwendigkeit der Kubatur im Vorhaben- und Erschließungsplan BVerwG, Beschluss vom 2.5.2018, 4 BN 7/78, NVwZ 2018, 1235 = ZfIR 2018, 504 (Ls.).
 28 Vgl. Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Krautzberger, BauGB, § 12 Rdnr. 95; Jäde/Dirnberger/Spieß, BauGB/BauNVO, § 12 BauGB Rdnr. 20.
 29 Brügmann/Bank, BauGB, Stand: Jan. 2019, § 12 Rdnr. 85.
 30 Kühling/Grziwotz, Die Einzelhandelsimmobilie – Wirtschaftliche Rationalität und rechtliche Steuerung, 2013, S. 67, 77 ff.

Mitunter unterschreiben Vorhabenträger den Durchführungsvertrag, realisieren ihr Wunschobjekt und fechten dann den vorhabenbezogenen Bebauungsplan hinsichtlich der weiteren Vorhaben oder bestimmter Erschließungsmaßnahmen an. Dies hat die Rechtsprechung im Hinblick auf die im Durchführungsvertrag übernommenen Verpflichtungen jedoch Vorhabenträgern untersagt.³¹ Auch einem Dritten fehlt das Rechtsschutzinteresse für einen Normenkontrollantrag gegen einen vorhabenbezogenen Bebauungsplan, wenn das Vorhaben aufgrund einer bestandskräftigen Baugenehmigung bereits verwirklicht worden ist.³²

31 Vgl. OVG Saarland, Urteil vom 12.6.2008, 2 C 4169/07, BauR 2009, 629 und VGH Mannheim, Urteil vom 10.10.2017, 3 S 153/17, BauR 2018, 237.

32 BayVGH, Beschluss vom 19.8.2016, 9 N 15.528, BeckRS 2016, 50837.

26. Zur Übertragung der organschaftlichen Vertretungsbefugnis eines ersten Bürgermeisters auf einen Bediensteten

OLG Nürnberg, Beschluss vom 9.10.2018, 15 W 1595/18

BayGO Art. 37, 38, 39

BGB §§ 164, 177 Abs. 1, § 184 Abs. 1

GBO § 29 Abs. 1, § 78 Abs. 2

LEITSÄTZE:

1. **Der erste Bürgermeister kann nicht zur uneingeschränkten Übertragung seiner organschaftlichen Vertretungsbefugnis ermächtigt werden. Soweit Art. 39 Abs. 2 Hs. 2 BayGO bestimmt, dass eine Übertragung seiner organschaftlichen Vertretung auf einen Bediensteten bei Zustimmung des Gemeinderates möglich ist, erfordert dies eine Beschränkung auf eine bestimmte, namentlich zu bezeichnende Person.**
2. **Der erste Bürgermeister kann die ihm auf Grund seiner Organstellung zukommende Entscheidungskompetenz – originär gemäß Art. 37 Abs. 1 Nr. 1 BayGO, als Folge der Aufgabe zur Beschlussvollziehung gemäß Art. 36 Abs. 1 Satz 1 BayGO oder kraft Übertragung gemäß Art. 37 Abs. 2 BayGO – jedenfalls nicht unabhängig von den Voraussetzungen des Art. 39 Abs. 2 BayGO auf Dritte übertragen.**

SACHVERHALT:

1 I. Die Beschwerdeführerin, eine rechtsfähige Stiftung des öffentlichen Rechts mit Sitz in S, ist als Eigentümerin des Grundstücks mit der Flurnummer (...) im Grundbuch des AG S(...) eingetragen. Sie wird gemäß § 5 Abs. 1 ihrer Satzung vom 8.9.2011 von den Organen der Stadt verwaltet und vertreten.

2 Am 18.12.2017 wurde ein notarieller Grundstückskaufvertrag über die vorgenannte Immobilie abgeschlossen. Als Kaufpreis wurden 96.030 € vereinbart. Die Auflassung wurde erklärt und die Eintragung des Eigentumsübergangs in das Grundbuch bewilligt. Für die Beschwerdeführerin als Veräußerin handelte dabei eine Bedienstete der Stadt, und zwar unter Vorlage des Originals einer vom Oberbür-

germeister der Stadt unterschriebenen Vollmacht vom 2.2.2017. In dieser wird die handelnde Bedienstete – neben anderen Mitarbeitern der Stadt – unter anderem zur „Veräußerung von Grundstücken“ ermächtigt, „wenn (...) der Wert der Verfügung unter 100.000 € liegt“. Mit Schreiben vom 24.1.2018 beantragte der Urkundsnotar beim AG – Grundbuchamt (...) die Eintragung der Auflassung.

3 Am 5.6.2018 erließ das Grundbuchamt eine Zwischenverfügung. Unter Verweis auf die BayGO sowie die Geschäftsordnung der Stadt (im Folgenden kurz auch: Geschäftsordnung) vertrat es die Auffassung, dass der Oberbürgermeister nicht ohne Beschluss des Hauptausschusses der Stadt für die Beschwerdeführerin handeln könne und demgemäß auch nicht die von ihm Bevollmächtigte. Gestützt darauf verlangte das Grundbuchamt, einen „Beschluss des Hauptausschusses zur Genehmigung der Urkunde vom 18.12.2017 (...) vorzulegen“. Zusätzlich forderte es – unter Verweis auf Art. 75 BayGO – „eine Vollwertigkeitsbescheinigung des Oberbürgermeisters“. „Zur Behebung der Eintragungshindernisse“ setzt das Grundbuchamt der Beschwerdeführerin eine Frist.

4 Gegen diese Zwischenverfügung wandte sich die Beschwerdeführerin – vertreten durch die Stadt, diese vertreten durch den Stadtkämmerer – mit Schreiben vom 26.07.2018. Sie vertritt die Auffassung, dass es sich bei dem Grundstückverkauf – bezogen auf die Stadt – um eine laufende Angelegenheit handele und die Geschäftsordnung den Oberbürgermeister zu entsprechenden Geschäften bei Grundstückswerten von unter 100.000 € ermächtige. Da die Vertretungsbefugnis des Oberbürgermeisters gegeben sei, sei auch die gemäß § 27 Abs. 2 Geschäftsordnung erteilte Vertretungsvollmacht für einzelne Mitarbeiter rechtmäßig. Im Übrigen legte die Beschwerdeführerin eine gesiegelte und vom Stadtkämmerer unterzeichnete Vollwertigkeitsbescheinigung vom 26.7.2018 vor.

5 Am 4.9.2018 entschied das Grundbuchamt, der Beschwerde nicht abzuweichen.

AUS DEN GRÜNDEN:

6 1. Das gegen die Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 GBO gerichtete Rechtsmittel ist als unbeschränkte Beschwerde (§ 11 Abs. 1 RPfIG, § 71 Abs. 1 GBO) statthaft und auch im Übrigen zulässig (§ 73 GBO, § 10 Abs. 2 Nr. 1 FamFG). Die Beschwerde richtet sich allerdings lediglich dagegen, dass das Grundbuchamt verlangt, „ein[en] Beschluss des Hauptausschusses zur Genehmigung der Urkunde vom 18.12.2017 (...) vorzulegen“. Indem die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 26.7.2018 in der Auffassung, den Anforderungen des Grundbuchamts insofern zu genügen, eine Vollwertigkeitsbescheinigung übermittelt hat, hat sie zum Ausdruck gebracht, die Zwischenverfügung insoweit zu akzeptieren.

7 Der Senat hat dabei nur das mit der Beschwerde angegriffene Eintragungshindernis nachzuprüfen (*Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 77 Rdnr. 15). Insofern kann dahingestellt bleiben, ob es im Hinblick auf Art. 75 Abs. 2 Satz 1 BayGO auch dann einer Vollwertigkeitsbescheinigung bedarf, wenn – wie im vorliegenden Fall einer rechtsfähigen öffentlichen Stiftung des öffentlichen Rechts – das Gemeindevermögen nicht unmittelbar betroffen ist. Es ist auch nicht zu entscheiden, ob sich Entsprechendes aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 BayStG ergibt. Da die vorgelegte Vollwertigkeitsbescheinigung nicht Gegenstand der Beschwerde ist, ist vom Senat zudem nicht zu prüfen, ob der unterzeichnende Stadtkämmerer der Stadt bevollmächtigt ist, derartige Erklärungen abzugeben, und ob – wie das Grundbuchamt in seiner Abhilfeentscheidung wohl meint – konkrete Anhaltspunkte Anlass für berechtigte Zweifel geben, was über eine Vollwertigkeitsbescheinigung hinaus einen formstrengen Nachweis erforderlich machen würde (OLG

München, Beschluss vom 9.10.2017, 34 Wx 221/17, juris Rdnr. 14).

8 2. Die Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Zwar ergibt sich aus der Vollmacht vom 2.2.2017 keine Vertretungsmacht der handelnden Bediensteten der Stadt zur Verfügung über die streitgegenständliche Immobilie. Die mit der Zwischenverfügung verlangte Vorlage einer Genehmigung des Vertrags vom 18.12.2017 durch den Hauptausschuss der Stadt ist aber nicht geeignet, gemäß § 177 Abs. 1, § 184 Abs. 1 BGB dessen Wirksamkeit rückwirkend zum Zeitpunkt der Antragstellung herbeizuführen und damit eine Eintragung des Eigentumsübergangs zu erreichen.

9 a) Rechtsgeschäftliche Stellvertretung ist im Sachenrecht und damit auch im Grundstücksrecht ebenso ausnahmslos zulässig wie im Grundbuchverfahrensrecht. Eintragungsbewilligung und Auflassung brauchen von den Beteiligten nicht persönlich abgegeben zu werden. Diese können sich hierbei einer dritten Person als Vertreter bedienen. Das Grundbuchamt hat dabei die Wirksamkeit und den Umfang einer Vollmacht selbstständig zu prüfen (*Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 74.1; *Meikel/Hertel*, GBO, 15. Aufl., § 29 Rdnr. 45; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 3580a). Es hat eine eigene, weitgehende Prüfungspflicht im Hinblick auf die materielle und formelle Wirksamkeit einer Vollmacht.

10 b) Die Beschwerdeführerin hat nicht nachgewiesen, dass die den notariellen Grundstückskaufvertrag für sie unterzeichnende Bedienstete der Stadt mit Vertretungsmacht handelte.

11 aa) Gemäß § 5 Abs. 1 der Satzung der Beschwerdeführerin vom 8.9.2011 wird sie „von den Organen der Stadt (...) verwaltet und vertreten“. Dies ist dahin gehend auszulegen, dass für die Vertretung der Beschwerdeführerin die Vorschriften der BayGO maßgeblich sind.

12 bb) Nach der bis 31.3.2018 geltenden und damit beim Vertragsschluss am 18.12.2017 maßgeblichen Fassung von Art. 38 Abs. 1 BayGO wurde die Stadt durch ihren Oberbürgermeister im Außenverhältnis allumfassend und unbeschränkt vertreten (BGH, Urteil vom 18.11.2016, V ZR 266/14, juris Rdnr. 12). Hieran hat auch der Gesetzesentwurf der Bayerischen Staatsregierung zur Änderung des Gemeinde- und Landkreiswahlgesetzes und anderer Gesetze vom 6.12.2016 nichts geändert (OLG München, Beschluss vom 12.10.2017, 34 Wx 325/17, juris Rdnr. 17).

13 cc) Daraus folgt allerdings nicht, dass der Oberbürgermeister der Stadt uneingeschränkt zur Übertragung seiner organschaftlichen Vertretungsbefugnis (dazu: BGH, Urteil vom 1.6.2017, VII ZR 49/16, juris Rdnr.11) berechtigt war. Dies ergibt sich insbesondere nicht aus der am 28.3.2014 beschlossenen Geschäftsordnung des Stadtrats der Stadt, selbst wenn man deren § 27 Abs. 2 auf § 38 Abs. 1 BayGO bezieht. Zwar ermächtigt die Regelung der Geschäftsordnung den Oberbürgermeister – ohne jegliche Einschränkung – dazu, „im Rahmen seiner Vertretungsbefugnis anderen Personen Vollmacht zur Vertretung der Stadt [zu] erteilen“. Diese Regelung steht aber im Widerspruch zu Art. 39 Abs. 2 Hs. 1 BayGO, wonach der erste Bürgermeister nur in Angelegenheiten der laufenden Verwaltung einem Gemeindebediensteten einzelne seiner Befugnisse übertragen kann. Daraus ergibt sich: Liegt

keine Angelegenheit der laufenden Verwaltung vor, kann ein erster Bürgermeister nicht durch einen Gemeindebediensteten organschaftlich vertreten werden.

14 Soweit Art. 39 Abs. 2 Hs. 2 BayGO bestimmt, dass eine darüber hinausgehende Übertragung auf einen Bediensteten bei Zustimmung des Gemeinderates möglich ist, erfordert dies eine – hier nicht erfolgte – Beschränkung auf eine bestimmte, namentlich zu bezeichnende Person (*Widtmann/Grasser/Glaser/Glaser*, BayGO, 28. EL, Art. 39 Rdnr. 16). Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut, weil auf „einen Bediensteten“ abgestellt wird. Insofern kann offenbleiben, ob § 25 Abs. 4 Geschäftsordnung, wonach der Oberbürgermeister Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der Stadt „in Angelegenheiten der laufenden Verwaltung auch das Zeichnungsrecht übertragen“ darf, als spezielle Regelung § 27 Abs. 2 Geschäftsordnung vorgeht, immer vorausgesetzt, dass diese Regelung sich überhaupt auf die organschaftliche Vertretung der Stadt bezieht.

15 Dass es sich bei der Veräußerung der verfahrensgegenständlichen Immobilie um eine Angelegenheit der laufenden Verwaltung handelt und die Vollmachtserteilung deshalb in Übereinstimmung mit Art. 39 Abs. 2 BayGO steht, ist nicht in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO nachgewiesen. Dies lässt sich insbesondere nicht § 25 Abs. 3 Ziff. 3.3 Geschäftsordnung entnehmen, wo bestimmt ist, dass der Oberbürgermeister für die „Veräußerung von Grundstücken“ zuständig ist „wenn (...) der Wert der Verfügung unter 100.000 € liegt“. Entscheidungsangelegenheiten, die dem Oberbürgermeister vom Stadtrat gemäß Art. 37 Abs. 2 BayGO übertragen worden sind, sind niemals als Angelegenheiten der laufenden Verwaltung im Sinne von Art. 39 Abs. 2 BayGO anzusehen (*Widtmann/Grasser/Glaser/Glaser*, BayGO, Art. 39 Rdnr. 15 m. w. N.). Umgekehrt dürfte eine Befugnisübertragung durch den Oberbürgermeister in Angelegenheiten, die vom ersten Bürgermeister als laufende Angelegenheiten im Sinne von Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BayGO erledigt werden, stets (einschließlich des darin enthaltenen Vertreterhandelns nach Art. 38 Abs. 1 BayGO) die laufende Verwaltung im Sinne von Art. 39 Abs. 2 BayGO betreffen. Ob es sich um eine laufende Angelegenheit handelt, setzt aber im Einzelfall die Feststellung einer Reihe tatsächlicher Umstände voraus, die noch dazu von Gemeinde zu Gemeinde unterschiedlich gelagert sein können. Zur Abgrenzung ist es zwar möglich, auf vom Gemeinderat aufgestellte Richtlinien nach Art. 37 Abs. 1 Satz 2 BayGO zurückzugreifen. Beim Fehlen gegenteiliger Anhaltspunkte begründen diese eine im Rahmen der freien Beweiswürdigung durch das Grundbuchamt zu berücksichtigende Vermutung dafür, dass bestimmte Geschäfte den laufenden Angelegenheiten zuzuordnen sind (OLG München, Beschluss vom 18.5.2015, 34 Wx 116/15, juris Rdnr. 31; BayObLG, Beschluss vom 21.10.1974, BReg. 2 Z 24/74, BayObLGZ 1974, 374, 378).

16 Die Geschäftsordnung der Stadt verhält sich in Bezug auf die „Veräußerung von Grundstücken, wenn (...) der Wert der Verfügung unter 100.000 € liegt“, hierzu allerdings nicht. So heißt es im die Aufzählung einleitenden Satz unter § 25 Abs. 3 Geschäftsordnung lediglich:

„Sofern es sich nicht ohnehin um laufende Angelegenheiten handelt, ist der Oberbürgermeister ferner zuständig für (...)“

Daraus ergibt sich gerade nicht, dass es sich bei den in der Folge genannten Geschäften um laufende Angelegenheiten handelt. Welche Verwaltungsgeschäfte unter laufende Angelegenheiten fallen sollen, wird vielmehr beispielhaft unter § 25 Abs. 2 Geschäftsordnung ausgeführt.

17 dd) Es wird zwar vertreten, dass ein erster Bürgermeister aus einem praktischen Bedürfnis heraus berechtigt sein soll, Dritte, zu denen letztlich auch Gemeindebedienstete zählen können, zum Handeln für die Gemeinde rechtsgeschäftlich zu bevollmächtigen, soweit es um ein Vertretungshandeln im bürgerlichrechtlichen Rechtsverkehr geht. Die Vertretung der Gemeinde durch einen Außenstehenden muss jedoch auf Einzelfälle beschränkt bleiben. Dabei muss die Letztverantwortlichkeit für die vom Vertreter getroffene Maßnahme immer beim Vollmachtgeber, das heißt dem ersten Bürgermeister liegen. Dieser kann die ihm auf Grund seiner Organstellung zukommende Entscheidungskompetenz – originär gemäß Art. 37 Abs. 1 Nr. 1 BayGO, als Folge der Aufgabe zur Beschlussvollziehung gemäß Art. 36 Abs. 1 Satz 1 BayGO oder kraft Übertragung gemäß Art. 37 Abs. 2 BayGO – jedenfalls nicht unabhängig von den Voraussetzungen des Art. 39 Abs. 2 BayGO auf Dritte übertragen. Demgemäß darf die Vollmacht nur das Recht umfassen, nach außen für die Gemeinde Erklärungen rechtsverbindlich abzugeben oder zu empfangen (Widtmann/Grasser/Glaser/Glaser, BayGO, Art. 39 Rdnr. 18 und 19).

18 Ob dem zu folgen ist und ob in Fällen wie dem vorliegenden überhaupt ein praktisches Bedürfnis besteht, kann hier letztlich dahinstehen. Denn die Vollmacht des Oberbürgermeisters vom 2.2.2017, welche die genannten Bediensteten ohne Beschränkung allgemein auch zur Veräußerungsentscheidung in Bezug auf Grundstücke ermächtigt, „wenn (...) der Wert der Verfügung unter 100.000 € liegt“, wird dem nicht gerecht; sie ist keine auf einen Einzelfall beschränkte „Vollzugsvollmacht“. Unabhängig davon ist nicht nachgewiesen, dass es sich um eine laufende Angelegenheit im Sinne des Art. 37 Abs. 1 Nr. 1 BayGO handelt. Und in den Fällen des Art. 37 Abs. 2 BayGO soll eine Vertretung der Gemeinde durch einen Dritten nicht in Betracht kommen (Widtmann/Grasser/Glaser/Glaser, BayGO, Art. 39 Rdnr. 18 a. E.).

19 c) Das vollmachtlose Handeln der Bediensteten der Stadt beim Abschluss des Grundstückkaufvertrags am 18.12.2017 kann der Hauptausschuss des Stadtrats der Stadt mit der Wirkung des § 184 Abs. 1 BGB nicht genehmigen.

20 aa) Zum einen betrifft der Beschluss eines Gemeinderats, dass ein von einem vollmachtlosen Vertreter namens der Gemeinde abgeschlossener Vertrag vollinhaltlich genehmigt wird, allein den Vertragsinhalt. Eine darüber hinausgehende Rechtswirkung im Außenverhältnis hat diese Entscheidung nicht. Denn nach Art. 38 Abs. 1, Art. 39 Abs. 1 BayGO wird die Gemeinde nicht vom Gemeinderat, sondern vom ersten Bürgermeister oder von seinem Stellvertreter nach außen hin vertreten. Nur er kann rechtsgeschäftliche Erklärungen für die Gemeinde abgeben; der Beschluss ist zunächst ein bloßes Internum der Gemeinde ohne Außenwirkung (Widtmann/Grasser/Glaser/Glaser, BayGO, Art. 39 Rdnr. 10). Es bedarf deshalb über den Beschluss hinaus einer Genehmigung der vollmachtlosen Vertretung durch den ersten Bürgermeister (BayObLG, Beschluss vom 29.9.1971, BReg. 2 Z 111/71,

BayObLGZ 1971, 299; Widtmann/Grasser/Glaser/Glaser, BayGO, Art. 39 Rdnr. 18). Nichts anderes gilt in Bezug auf einen beschließenden Ausschuss im Sinne von Art. 32 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 BayGO, mithin den Hauptausschuss der Stadt. Denn dieser wird in dem ihm zugewiesenen Zuständigkeitsbereich „anstelle“ des Gemeinderates tätig.

21 bb) Zum anderen hat der Stadtrat der Stadt gemäß § 25 Abs. 3 Ziff. 3.3 Geschäftsordnung die Veräußerung von Grundstücken, wenn – wie im vorliegenden Fall jedenfalls gemäß dem Grundstückskaufvertrag – der Wert der Verfügung unter 100.000 € liegt, die Zuständigkeit für diese Angelegenheit dem Oberbürgermeister übertragen. Dem kommt im Hinblick auf die zum 1.4.2018 wirksame Änderung des Art. 38 Abs. 1 BayGO in Bezug auf die Vertretung der Stadt nach außen auch Bedeutung zu, weil nunmehr der Umfang der Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters ausdrücklich auf seine Befugnisse beschränkt ist.

22 Die Möglichkeit zu einer Übertragung von Angelegenheiten wird durch Art. 37 Abs. 2 Satz 1 BayGO eröffnet, und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine laufende Angelegenheit im Sinne von Art. 37 Abs. 1 Nr. 1 BayGO handelt. Eine dem Oberbürgermeister überlassene Angelegenheit kann der Stadtrat nicht im Einzelfall wieder an sich ziehen. Dies ergibt sich aus Art. 37 Abs. 2 Satz 2 BayGO. Im Ergebnis schränkt die Übertragung auf den Oberbürgermeister damit auch die Befugnis des Hauptausschusses ein, soweit dieser gemäß § 12 Abs. 2 Ziff. 2.4 Geschäftsordnung unter anderem Veräußerungen von „Vermögensgegenständen (insbesondere von Grundstücken)“ beschließen kann, „wenn der Wert der Verfügung unter 250.000 € liegt“.

23 Einer Zuständigkeit des Oberbürgermeister nach § 25 Abs. 3 Ziff. 3.3 Geschäftsordnung steht nicht entgegen, dass in der Regelung ein Zusatz fehlt, nach dem diese auch in Bezug auf die von der Stadt verwalteten Stiftungen gilt. Zwar findet sich eine entsprechende Formulierung in § 12 Abs. 2 Ziff. 2.4 Geschäftsordnung, mit dem Befugnisse auf den Hauptausschuss übertragen werden. So heißt es dort: „Dies gilt auch für die von der Stadt verwalteten Stiftungen“. Dieser Unterschied lässt aber nicht darauf schließen, dass dem Zusatz konstitutive Wirkung zukommen soll, also nur mit einem entsprechenden Zusatz eine Zuständigkeit auch für die von der Stadt verwalteten Stiftungen begründet wird. Dies zeigt § 4 Abs. 1 Ziff. 1.7 Geschäftsordnung. Denn dort ist ebenfalls geregelt, dass der Vorbehalt der Beschlussfassung durch den Stadtrat für Entscheidungen über die „Veräußerung (...) von Vermögensgegenständen (insbesondere Grundstücken), wenn der Wert der Verfügung 250.000 € überschreitet“, „auch für die von der Stadt verwalteten Stiftungen“ gilt. Weil kein anderes Organ der Stadt für eine entsprechende Beschlussfassung in Betracht kommt, hat der Verweis auf die von der Stadt verwalteten Stiftungen hier keinen eigenständigen Regelungsgehalt. Er ist also (ebenfalls) nur deklaratorischer Natur.

(...)

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

ANMERKUNG:

Von Notar **Michael Volmer**, Starnberg

Im Beschluss des OLG Nürnberg treffen zwei Dauerthemen des kommunalen Außenhandelns aufeinander und werden zu einem interessanten Farbenspiel ineinander verdrillt: Wer vertritt? Und wie darf derjenige delegieren?

a) Der kommunale Mitarbeiter hatte für die städtische Stiftung, für deren Vertretung die Regelungen zur gemeindlichen Außenvertretung exakt übernommen wurden, aufgrund einer betragsmäßig limitierten, sonst aber uneingeschränkt erteilten Generalvollmacht gehandelt. Die grundbuchrechtliche Aufarbeitung dieses Handelns fiel nun gerade in die Wirren um die beschränkte oder unbeschränkte organschaftliche Vertretungsmacht eines bayerischen Oberbürgermeisters bzw. ersten Bürgermeisters.¹ Die Probleme der Generalvollmacht hatte das Grundbuchamt richtig gesehen; in der Einschätzung der Vertretungsmacht hat es falsch subsumiert. Dies führt zu einer Aufhebung der Zwischenverfügung – allerdings nicht, weil diese insgesamt unbegründet gewesen wäre, sondern nur deswegen, weil das Grundbuchamt eine unzutreffende Abhilfemöglichkeit vorgeschlagen hatte.

b) Dauerhaft festzuhalten bleibt für die Bevollmächtigung von Gemeindemitarbeitern: Nach bayerischem Kommunalrecht sind uneingeschränkte (General-)Vollmachten an gemeindliche Mitarbeiter nur hinsichtlich der dem Oberbürgermeister zur eigenen Erledigung zugewiesenen laufenden Angelegenheiten des Art 37 Abs. 1 Nr. 1 BayGO zulässig. In allen anderen Angelegenheiten, auch solchen, die der Gemeinderat dem Oberbürgermeister zur eigenen Erledigung zugewiesen hat (Art 37 Abs. 2 BayGO), muss eine jedenfalls rudimentäre Kontrolle durch den Oberbürgermeister möglich bleiben. Solche Vollmachten sind deswegen nur als Spezialvollmachten zulässig, im Übrigen unwirksam. Das Erfordernis einer effektiven Kontrolle hatte der BGH im Übrigen bereits für die frühere nordrhein-westfälische Praxis in seiner Trabrennbahn-Entscheidung² aufgestellt. Nur ist diese Entscheidung hauptsächlich vor dem Hintergrund des internationalen Gesellschaftsrechts aufgearbeitet worden, obwohl für das Notariat die kommunalrechtlichen Implikationen wahrscheinlich wesentlich gravierender waren.

Wann die Vollmacht von der zulässigen Spezialvollmacht/Gruppenvollmacht in eine unwirksame Generalvollmacht umschlägt, lässt sich der Entscheidung nicht entnehmen. Für den Fall einer wie hier nur dem Wert nach limitierten Vollmacht hat das OLG Nürnberg gewiss richtig entschieden. Dass Vollmachten „auf Einzelfälle beschränkt“ bleiben müssten, scheint mir gleichwohl nicht zwingend. Die effektive Kontrolle als Leitprinzip kollidiert mit anderen Erfordernissen des Verwaltungshandelns. So kann der Oberbürgermeister nicht selbst den Gesamtarbeitsanfall steuern – dies auch vor dem Hintergrund, dass er nicht lediglich oberstes Exekutivorgan der Gemeinde ist, sondern typischerweise

zugleich in die politischen und gesellschaftlichen Entscheidungsprozess eingebunden ist. Er kann insbesondere einen hohen Arbeitsanfall auch nicht dadurch kompensieren, dass die Gemeinde einen zusätzlichen gleichberechtigten weiteren Oberbürgermeister wählt. Also muss er schlicht sehen, wie er die anfallende Arbeit – und darunter fällt auch der rechtsgeschäftliche Vertragsschluss – in der ihm zur Verfügung stehenden Arbeitszeit erledigt. In anderen Organisationsformen bestünde immerhin die Möglichkeit, durch zusätzliche Geschäftsführer oder Vorstände den Arbeitsanfall auf mehrere Schultern zu verteilen. Der Oberbürgermeister hingegen kann nur delegieren, und dabei wird man ihm hinsichtlich Art und Umfang ein grundsätzliches Ermessen zugestehen müssen, das über „Einzelfälle“ hinausgeht.

c) Richtig ist auch, dass der Gemeindemitarbeiter nach dieser Subsumtion als vollmachtloser Vertreter handelte. Die Genehmigung war zu erteilen gemäß der Organzuständigkeit im Zeitpunkt des letzten Aktes (es sei denn, es wäre eine früher erteilte Genehmigung eines anderen Organs nach damaliger Zuständigkeit wirksam geworden. Das war aber hier nicht der Fall). Mit der Novelle zur BayGO trat dann aber wieder die in der Geschäftsordnung enthaltene Bestimmung in Kraft, wonach diese Art Vertrag dem Oberbürgermeister aufgrund eines Wertes von unter 100.000 € zur Erledigung zugewiesen war. Die Satzungsbestimmung war nicht unwirksam oder nichtig, sondern infolge der Rechtsprechungsänderung des BGH lediglich vorübergehend funktionslos geworden. Damit liegt die Entscheidung eben doch wieder beim Oberbürgermeister.

d) Da der Verfahrensgegenstand derselbe war, hätte das OLG Nürnberg die zutreffende Zwischenverfügung auch selbst erlassen können.³

³ Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 77 Rdnr. 25.

STEUERRECHT**27. Keine staatliche Beihilfe durch Steuerbegünstigung nach § 6a GrEStG**

EuGH, Urteil vom 19.12.2018, C-374/17

AEUV Art. 107 Abs. 1, Art. 108 Abs. 3

GrEStG § 1 Nr. 3, § 6a

UmwG § 1 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Die Einstufung einer nationalen Maßnahme als „staatliche Beihilfe“ im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV verlangt vier Voraussetzungen: (1) Es muss sich um eine staatliche Maßnahme oder eine Maßnahme unter Inanspruchnahme staatlicher Mittel handeln. (2) Diese muss geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. (3) Durch sie muss dem Begünstigten ein selektiver Vorteil gewährt werden. (4) Sie muss den Wettbe-

¹ Dazu soeben Messerer, BayVBl. 2019, S. 366. Zuvor BGH, Urteil vom 18.11.2016, V ZR 266/14, MittBayNot 2017, 299; BGH, Urteil vom 1.6.2017, VII ZR 49/16, DNotZ 2018, 43.

² BGH, Urteil vom 27.10.2008, II ZR 158/06, NJW 2009, 289 = DNotZ 2009, 385.

werb verfälschen oder hierzu drohen. (Leitsatz der Schriftleitung)

2. Die Gewährung eines selektiven Vorteils kann nicht nur durch die Übertragung staatlicher Mittel, sondern auch durch die Verschaffung eines Steuervorteils erfolgen. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Eine Maßnahme gewährt einen selektiven Vorteil, wenn diese dazu führt, dass zwischen Unternehmen unterschieden wird, die sich in einer vergleichbaren tatsächlichen und rechtlichen Situation befinden. Nationale Maßnahmen, die unterschiedslos auf alle Unternehmen des betreffenden Mitgliedstaats anwendbar sind, sind allgemeine, aber nicht selektive Maßnahmen. (Leitsatz der Schriftleitung)
4. Eine Steuervergünstigung, die darin besteht, dass der Übergang des Eigentums an einem Grundstück von der Grunderwerbsteuer befreit ist, wenn er aufgrund eines Umwandlungsvorgangs erfolgt, an dem ausschließlich Gesellschaften desselben Konzerns beteiligt sind, die während eines ununterbrochenen Mindestzeitraums von fünf Jahren vor und fünf Jahren nach diesem Vorgang durch eine Beteiligung von mindestens 95% miteinander verbunden sind, erfüllt die in Art. 107 Abs. 1 AEUV aufgestellte Voraussetzung der Selektivität des betreffenden Vorteils nicht. (Leitsatz der Schriftleitung)

28. Grunderwerbsteuerpflicht für ein Kaufrechtsvermächtnis

BFH, Urteil vom 16.1.2019, II R 7/16 (Vorinstanz: FG Köln, Urteil vom 28.10.2015, 5 K 585/14)

BGB §§ 133, 157

ErbStG § 3 Abs. 1 Nr. 1

GrEStG § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2, Abs. 3 Nr. 2

LEITSÄTZE:

1. Erwirbt der Bedachte durch Vermächtnis das Recht, von dem Beschwerten den Abschluss eines Kaufvertrags über ein zum Nachlass gehörendes Grundstück zu fordern, unterliegt der Kaufvertrag der Grunderwerbsteuer.
2. Eine Steuerbefreiung nach den Bestimmungen für Erwerbe von Todes wegen scheidet aus. Rechtsgrund des Übereignungsanspruchs ist der Kaufvertrag und nicht das Vermächtnis.
3. Ob ein Vermächtnis einen Anspruch auf Übereignung oder ein Recht auf Abschluss eines Kaufvertrags gewährt, ist durch Auslegung des Vermächtnisses zu ermitteln.

SACHVERHALT:

1 I. Die Schwester (S) des Klägers und Revisionsklägers (Kläger) erwarb als Alleinerbin nach dem Tod des Vaters (V) unter anderem eine Eigentumswohnung und wurde als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Zugunsten des Klägers hatte V unter anderem folgendes Vermächtnis angeordnet:

„Ich vermache meinem Sohn ein Ankaufsrecht an meiner Eigentumswohnung im Haus M. Der Ankaufspreis entspricht dem Verkehrswert der Eigentumswohnung zum Zeitpunkt der Ausübung des Ankaufsrechts.“

Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 24.1.2013 (Kaufvertrag) erwarb der Kläger die Eigentumswohnung zu dem seinerzeit aktuellen Verkehrswert in Höhe von 45.000 €.

2 Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) setzte für den Kaufvertrag gegen den Kläger mit Bescheid vom 4.12.2013 Grunderwerbsteuer in Höhe von 2.250 € fest.

3 Einspruch und Klage blieben erfolglos. Zur Begründung führte das FG aus, der Grundstückserwerb sei nicht von der Grunderwerbsteuer befreit. Zwar sei der Erwerb durch Kaufrechtsvermächtnis nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG i. V. m. § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG grundsätzlich Grunderwerbsteuerbefreit. Anders verhalte es sich allerdings, wenn dem Bedachten nur das Recht eingeräumt sei, das Grundstück zum Verkehrswert zu kaufen. Dann habe das Vermächtnis keinen Zuwendungscharakter, sondern nur instrumentale Bedeutung. Erbschaftsteuerrechtlich sei ein solcher Fall mangels Bereicherung des Bedachten nicht relevant. Eine Befreiung des Erwerbsvorgangs von der Grunderwerbsteuer nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG scheidet aus. Denn Ziel der Vorschrift sei die Vermeidung der Doppelbesteuerung desselben Lebenssachverhalts mit Erbschaftsteuer und mit Grunderwerbsteuer. Das Urteil ist in EFG 2016, 831 veröffentlicht.

4 Mit seiner Revision rügt der Kläger eine Verletzung des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG. Ob der Erwerb von Todes wegen Erbschaftsteuer auslöse, sei für die Grunderwerbsteuerrechtliche Betrachtung ohne Belang.

5 Der Kläger beantragt, die Vorentscheidung, den Grunderwerbsteuerbescheid vom 4.12.2013 und die Einspruchsentscheidung vom 10.2.2014 aufzuheben.

6 Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

AUS DEN GRÜNDEN:

7 II. Die Revision ist unbegründet und wird nach § 126 Abs. 4 FGO zurückgewiesen. Der Erwerb des Grundstücks durch den Kläger von S aufgrund des ihm von V vermachten Ankaufsrechts ist nicht nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit. Eine Steuerbefreiung ist ebenso wenig nach § 3 Nr. 3 Satz 1 GrEStG oder § 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG gegeben.

8 1. Erwirbt der Bedachte durch Vermächtnis das Recht, von dem Beschwerten den Abschluss eines Kaufvertrags zum Erwerb eines Grundstücks zu fordern, unterliegt der Kaufvertrag nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG der Grunderwerbsteuer.

9 a) Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG unterliegt der Grunderwerbsteuer ein Kaufvertrag oder ein anderes Rechtsgeschäft, das den Anspruch auf Übereignung begründet.

10 b) Wird durch Vermächtnis ein „Kaufrecht“ erworben, kann Grunderwerbsteuerpflichtiger Erwerbsvorgang zum einen nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG der Kaufvertrag sein, durch den der vermachte Anspruch erfüllt wird. Zum anderen kann der Steuertatbestand durch die Auflassung nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG erfüllt werden, wenn das Vermächtnis dem Bedachten direkt einen Anspruch auf Übereignung des Grundstücks einräumt.

11 aa) Wird durch Vermächtnis dem Bedachten ein Anspruch auf Abschluss eines Kaufvertrags über ein zum Nachlass gehörendes Grundstück eingeräumt (Kaufrechtsvermächtnis), ist der der Grunderwerbsteuer unterliegende Rechtsvorgang der Kaufvertrag, mit dem dieser Anspruch erfüllt wird. Vermacher Gegenstand nach § 2174 BGB ist in einem solchen Fall der schuldrechtliche Anspruch, den Abschluss eines Kaufvertrags über das Grundstück zu fordern (vgl. – hiervon abgrenzend – BGH, Urteil vom 30.9.1959, V ZR 66/58, NJW 1959, 2252 = BGHZ 31, 13 unter D. I. 1. b)). Erst durch den Abschluss des Kaufvertrags wird der Anspruch auf Übereignung des Grundstücks begründet. Dieser unterliegt dem Grunde nach der Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG.

12 bb) Anders verhält es sich, wenn der Bedachte durch Vermächtnis das Recht erhält, unmittelbar die Übertragung eines bestimmten Grundstücks – ggf. gegen Zahlung eines Kaufpreises – aus dem Nachlass zu fordern. In diesem Fall begründet das Vermächtnis selbst einen Übereignungsanspruch. Ist dieses Recht an eine spätere Ausübungserklärung des Bedachten geknüpft, besteht es in einem aufschiebend bedingten Auflassungsanspruch (vgl. BGH, Urteile vom 27.6.2001, IV ZR 120/00, BGHZ 148, 187, unter 5.; NJW 1959, 2252 = BGHZ 31, 13 unter D. I. 1. b)). Rechtsgrund des Übereignungsanspruchs ist in einem solchen Fall das Vermächtnis und nicht etwaige spätere Erklärungen (selbst wenn sie äußerlich in die Form eines Kaufvertrags gekleidet sind). Lediglich die Zahlungspflicht des Vermächtnisnehmers hat ihren Rechtsgrund in der kaufvertraglichen Verpflichtungserklärung, den Kaufpreis zu zahlen (vgl. BGH, NJW 1959, 2252 = BGHZ 31, 13 unter D. I. 1. b); BFH, Urteil vom 13.8.2008, II R 7/07, BFHE 222, 71 = BStBl. II 2008, S. 982 unter II. A. 2.). Erfüllt wird der vermachte Anspruch auf Übertragung des Grundstücks durch Auflassung (§ 873 BGB i. V. m. § 925 BGB). Erst durch die Auflassung wird – wie bei einem Grundstücksvermächtnis – der dem Grunde nach der Grunderwerbsteuer unterliegende Rechtsvorgang (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG) verwirklicht (vgl. BFH, Urteil vom 21.7.1993, II R 118/90, BFHE 172, 118 = BStBl. II 1993, S. 765 unter II. 2.).

13 cc) Ob ein vermachtes Kaufrecht an einem Grundstück in einem Recht auf Abschluss eines Kaufvertrags oder in einem ggf. aufschiebend bedingten Auflassungsanspruch besteht, ist durch Auslegung des Vermächtnisses (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln.

14 Soweit die frühere BFH-Rechtsprechung (Urteile in BFHE 222, 71 = BStBl. II 2008, S. 982 unter II. A. 3.; 8.10.2008, II R 15/07, BFHE 222, 93 = BStBl. II 2009, S. 245 unter II. 1. a)) dahin gehend verstanden werden kann, dass ein derartiges Vermächtnis – ohne Auslegung seines Inhalts – dem Bedachten stets unmittelbar einen Anspruch auf Übertragung des Grundstücks nach den unter II. 1. a) bb) angeführten Grundsätzen verschafft, hält der BFH hieran nicht mehr fest. Denn nach der Rechtsprechung des BGH ist bei einem Vermächtnis stets durch Auslegung zu ermitteln, was der vermachte Gegenstand ist. Die Auslegung obliegt grundsätzlich dem Tatsachengericht (vgl. BGH, BGHZ 148, 187 unter 2.; NJW 1959, 2252 = BGHZ 31, 13 unter D. I. 1. a)).

15 Für ein vermachtes Recht – lediglich – auf Abschluss eines Kaufvertrags über das Grundstück kann sprechen, wenn in

dem Vermächtnis noch kein fester Kaufpreis angeführt wird oder ein solcher nur bestimmbar ist. In einem solchen Fall müssen sich Beschwerter und Bedachter in einem weiteren Schritt erst noch über den Kaufpreis einigen, der dann als Gegenleistung im Kaufvertrag aufgeführt wird. Ebenso kann ein zeitlicher Rahmen für die Ausübung des Kaufrechts auf ein Kaufrechtsvermächtnis hindeuten, da er die Möglichkeit offen lässt, dass der Vermächtnisnehmer den Anspruch nicht ausübt. In einem solchen Falle käme es nicht mehr zu einem grunderwerbsteuerbaren Erwerbsvorgang.

16 Ein Indiz für einen vermachten Anspruch auf Übertragung des Grundstücks hingegen kann ein bereits in dem Vermächtnis bestimmter Kaufpreis sein. In diesem Fall kann der Bedachte von dem Beschwererten direkt die Übereignung des Grundstücks gegen Bezahlung des Kaufpreises verlangen.

17 2. Der Kaufvertrag zum Erwerb eines Grundstücks, durch den der vermachte Anspruch auf dessen Abschluss erfüllt wird, ist nicht nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit.

18 a) Nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG ist grunderwerbsteuerfrei der Grundstückserwerb (u. a.) von Todes wegen im Sinne des ErbStG. Als Erwerb von Todes wegen im Sinne des ErbStG gilt nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG auch der Erwerb durch Vermächtnis.

19 b) Im Fall des Kaufrechtsvermächtnisses (vgl. unter II. 1. a) aa)) ist Rechtsgrund der Übereignung – anders als in den unter II. 1. a) bb) genannten Fällen – der Kaufvertrag (vgl. oben unter I. 1. a) aa); vgl. BFH, BFHE 222, 93 = BStBl. II 2009, S. 245 unter II. 1. b) zu einem dinglichen Vorkaufsrecht). Der Erwerb von Todes wegen durch Vermächtnis erfüllt in diesem Fall noch keinen Erwerbsvorgang im Sinne des § 1 GrEStG. Der Abschluss des Kaufvertrags hingegen, der den der Grunderwerbsteuer zugrundeliegenden Rechtsvorgang nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG bildet, stellt keinen Erwerb von Todes wegen im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG dar, sondern einen Erwerb unter Lebenden. Als solcher ist er nicht nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit.

20 c) Soweit der BFH in seinem Urteil in BFHE 172, 118 = BStBl. II 1993, S. 765 (unter II. 2.) sinngemäß ausgeführt hat, jeglicher Erwerb aufgrund eines so bezeichneten Kaufrechtsvermächtnisses sei nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit, hält er hieran nicht mehr fest.

21 Eine Befreiung von der Grunderwerbsteuer nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG kommt nur dann in Betracht, wenn das Vermächtnis dem Bedachten einen unmittelbaren Anspruch auf Übereignung des Grundstücks einräumt. In einem solchen Fall ist Rechtsgrund des Übereignungsanspruchs das Vermächtnis (vgl. oben unter II. 1. a) bb)). Der verwirklichte Grundstückserwerb erfolgt aufgrund des Vermächtnisses und damit von Todes wegen.

22 Nur in einem solchen Fall ist es mit dem Ziel und Zweck von § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG – der Vermeidung der Doppelbelastung eines Lebenssachverhalts mit Erbschaft- und Schenkungsteuer sowie Grunderwerbsteuer (st. Rspr., z. B. BVerfG, Beschluss vom 15.5.1984, 1 BvR 464/81, 1 BvR 427/82, 1 BvR 440/82, 1 BvR 605/81, BVerfGE 67, 70 = BStBl. II

1984, S. 608; BFH, Urteile vom 23.5.2012, II R 21/10, BFHE 237, 466 = BStBl. II 2012, S. 793 Rdnr. 28; vom 22.2.2017, II R 52/14, BFHE 257, 363 = BStBl. II 2017, 653 Rdnr. 15) – vereinbar, den Erwerbsvorgang von der Grunderwerbsteuer zu befreien, da der Erwerb durch Vermächtnis bereits nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG grundsätzlich der Erbschaftsteuer unterliegt. Die Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG hängt allein von dem Rechtsgrund des Erwerbs und nicht von der Höhe des gezahlten Kaufpreises ab.

23 3. Nach diesen Grundsätzen war im Streitfall der Erwerb des Grundstücks durch den Kläger ein steuerbarer Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG. Der Vorgang war weder nach § 3 Nr. 2 Satz 1, § 3 Nr. 3 Satz 1 noch nach § 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit.

24 a) Der Abschluss des Kaufvertrags durch den Kläger war – wie durch das FA zu Recht angenommen – ein steuerbarer Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG. Das dem Kläger von V vermachte Ankaufsrecht an der Eigentumswohnung zum Verkehrswert ist dahin gehend auszulegen, dass dem Kläger ein Anspruch auf Abschluss des Kaufvertrags über das Grundstück zu dem noch zu ermittelnden Verkehrswert vermacht wurde. Der BFH kann die erforderliche Auslegung des Vermächtnisses aufgrund der vom FG festgestellten Tatsachen selbst vornehmen. Das FG hat alle dafür maßgeblichen Umstände festgestellt, aber – auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des BFH – mit dem Kaufrechtsvermächtnis einen unmittelbaren Sachleistungsanspruch verknüpft.

25 aa) Die Auslegung von Verträgen und Willenserklärungen gehört zum Bereich der tatsächlichen Feststellungen und bindet den BFH gemäß § 118 Abs. 2 FGO, wenn sie den Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB entspricht und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt, d.h. jedenfalls möglich ist. Das Revisionsgericht prüft, ob das FG die gesetzlichen Auslegungsregeln sowie die Denkgesetze und Erfahrungssätze beachtet und die für die Vertragsauslegung bedeutsamen Begleitumstände erforscht und rechtlich zutreffend gewürdigt hat (BFH, Urteil vom 17.5.2017, II R 35/15, BFHE 258, 95 = BStBl. II 2017, S. 966 Rdnr. 26 f.).

26 Das Revisionsgericht kann eine notwendige Auslegung, die das FG unterlassen hat, selbst vornehmen, wenn weitere tatsächliche Feststellungen nicht in Betracht kommen (BFH, Urteil vom 14.1.2004, X R 37/02, BFHE 205, 96 = BStBl. II 2004, S. 493 unter II. 4.).

27 bb) Im Streitfall hat das FG den Inhalt des Vermächtnisses festgestellt. Das Vermächtnis spricht als Erwerbsgegenstand von einem Ankaufsrecht an einer bestimmten Eigentumswohnung aus dem Nachlass zum – bei Ausübung des Ankaufsrechts aktuellen – Verkehrswert. Der Begriff des Ankaufsrechts ist nicht eindeutig und daher auslegungsbedürftig; darunter kann einerseits das Recht auf Abschluss eines Kaufvertrags über ein Grundstück oder andererseits das Recht auf Übereignung des Grundstücks verstanden werden. Im Streitfall ist das Vermächtnis dahin gehend auszulegen, dass der Kläger einen Anspruch auf Abschluss eines Kaufvertrags erwarb. Dafür spricht insbesondere, dass V im Vermächtnis den Kaufpreis für das Grundstück noch nicht bezifferte, sondern den Ver-

kehrswert zum Zeitpunkt der Ausübung des Ankaufsrechts als Maßstab festlegte. Nach dem Willen des V war notwendig, zunächst den Verkehrswert des Grundstücks zu ermitteln und dann einen Kaufvertrag abzuschließen, in dem die Einzelheiten des Kaufs geregelt wurden. Die verschiedenen notwendigen Schritte zum Erwerb des Grundstücks sprechen dafür, dass der Kläger durch das Vermächtnis nicht ein bestimmtes Grundstück zu einem bestimmten, im Vermächtnis vorgegebenen Kaufpreis erwerben sollte, sondern das Recht auf Abschluss des Kaufvertrags.

28 cc) Durch den Abschluss des Kaufvertrags wurde – wie durch das FA zutreffend angenommen – der der Grunderwerbsteuer unterliegende Rechtsvorgang nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG verwirklicht.

29 b) Der Grundstückserwerb war nicht nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit. Rechtsgrund für den Übereignungsanspruch war nicht das Vermächtnis und damit kein Erwerb von Todes wegen. Eine Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG wäre auch nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift nicht gerechtfertigt.

30 aa) Zu dem Grundstückserwerb aufgrund eines dinglichen Vorkaufsrechts hat der BFH – seinerseits noch in Abgrenzung zu dem als Sachvermächtnis verstandenen Kaufrechtsvermächtnis – ausgeführt, eine Steuerbefreiung gemäß § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG entspräche nicht dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Der in dem Grundstück verkörperte Wert sei durch den Erbfall den Erben zugeflossen; die Erwerberin habe es wie ein Dritter zu einem unter Fremden ausgehandelten Kaufpreis kaufen müssen. Die einzige Besonderheit habe darin bestanden, dass sie den Zeitpunkt des Kaufs nicht beeinflussen und über das Ob eines Verkaufs sowie den Inhalt des Kaufvertrags nicht mitbestimmen habe können (vgl. BFH, BFHE 222, 93 = BStBl. II 2009, S. 245 unter II. 1. d.).

31 bb) Das gilt erst recht, wenn – wie im Streitfall – der Kläger durch Vermächtnis das Recht erworben hat, ein bestimmtes Grundstück zum – bei Abschluss des Kaufvertrags aktuellen – Verkehrswert zu erwerben. Auch in diesem Fall fiel der Wert des Grundstücks mit dem Tod des V zunächst der S zu. Bei einem Kaufrechtsvermächtnis steht nicht fest, ob es überhaupt zum Grundstückserwerb kommt. Auch die Bedingungen des Grundstückskaufs sind nicht abschließend durch das Vermächtnis geklärt. Vielmehr musste der zum Zeitpunkt des Kaufs aktuelle Verkehrswert erst ermittelt und der Höhe nach im abgeschlossenen Kaufvertrag vereinbart werden.

32 c) Eine Steuerbefreiung des Grundstückserwerbs aufgrund Vermächtnis nach § 3 Nr. 3 Satz 1 GrEStG scheidet ebenfalls aus.

33 aa) Von der Besteuerung ausgenommen ist gemäß § 3 Nr. 3 Satz 1 GrEStG der Erwerb eines zum Nachlass gehörigen Grundstücks durch Miterben zur Teilung des Nachlasses. Ein Vermögensgegenstand gehört, wenn der Erblasser mehrere Erben hinterlässt, zum Nachlass, wenn er den Erben in dieser Eigenschaft in gesamthänderischer Verbundenheit (vgl. § 2032 Abs. 1 BGB) zusteht (BFH, Urteil vom 25.11.2015, II R 35/14, BFHE 251, 498 = BStBl. II 2016, 234 Rdnr. 18). Die Begrenzung der Steuerbefreiung auf die Miterben, denen Gesamthandsberechtigungen an dem ererbten Gegenstand

zustehen, entspricht dem Zweck der Befreiungsvorschrift (vgl. Boruttau/*Meßbacher-Hönsch*, Grunderwerbsteuergesetz, 19. Aufl., § 3 Rdnr. 301).

34 bb) Im Streitfall findet § 3 Nr. 3 Satz 1 GrEStG keine Anwendung. Der Kläger und S wurden nicht Miterben, sondern S war Alleinerbin und der Kläger Vermächtnisnehmer. Der Kläger hatte keine Gesamthandsberechtigung an dem Grundstück. Dieses stand vor dem Kauf S allein zu.

35 d) Der vorliegende Grundstückserwerb ist schließlich nicht nach § 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit.

36 aa) Nach § 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG sind von der Besteuerung unter anderem ausgenommen der Erwerb eines Grundstücks durch Personen, die mit dem Veräußerer in gerader Linie verwandt sind. Nach § 1589 Satz 1 BGB sind Personen, die eine von der anderen abstammen, in gerader Linie miteinander verwandt. Befreit ist daher unter anderem der Grundstückserwerb durch Kinder. Für die personenbezogene Steuerbefreiung ist das Verhältnis zwischen dem Grundstücksveräußerer und dem Grundstückserwerber maßgebend (vgl. Boruttau/*Meßbacher-Hönsch*, Grunderwerbsteuergesetz, § 3 Rdnr. 21; Pahlke, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, 6. Aufl., § 3 Rdnr. 21).

37 bb) Im Streitfall wurde der Vertrag zwischen S und dem Kläger abgeschlossen. S und der Kläger sind aber nicht Verwandte in gerader Linie, sondern als Geschwister in der Seitenlinie verwandt (§ 1589 Satz 2 BGB).

38 Die Steuerbefreiung für den Kauf der Eigentumswohnung unter den Geschwistern ergibt sich auch nicht aufgrund einer Zusammenschau grunderwerbsteuerrechtlicher Befreiungsvorschriften nach § 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG. Der Grundstückserwerb des Klägers beruht nicht auf einem abgekürzten Übertragungsweg im Sinne des BFH-Urteils vom 7.11.2018, II R 38/15 (BFH/NV 2019, 490). Die Eigentumswohnung erhielt S als Alleinerbin des V. Dem Kläger wurde durch das Kaufrechtsvermächtnis lediglich die Möglichkeit eröffnet, die zum Nachlass gehörende Wohnung zu kaufen. Der zwischen den Geschwistern abgeschlossene Kaufvertrag kann wegen des Ablebens des V nicht in der Weise verstanden werden, dass dadurch zwei Zwischenerwerbe – Übertragung der Wohnung durch S auf den V und anschließend Übertragung der Wohnung vom V auf den Kläger – abgekürzt wurden.

(...)



29. Keine Erbschaftsteuerbefreiung für an ein Familienheimgrundstück angrenzendes Gartengrundstück

FG Düsseldorf, Urteil vom 16.5.2018, 4 K 1063/17 Erb

BewG § 2 Abs. 1, § 181 Abs. 1

BGB § 94 Abs. 1 Satz 1

ErbStG § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1

LEITSÄTZE:

- 1. Die Erbschaftsteuerbefreiung für mit einem Familienheim bebaute Grundstücke knüpft nicht an den Begriff der wirtschaftlichen Einheit i. S. d. § 2 Abs. 1 Satz 1 und 3 BewG an, sondern bezieht sich im zivilrechtlichen Sinn auf das im Bestandsverzeichnis eines Grundbuchblatts auf einer eigenen Nummer eingetragene Grundstück, dessen wesentlicher Bestandteil das Gebäude gemäß § 94 Abs. 1 Satz 1 BGB ist.**
- 2. Ein unbebautes Flurstück, das an ein mit einem Familienheim bebautes Grundstück angrenzt und im Grundbuch auf einer eigenen Nummer eingetragen ist, ist daher auch dann nicht nach § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG begünstigt, wenn es nach der Verkehrsanschauung eine wirtschaftliche Einheit mit dem bebauten Grundstück bildet.**

SACHVERHALT:

Klägerin ist die Ehefrau des Erblassers B. Der Erblasser war unter anderem Eigentümer des von ihm bewohnten und mit einem Einfamilienhaus, einem Schwimmbad sowie einer Doppelgarage bebauten Grundstücks Gemarkung Z Flur 1 Flurstück 1. Das Grundstück mit einer Größe von 1.810 m² war im Grundbuch von Z Blatt 1 eingetragen. Der Erblasser war ferner Eigentümer des unbebauten Grundstücks Gemarkung Z Flur 1 Flurstück 2. Dieses Grundstück mit einer Größe von 1.722 m² grenzt nordöstlich an das Grundstück Gemarkung Z Flur 1 Flurstück 1 und war im Grundbuch von Z Blatt 10 eingetragen. Der Stadtdirektor der Stadt Z erteilte dem Erblasser unter dem 10.10.1969 eine Baugenehmigung für die Errichtung einer einheitlichen Grundstückseinfriedung auf beiden Grundstücken.

2 Der Erblasser verstarb am 11.10.2014. Er wurde aufgrund notariell beurkundeten Erbvertrags vom 11.6.2013 von der Klägerin allein erbt. Diese nutzt die Grundstücke Gemarkung Z Flur 1 Flurstücke 1 und 2 zu eigenen Wohnzwecken.

3 Die Klägerin machte mit ihrer am 19.6.2015 beim beklagten FA abgegebenen Erbschaftsteuererklärung für die Grundstücke Gemarkung Z Flur 1 Flurstücke 1 und 2 die Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG geltend.

4 Das beklagte FA setzte gegen die Klägerin erstmals mit Bescheid vom 16.11.2015 unter dem Vorbehalt der Nachprüfung Erbschaftsteuer fest. Dabei gewährte es die Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG für die Grundstücke Gemarkung Z Flur 1 Flurstücke 1 und 2.

5 Gegen diesen Bescheid legte die Klägerin wegen nicht mehr streitiger Punkte Einspruch ein.

6 Das beklagte FA setzte die Erbschaftsteuer gegen die Klägerin mit Bescheid vom 31.5.2016 unter dem Vorbehalt der Nachprüfung auf 220.913 € neu fest. Dabei legte es der Steuerfestsetzung die mittlerweile festgestellten Werte für die Grundstücke Gemarkung Z Flur 1 Flurstücke 1 und 2 von 774.574 € und 569.982 € zugrunde. Für diese Grundstücke gewährte es weiterhin die Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG.

7 Mit Einspruchsentscheidung vom 21.3.2017 setzte das beklagte FA die Erbschaftsteuer gegen die Klägerin auf 329.213 € neu fest. Dabei berücksichtigte es die Steuerbefreiung des § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG nur noch für das Grundstück Gemarkung Z Flur 1 Flurstück 1. Zur Begründung führte es aus: Die Steuerbefreiung könne nicht für Grundstücke gewährt werden, bei denen es sich um selbstständige wirtschaftliche Einheiten handle und die nicht bebaut seien. Bei dem Grundstück Gemarkung Z Flur 1 Flurstück 2 handle es sich um eine selbstständige wirtschaftliche Einheit, die nicht bebaut sei.

8 Die Klägerin trägt mit ihrer Klage vor: Die Grundstücke Gemarkung Z Flur 1 Flurstücke 1 und 2 seien ursprünglich Eigentum der Stadt Z gewesen und einheitlich als „Bürgermeistergrundstück“ bezeichnet worden. Die Grundstücke trügen dieselbe Adresse C-Straße, obwohl das unbebaute Flurstück 2 keinen Zugang zur C-Straße habe. Die Grundstücke seien seit jeher einheitlich als Wohnhausgrundstück mit Garten genutzt worden. Nach der Verkehrsanschauung handle es sich um eine wirtschaftliche Einheit. Auf die Eintragung der Grundstücke in unterschiedlichen Grundbüchern könne es deshalb nicht ankommen.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

12 Die Klage ist unbegründet. Der Steuerbescheid vom 31.5.2016 in der Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 21.3.2017 ist – im angefochtenen Umfang – rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Das beklagte FA hat es zu Recht abgelehnt, für das unbebaute Grundstück Gemarkung Z Flur 1 Flurstück 2 die Steuerbefreiung gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG zu berücksichtigen.

13 Nach § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG bleibt unter anderem der Erwerb von Todes wegen des Eigentums oder Miteigentums an einem im Inland belegenen bebauten Grundstück im Sinne des § 181 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 BewG durch den überlebenden Ehegatten steuerfrei, soweit der Erblasser darin bis zum Erbfall eine Wohnung zu eigenen Wohnzwecken genutzt hat, die beim Erwerber unverzüglich zur Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken bestimmt ist (Familienheim).

14 Die Klägerin kann diese Steuerbefreiung nicht für das unbebaute Grundstück Gemarkung Z Flur 1 Flurstück 2 in Anspruch nehmen. Hierbei handelt es sich nicht um ein mit einem Familienheim bebautes Grundstück im Sinne des § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG. Diese Bestimmung verweist zwar auf § 181 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 BewG. Dieser Regelung lässt sich jedoch nur entnehmen, wie das bebaute Grundstück genutzt werden muss. Hinsichtlich des Begriffs der Bebauung kann dabei auf § 180 BewG zurückgegriffen werden (BFH, Urteil vom 11.12.2014, II R 30/14, BFHE 248, 210).

15 Für die Beantwortung der Frage, wie der Begriff des mit einem Familienheim bebauten Grundstücks in § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG auszulegen ist, kann nicht die Bestimmung des § 2 Abs. 1 Satz 1 und 3 BewG herangezogen werden. Die Steuerbefreiung des § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG knüpft an den Begriff des mit einem Familienheim bebauten Grundstücks und nicht an denjenigen der wirtschaftlichen Einheit an. Es geht zudem nicht um die Bewertung eines Grundstücks (§ 12 Abs. 3 ErbStG). Deshalb kommt es nicht darauf an, ob die Grundstücke Gemarkung Z Flur 1 Flurstücke 1 und 2 nach den Anschauungen des Verkehrs als eine wirtschaftliche Einheit anzusehen sind, was als zutreffend unterstellt werden kann. Der Senat muss daher nicht den von der Kläge-

rin mit Schriftsatz vom 6.6.2017 gestellten Beweisanträgen durch eine Inaugenscheinnahme der Grundstücke nachgehen.

16 Der Begriff des mit einem Familienheim bebauten Grundstücks ist nach Auffassung des Senats in einem zivilrechtlichen Sinn zu verstehen. Denn auch die Begriffe des Eigentums und des Miteigentums in § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG sind in einem zivilrechtlichen Sinn zu verstehen (BFH, Urteile vom 3.6.2014, II R 45/12, BFHE 245, 374 sowie vom 29.11.2017, II R 14/16, NJW 2018, 1422). Demgemäß bezieht sich die Steuerbefreiung des § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG nicht nur auf das Gebäude, sondern auch auf das Grundstück, dessen wesentlicher Bestandteil das Gebäude gemäß § 94 Abs. 1 Satz 1 BGB ist (BFH, Urteil vom 26.2.2009, II R 69/06, BFHE 224, 151).

17 Ein Grundstück im zivilrechtlichen Sinn ist der räumlich abgegrenzte Teil der Erdoberfläche, der im Bestandsverzeichnis eines Grundbuchblatts auf einer eigenen Nummer eingetragen ist (BGH, Beschluss vom 19.12.1967, V BLw 24/67, BGHZ 49, 145; BFH, Urteil vom 22.7.2010, IV R 62/07, BFH/NV 2010, 2261). Daher ist ein Flurstück, das an ein mit einem Familienheim bebautes Grundstück angrenzt und im Grundbuch auf einer eigenen Nummer eingetragen ist, nicht nach § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG begünstigt (Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Jülicher, ErbStG § 13 Rdnr. 59).

18 Da das mit dem Familienheim bebaute Grundstück Gemarkung Z Flur 1 Flurstück 1 im Grundbuch von Z Blatt 1 eingetragen ist, während das daran angrenzende unbebaute Grundstück Gemarkung Z Flur 1 Flurstück 2 im Grundbuch von Z Blatt 10 eingetragen ist, scheidet eine Steuerbefreiung für das letztgenannte Grundstück nach § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG aus. Dieses Grundstück ist nicht mit einem Familienheim bebaut.

(...)

ANMERKUNG:

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

1. Sachverhalt

Der Erblasser hinterließ seiner Ehefrau (der Alleinerbin) zwei aneinander angrenzende Grundstücke im Rechtssinne.¹ Auf dem zur Straße gelegenen Grundstück befand sich das Wohnhaus, welches die Alleinerbin weiterhin zu Wohnzwecken nutzte. Bei dem anderen Grundstück handelte es sich um ein hinterliegendes und unbebautes Gartengrundstück ohne eigenen Zugang zur Straße, das jedoch gemeinsam mit dem Hausgrundstück eingefriedet worden war. Die Klägerin und der Erblasser empfanden dieses Gartengrundstück stets als „zum Haus gehörend“ und nutzten beide Grundstücke einheitlich zu Wohnzwecken. Unstreitig bildete

1 „Grundstück im Rechtssinne ist ein katastermäßig vermessener, beschriebener und kartenmäßig dargestellter Teil der Erdoberfläche, der im Grundbuch auf einem besonderen Blatt oder unter einer besonderen Nummer geführt wird“, RG, Urteil vom 12.3.1914, V 368/13, RGZ 84, 265, 270; siehe auch Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 561.

das Gartengrundstück nach der Verkehrsanschauung eine *wirtschaftliche Einheit* mit dem Wohnhausgrundstück.

Im Erbschaftsteuerbescheid versagte das FA der Erbin die Privilegierung hinsichtlich des Gartengrundstücks, wogegen sich diese erfolglos im Klageweg wendete.

2. Prüfung des FG

Das FG hatte § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG zu prüfen und dabei zu entscheiden, ob das Gartengrundstück aufgrund Subsumtion unter das Tatbestandsmerkmal „(mit einem Familienheim) bebautes Grundstück“ ebenfalls erbschaftsteuerlich zu privilegieren war.

Das FG legte zunächst dar, dass es sich bei dem unbebauten Gartengrundstück bereits nicht um ein bebautes Grundstück im Sinne von § 180 BewG handele. Es verwarf sodann den Vortrag der Klägerin, wonach beide Grundstücke aufgrund von § 2 Abs. 1 Satz 1 und 3 BewG nach der Verkehrsanschauung eine wirtschaftliche Einheit bilden würden und deshalb auch im Rahmen von § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG gemeinsam zu privilegieren seien. Das FG argumentierte systematisch, dass es sich bei der Frage, ob ein mit einem Familienheim bebautes Grundstück vorliegt, nicht um eine bewertungsrechtliche Frage (BewG) handele. Weiter führte das FG aus, dass das entscheidende Tatbestandsmerkmal „Grundstück“ zivilrechtlich zu verstehen sei. Dafür spreche, dass auch die Begriffe des Eigentums und Miteigentums in der Vorschrift zivilrechtlich auszulegen seien. Aus dieser zivilrechtlich orientierten Auslegung folgte das FG schließlich, dass ein Grundstück im zivilrechtlichen Sinne, welches lediglich an ein nach § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG privilegiertes Grundstück angrenzt, nicht selbst privilegiert sei.

3. Würdigung der Entscheidung

Die Entscheidung liegt auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung zu den erbschaftsteuerlichen Normen, die Regelungen zum Familienheim treffen (§ 13 Abs. 1 Nr. 4a-4c ErbStG).² Dabei war stets eine – nach dem BFH verfassungsrechtlich vorgegebene – enge Auslegung der jeweiligen Normen zu beobachten.³ Insofern war die Entscheidung wenig überraschend. Zur Vergegenwärtigung der Fragen und Zweifel rund um die genannten Normen lohnt jedoch ein näherer Blick auf die vorgetragenen Argumente:

a) Für den Vortrag der Klägerin ließe sich jedenfalls eine teleologische Auslegung der Vorschrift anführen. Nach dem

Willen des Gesetzgebers von 1996 zu § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG dient die Privilegierung des – damals noch – Familienwohnheims⁴ dem Schutz des engeren Kerns der ehelichen Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft.⁵ Bei der späteren Einführung von § 13 Abs. 1 Nr. 4b und 4c ErbStG (2009) verfolgte der Gesetzgeber zusätzlich das Ziel, den gemeinsamen familiären Lebensraum zu schützen und die Schaffung von Grundvermögen zu fördern.⁶ Das „in diesem Sinne besonders geschützte (...) Familiengebrauchsvermögen“ sollte „krisenfest“ erhalten werden,⁷ gleichzeitig sollte eine Lenkungswirkung hin zur Schaffung von Wohneigentum von der Privilegierung ausgehen.⁸ Der Gesetzgeber stellt hier auf die Nutzung zu Wohnzwecken ab und nimmt – abgesehen von § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG (200 m²) – von sich aus keine Größenbeschränkung vor.⁹ Alleine aus den genannten Zielen des Gesetzgebers lässt sich nicht folgern, dass der Grundstücksbegriff der Normen eng auszulegen ist. Vielmehr soll die Privilegierung dasjenige Grundvermögen erfassen, welches das zu Wohnzwecken genutzte Familiengebrauchsvermögen darstellt. Daher wird stellenweise auch vertreten, es komme auf den Nutzungszusammenhang und gerade nicht auf die rechtliche Selbstständigkeit einzelner Grundstücke an, da es „keinen Grund“ gebe, etwa den selbstgenutzten Garten nur deshalb von der Privilegierung auszunehmen, weil er auf einem eigenen Grundbuchblatt gebucht sei.¹⁰ Für die Ansicht der Klägerin spricht weiterhin, dass die Frage der rechtlichen Selbstständigkeit zweier Grundstücke desselben Eigentümers letztlich vom Willen eben dieses Eigentümers abhängt, dem sich hier durch Vereinbarung (§ 890 Abs. 1 BGB) und Bestandteilszuschreibung (§ 890 Abs. 2 BGB) Gestaltungsmöglichkeiten eröffnen. Da jedenfalls § 13 Abs. 1 Nr. 4a und 4b ErbStG keine Größenbeschränkung kennen und somit auch *ein* Grundstück über 1000 m² nach der Vorschrift privilegiert sein kann (im Fall des FG Düsseldorf war das Hausgrundstück 1810 m² groß), leuchtet es nicht ein, weshalb nicht auch *zwei* zu Wohnzwecken genutzte angrenzende Grundstücke mit jeweils 500 m² privilegierungsfähig sein sollten, auch wenn das Familienheim selbst nur auf einem der Grundstücke errichtet ist.

b) Für die durch das FG vorgenommene, eng an das Zivilrecht angelegte Betrachtung spricht hingegen die auch im

² So auch Schmidt, ErbR-Report 2018, 436; Neu, EFG 2018, 1211, 1212; siehe auch NJW-Spezial 2018, 424. Ein instruktiver Überblick zu § 13 Abs. 1 Nr. 4a-4c ErbStG findet sich bei Ziegler, MittBayNot 2017, 354.

³ BFH, Urteil vom 18.7.2013, II R 35/11, DNotZ 2014, 271 (keine Privilegierung von Ferien- oder Zweitwohnungen); Urteil vom 3.6.2014, II R 45/12, DNotZ 2014, 691 (keine Privilegierung eines letztwillig zugewandten Wohnungsrechts); Urteil vom 23.6.2015, II R 39/13, BStBl. II 2016, S. 223 (Privilegierung bei Alleineigentum erst infolge Erbauseinandersetzung); Urteil vom 5.10.2016, II R 32/15, BFHE 256, 359 (keine Privilegierung bei fehlender Selbstnutzung); Urteil vom 29.11.2017, II R 14/16, BStBl. II 2018, S. 362 (keine Privilegierung bei lediglich Verschaffung eines Anspruchs auf Eigentumsübertragung).

⁴ Vgl. hierzu Meßbacher-Hönsch, ZEV 2015, 382, 383 f.; aufgrund der allgemein als unpräzise empfundenen Formulierung behelf man sich damals bei der Auslegung des Begriffs einer wirtschaftlichen Auslegung, Schmidt, ErbR-Report 2018, 436; Tiedtke/Wälzholz, ZEV 2014, 191; Hardt, ZEV 2004, 408.

⁵ BT-Drucks. 13/901, S. 157.

⁶ BT-Drucks. 16/11107, S. 8; siehe auch Preißer/Rödl/Seltenreich/Kiebele, Erbschaft- und Schenkungsteuer, Kompakt-Kommentar, 2. Aufl. 2013, § 13 Rdnr. 95.

⁷ BT-Drucks. 16/11107, S. 9.

⁸ Meßbacher-Hönsch, ZEV 2015, 382, 383.

⁹ BT-Drucks. 16/11107, S. 8 f.; auch die Finanzverwaltung nimmt bei § 13 Abs. 1 Nr. 4a und 4b ErbStG keine Angemessenheitsprüfung hinsichtlich der Objektgröße vor, vgl. Preißer/Rödl/Seltenreich/Kiebele, Erbschaft- und Schenkungsteuer, § 13 Rdnr. 65.

¹⁰ Meincke/Hannes/Holtz, ErbStG, 17. Aufl. 2018, § 13 Rdnr. 25.

Übrigen systematisch enge Anlehnung des gesamten Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts an das Zivilrecht,¹¹ die ebenfalls zivilrechtliche Auslegung der Tatbestandsmerkmale Eigentum und Miteigentum¹² sowie darüber hinaus – wenn auch nur aus Anwendersicht – zweifelsfrei die höhere Praktikabilität.

Bei der Frage der Auslegung des Grundstücksbegriffs muss zudem beachtet werden, dass der BFH bereits mehrfach geäußert hat, dass die erbschaftsteuerliche Privilegierung des Familienheims verfassungsrechtlich nur dann gerechtfertigt sein kann, wenn die Norm eng ausgelegt wird.¹³ Der BFH kritisiert, dass es für die Begünstigung des Immobilienvermögens und die damit einhergehende Ungleichbehandlung im Vergleich zu anderem Vermögen schlichtweg keinen sachlichen Grund gebe und dass die Freistellung des Familiengebrauchsvermögens ja gerade durch die Freibeträge typisiert erreicht werde.¹⁴ Eine enge Auslegung der Vorschriften entspricht auch der herrschenden Meinung in der Literatur.¹⁵

c) Die Argumentation des FG Düsseldorf ist dem Vortrag der Klägerin vorzuziehen, wenngleich beide Ansichten Schwächen aufweisen. Die von der Klägerin und Teilen der Literatur¹⁶ vertretene Auffassung läuft auf eine streitanfällige Einzelfallbetrachtung hinaus, mit der die verfassungsrechtlichen Vorgaben keinesfalls besser umgesetzt werden können als bei einer isoliert grundstücksbezogenen Betrachtung. Auch ein Berater könnte ex ante nur schwerlich abschätzen, ob bzw. inwieweit die Finanzverwaltung dem Vortrag eines Steuerpflichtigen folgt, wonach mehrere Grundstücke wirtschaftlich betrachtet und nach ihrem Nutzungszusammenhang tatsächlich eine Einheit bilden. Auch wenn also eine Einzelfallbetrachtung zu mehr Einzelfallgerechtigkeit führen könnte, ist gerade aufgrund der damit verbundenen Unsicherheit der Typisierung durch den Gesetzgeber (Grundstück im Rechtssinne) der Vorzug zu geben.

- 11 So bereits der RFH, Urteil vom 21.5.1931, I D 1/30, RStBl. 1931, S. 559; zuletzt BFH, Urteil vom 29.11.2017, II R 14/16 Rdnr. 20, BStBl. II 2018, S. 362; Preißer/Rödl/Seltenreich/Preißer, Erbschaft- und Schenkungsteuer, Einf. Rdnr. 34.
- 12 Vgl. zuletzt BFH, Urteil vom 29.11.2017, II R 14/16, BStBl. II 2018, S. 362 sowie FG München, Urteil vom 25.7.2018, 4 K 1028/18, EFG 2018, 1723. Die zivilrechtlich geprägte Betrachtung hat bei der Übertragung von (Mit-)Eigentum an Familienheimen Tradition: Bereits vor der Entscheidung des BFH (Urteil vom 2.3.1994, II R 59/92, BStBl. II 1994, S. 366) zur Schenkungssteuerpflicht bei ehebedingten Zuwendungen ging die Finanzverwaltung davon aus, dass mangels (zivilrechtlichen) Schenkungscharakters solche Zuwendungen auch keine Schenkungssteuer auslösen konnten, vgl. *Meßbacher-Hönsch*, ZEV 2015, 382, 383 mit Verweis auf gleichlautenden Erlass der Länder vom 10.11.1988, BStBl. I 1988, S. 513.
- 13 Vgl. Fn. 3.
- 14 BFH, Urteil vom 18.7.2013, II R 35/11 Rdnr. 11, DNotZ 2014, 271.
- 15 Fischer/Pahlke/Wachter/Kobor, ErbStG, 6. Aufl. 2017, § 13 Rdnr. 25; *Meßbacher-Hönsch*, ZEV 2015, 382, 387; daran jedenfalls nicht zweifelnd *Wachter*, ZEV 2014, 191, 192.
- 16 *Meincke/Hannes/Holtz*, ErbStG, § 13 Rdnr. 25.

Die Ansicht des FG Düsseldorf wird andererseits in manchen Konstellationen zu recht unbefriedigenden Ergebnissen führen. Dies etwa dann, wenn als Familienheim eine Eigentumswohnung mit einer auf einem anderen Grundstück und separaten Grundbuchblatt gebuchten Garage vererbt wird. Setzt man die Vorgaben des FG konsequent um, so ist das Teileigentum an dem Garagengrundstück nicht von der Erbschaftsteuer befreit und der Erblasser hat auch vorab nicht die Möglichkeit der rechtlichen Vereinigung oder Bestandteilszuschreibung.¹⁷ Genau umgekehrt müsste hingegen der Fall entschieden werden, in dem ein Wohnhaus über mehrere Grundstücksgrenzen reicht. Hier wären alle Grundstücke im Sinne der Vorschrift „mit einem Familienheim bebaut“ und daher privilegiert. Zu diesen Fällen sehen auch die Erbschaftsteuerrichtlinien keine Regelungen vor. Freilich könnten diese Unschärfen unter – angesichts des Massenfallcharakters des Steuerrechts anzuerkennenden – Pauschalierungs- und Typisierungsgesichtspunkten gerechtfertigt sein. Zudem wäre eine Teileigentumseinheit „Garage“ häufig noch vom allgemeinen Steuerfreibetrag (§ 16 ErbStG) erfasst. Dennoch zeigt sich ein systematischer Widerspruch, der in einem entscheidenden Fall verfassungsrechtliche Bedenken aufwirft. Ein wenig widersprüchlich verhält sich die Praxis auch insoweit, als einerseits eine enge Auslegung der Vorschriften postuliert wird, andererseits aber der Begriff des „Wohnzwecks“ weit ausgelegt wird und etwa nach R E 13.3 Abs. 2 Satz 7 auch Garagen und Nebengebäude – im Fall des FG Düsseldorf auch ein Schwimmbad – in die Privilegierung einzubeziehen sind.

4. Ausblick für die Praxis

Obwohl sich anhand der Entscheidung des FG Düsseldorf zeigt, dass die erbschaftsteuerliche Privilegierung des Familienheims noch nicht unter allen Aspekten zufriedenstellend geregelt ist, so zeigt sich dennoch eine für die Praxis vorerst klare Richtlinie: Durch die rechtzeitige Vereinigung zweier rechtlich selbstständiger Grundstücke im Grundbuch kann die Privilegierung des § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG auf diejenigen Grundstücke erstreckt werden, die tatsächlich zu Wohnzwecken genutzt werden. Dabei dürfte im Einzelfall vorsichtige Zurückhaltung geboten sein, da die Erbschaftsteuer-Richtlinien in R E 13.3 Abs. 2 Satz 14 auch die Möglichkeit der getrennten Betrachtung eines Grundstücks vorsehen, wenn das Grundstück neben Wohnzwecken auch noch anderen Zwecken dient.

- 17 Vgl. *Schmidt*, ErbR-Report 2018, 436, 437; wird hingegen ein Einfamilienhaus vererbt, so sind die Garagen und sonstigen Nebengebäude, die sich auf dem jeweiligen Grundstück befinden, von der Privilegierung mitumfasst, *Schumann*, DStR 2009, 1971, 198; *Hardt*, ZEV 2004, 408, 411.

SONSTIGES

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

Obligatorische Streitschlichtung und vorprogrammiertes Scheitern

Von Notar Prof. Dr. Dr. **Herbert Grziwotz**, Regen und Zwiesel

I. Außergerichtlicher Einigungsversuch zur Konfliktbereinigung

1. Zuständigkeit der Amtsgerichte

Bayern hat von der Möglichkeit, eine Klageerhebung in Nachbar- und Ehrschutzstreitigkeiten von einer erfolglosen Schlichtung vor einer Gütestelle abhängig zu machen (§ 15a EGZPO), Gebrauch gemacht (Art. 1 BaySchlG). Betroffen sind nur bürgerlichrechtliche Streitigkeiten vor den AG. Für Streitigkeiten, die in die Zuständigkeit der LG fallen, können die Beteiligten ein freiwilliges Streitschlichtungsverfahren durchführen, ein obligatorisches als Prozessvoraussetzung ist nicht erforderlich.

2. Nicht nachholbare Prozessvoraussetzung

Der Versuch einer Einigung zwischen den Parteien des (späteren) Rechtsstreits muss der Klageerhebung vorausgehen. Der Einigungsversuch kann nicht nachgeholt werden.¹ Das Zeugnis über die Erfolglosigkeit der Schlichtung (Art. 4 Abs. 1 BaySchlG) kann dagegen bis zur Entscheidung des Prozessgerichts über die Zulässigkeit der Klage nachgereicht werden. Erklärt der Antragsteller, dass bereits eine Klage über den Gegenstand der Schlichtung anhängig ist, kommt ein obligatorisches Schlichtungsverfahren nicht mehr in Betracht.

Ist ein nicht schlichtungsbedürftiger Antrag mit einem schlichtungsbedürftigen verbunden, entfällt nicht bereits aus diesem Grund das Schlichtungserfordernis. Hinsichtlich des schlichtungsbedürftigen Antrags ist ein Schlichtungsverfahren durchzuführen.² Erfolgt dagegen nach Durchführung eines Schlichtungsverfahrens im Verlauf des Prozesses eine Klageerweiterung oder -änderung, ist kein erneuter Schlichtungsversuch erforderlich.³ Widerklagen sind bereits nach § 15a Abs. 2 EGZPO vom Anwendungsbereich der obligatorischen Streitschlichtung ausgeschlossen.

II. Parteien und Streitgegenstand

1. Ein LG-Bezirk

Die Notwendigkeit, ein Schlichtungsverfahren durchzuführen, betrifft nur Parteien, die ihren Wohnort, ihren Sitz oder ihre Niederlassung im selben LG-Bezirk haben (Art. 2 BaySchlG). Die LG München I und II gelten insoweit als ein LG-Bezirk. Hat eine Partei nur einen Zweitwohnsitz, dürfte dieser ausreichen, wenn beispielsweise ein Nachbarstreit zu schlichten ist. Zieht jedoch eine Partei erst nach Rechtsanhängigkeit des Prozesses in den gleichen LG-Bezirk, muss kein Schlichtungsverfahren durchgeführt werden.

2. Ansprüche wegen der in § 906 BGB geregelten Einwirkungen auf das Nachbargrundstück und Verletzung der persönlichen Ehre

§ 906 BGB enthält entgegen der gesetzlichen Formulierung keine Ansprüche. Gemeint sind sämtliche Streitigkeiten nach § 906 BGB (Art. 1 Nr. 1 BaySchlG).⁴ Dies betrifft aber keine Ansprüche, die nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung (bisher) keine Einwirkung im Sinne von § 906 BGB darstellen, und zwar selbst dann, wenn einzelne Richter(innen) des zuständigen Senats diese Spruchpraxis kritisieren. Dies wurde für negative Einwirkungen (Entzug von Luft und Licht) entschieden.⁵ Ist allerdings unklar, ob einzelne der geltend gemachten Ansprüche (z. B. gleichzeitiges Hinüberfallen von Laub der hohen Bäume) unter das Schlichtungserfordernis fallen, sollte das Verfahren durchgeführt werden.

Mit Nachbarstreitigkeiten sind häufig Ansprüche wegen der Verletzung der persönlichen Ehre verbunden (Art. 1 Nr. 2 BaySchlG). Dies betrifft Beleidigungen (§ 185 StGB), die über Unhöflichkeiten und Persönlichkeitsverletzungen ohne abwertenden Charakter hinausgehen. Die Abgrenzung ist, wie die nicht vollständige Verwendung des Götz-Zitats zeigt („Sie können mich mal [...]“), schwierig („[...] gern haben“).⁶ Üble Nachreden und Verleumdungen werden häufig in sozialen Netzwerken verbreitet. Dass diese Äußerungen vom Empfänger abgerufen werden müssen, ändert an ihrer Öffentlichkeit

1 BGH, Urteil vom 23.11.2004, VI ZR 336/03, BGHZ 161, 145 = NJW 2005, 437, 438.

2 BGH, Urteil vom 7.7.2009, VI ZR 278/08, NJW-RR 2009, 1239 = MDR 2009, 1127.

3 BGH, Urteil vom 22.10.2004, V ZR 47/04, NJW-RR 2005, 501 = MDR 2005, 265. Anders bei einer Klageerweiterung gegen einen weiteren Beklagten BGH, Urteil vom 13.7.2010, VI ZR 111/09, NJW-RR 2010, 1725 = MDR 2010, 1143.

4 Vgl. Grziwotz/Saller/Grziwotz, Bayer. Nachbarrecht, 3. Aufl. 2015, 5. Teil Rdnr. 18 m. w. N.

5 BGH, Urteil vom 10.7.2015, V ZR 229/14, NJW-RR 2015, 1425 = ZfR 2015, 798.

6 Vgl. Fischer, StGB, 66. Aufl. 2019, § 185 Rdnr. 10a.

nichts.⁷ Der Ausschluss von in Presse oder Rundfunk begangenen Ehrverletzungen von der Schlichtung betrifft nur Medien, bei denen Gegendarstellungsansprüche nach Art. 10 BayPrG oder Art. 18 BayMG bestehen.

Schmerzensgeld- und Schadensersatzansprüche sind als Zahlungsklagen, auch wenn sie im Zusammenhang mit einem Nachbarstreit oder einer Ehrverletzung stehen, nicht erfasst.⁸

III. Grundsätze für das Schlichtungsverfahren

1. Persönliches Erscheinen und Vertretung, Rechtsanwälte und Beistände

Grundsätzlich müssen die Parteien persönlich zur Durchführung des Schlichtungsgesprächs erscheinen (Art. 11 Abs. 1 BaySchlG). Sie haben jedoch das Recht, sich durch eine Person vertreten zu lassen, die zur Aufklärung des Sachverhalts in der Lage sowie zu einem unbedingten Vergleichsabschluss schriftlich ermächtigt ist und der Schlichter dem Fernbleiben der Partei zustimmt. Erscheint, wie das mitunter der Fall ist, der Ehegatte ohne schriftliche Vollmacht, liegt ein Nichterscheinen der entsprechenden Partei vor. Beim Antragsteller gilt der Antrag als zurückgenommen (Art. 11 Abs. 2 BaySchlG).⁹ Der Antragsgegner muss lediglich innerhalb von 14 Tagen das Ausbleiben entschuldigen; meldet er sich nicht, wird dem Antragsteller das Zeugnis nach Art. 4 BaySchlG ausgestellt (Art. 11 Abs. 4 Satz 3 BaySchlG).

Rechtsanwälte und Beistände dürfen nicht ausgeschlossen werden (Art. 11 Abs. 3 BaySchlG). Bei Beiständen wird es sich meist um Vertrauenspersonen der jeweiligen Partei handeln, z. B. Ehegatten, Lebensgefährten, Verwandte und enge Freunde. Sie stehen regelmäßig in einem besonderen Näheverhältnis zu der Partei, die sie zur Schlichtung mitbringt. Insofern werden sie sich im Konflikt häufig mit ihrer Position identifizieren. Diese Solidarisierungspflicht führt zur Verschärfung des Konflikts. Der Schlichter hat jedoch kein Recht, diese Personen von vornherein von der Verhandlung auszuschließen, auch wenn die andere Partei Einwendungen gegen die Beteiligung der Beistände vorbringt.

2. Maximalfrist

Die Verfahrensdauer zwischen Antragstellung bzw. einer späteren Einzahlung des Kostenvorschusses soll drei Monate nicht überschreiten. Nach diesem Zeitraum ist dem Antragsteller auf dessen gesonderten Antrag ein Zeugnis über die Erfolglosigkeit des Schlichtungsverfahrens auszustellen (Art. 4 Abs. 1 Satz 2 und 3 BaySchlG). Allerdings können die Parteien das Verfahren auch nach diesem Zeitraum fortführen.

3. Verfahrensprinzipien

Der Schlichter bestimmt das zur Erledigung der Streitsache zweckmäßige Verfahren nach seinem Ermessen (Art. 10 Abs. 4 BaySchlG). Die diesbezüglichen Grundsätze haben sich dabei an dem Zweck des Verfahrens zu orientieren. Es handelt sich dabei um folgende Prinzipien:

a) Bereitschaft zur Einigung

Die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens hat nur Sinn, wenn die Parteien Einigungsbereitschaft zeigen. Schließt auch nur eine Partei von vornherein eine Einigung aus, ist das Verfahren sinnlos. Es handelt sich um Fälle, in denen der Streit bereits eine Eskalationsstufe erreicht hat, auf der eine selbstbestimmte Lösung ausgeschlossen ist und die Beteiligten die Entscheidung eines Dritten benötigen. Wird dies dem Schlichter vor Durchführung des (sinnlosen) Einigungsgesprächs mitgeteilt, kann er die Ungeeignetheit der Angelegenheit für die Durchführung des auf eine Einigung zielenden Verfahrens feststellen. Das Verfahren wird in diesem Fall durch Erteilung einer Bescheinigung über die Erfolglosigkeit des Schlichtungsversuchs beendet (Art. 4 Abs. 2 BaySchlG).

Die Einigung muss auch die Kosten des Verfahrens umfassen (Art. 12 Satz 3 BaySchlG). Der Schlichter ist nicht berechtigt, hierüber zu entscheiden.¹⁰ Der Kostenpunkt kann auch nicht isoliert vom Gericht in einem späteren Verfahren entschieden werden. Betroffen sind die Kosten des notariellen Schlichtungsverfahrens sowie die Kosten des eigenen anwaltlichen Vertreters und des Anwalts/der Anwältin der Gegenseite.

b) Bedenken hinsichtlich der Unparteilichkeit des Schlichters

Die Auswahl aus den nach Art. 5 BaySchlG örtlich zuständigen Gütestellen trifft, wenn sich die Parteien nicht auf eine (auch andere) Schlichtungsstelle einigen, der Antragsteller (Art. 6 Satz 1 BaySchlG). Der/Die angerufene Notar/Notarin ist von der Schlichtung ausgeschlossen, wenn er/sie selbst, der (Ex-)Ehegatte, der (Ex-)Lebenspartner, eine in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grad mit ihm/ihr verwandte Person oder eine in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum zweiten Grad verschwägte Person beteiligt ist (Art. 3 Abs. 2 BaySchlG, § 41 ZPO). Gleiches gilt bei einer früheren richterlichen oder anwaltlichen Tätigkeit sowie in Sachen, in denen er/sie als Zeuge oder Sachverständiger vernommen wurde oder an einem Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung mitgewirkt hat. Ist dies der Fall, muss der angerufene Schlichter die Schlichtung ablehnen und der Antragsteller eine andere Gütestelle aus dem LG-Bezirk zur Durchführung des Verfahrens auswählen.

Bezweifelt der Antragsgegner von vornherein die Unparteilichkeit des Schlichters, z. B. weil es sich um den „Hausnotar“ bzw. den aus einer Vereinsvorstandstätigkeit bekannten Notar des Antragstellers handelt, kann eine Schlichtung streitbeendend eigentlich nicht durchgeführt werden. Der Antragsgegner wird auch eine protokollierte Einigung relativ schnell als einseitig zu seinen Lasten ansehen und den Konflikt neu be-

7 Fischer, StGB, § 186 Rdnr. 19 und § 187 Rdnr. 3.

8 Vgl. BGH, Urteil vom 27.1.2017, V ZR 120/16, NJW-RR 2017, 443; Urteil vom 19.2.2016, V ZR 96/15, NJW-RR 2016, 823 = MDR 2016, 583; Urteil vom 2.3.2012, V ZR 169/11, NZM 2012, 435 = MDR 2012, 579; Urteil vom 10.7.2009, V ZR 69/08, NJW-RR 2009, 1238.

9 Grziwotz/Saller/Grziwotz, Bayer. Nachbarrecht, 5. Teil Rdnr. 27.

10 Vgl. nur Schwarzmann/Walz, BaySchlG, 2000, Art. 10 Anm. 6.

ginnen. Der/Die angerufene Notar/Notarin wird die Streitparteien auf seine/ihre unparteiische Amtsausübung (Art. 8 Abs. 1 Satz 3 BaySchlG) hinweisen. Diesbezügliche Bedenken des Antragsgegners führen nicht dazu, dass der/die angerufene Notar/Notarin die Schlichtungstätigkeit nicht durchführen dürfte. Er/Sie kann anregen, dass der Antragsteller die Schlichtung bei einer anderen örtlich zuständigen Schlichtungsstelle durchführt. Ist dieser dazu nicht bereit, dürfte eine Schlichtung ihr Ziel verfehlen; deshalb empfiehlt es sich, dem Antragsteller ein „Ungeeignetheitszeugnis“ zu erteilen.

c) (Neuer) Kriegsschauplatz Notariat

Eine für den Schlichter schwierige Situation ergibt sich, wenn eine Partei oder beide Parteien die Schlichtung nutzen (wollen), um ihren Krieg fortzusetzen. Insbesondere bei Ehrverletzungen werden im Schlichtungstermin oder bereits im Wartezimmer mitunter weitere „Freundlichkeiten“ ausgetauscht. Handelt es sich um Straftaten, z. B. um Beleidigungen, sollte der Schlichter den Betreffenden zur Ordnung rufen und bei einer Wiederholung das Verfahren sofort abbrechen. Auch ein sofortiger Abbruch ist denkbar. Keinesfalls sollte die Phase des „Dampfablassens“ während der gesamten Verhandlung andauern.

Häufig werden Ehrverletzungen durch die handelnde Partei mit der Begründung gerechtfertigt, es würde sich um die Wahrheit handeln, die man gerade in einem Konfliktlösungsverfahren äußern dürfe. Die diesbezügliche Äußerung erfolge zudem zur Wahrung der eigenen Interessen (§ 193 StGB). In streitigen Gerichtsverfahren soll auch die Behauptung ehrverletzender Tatsachen zulässig sein, soweit sie aus Sicht des Äußernden prozesserheblich sein können. Beispiele sind die Behauptung „mafioser Machenschaften“, die Bezeichnung als „Rechtsbrecher“ und der Vergleich eines Verhaltens mit SS-Methoden.¹¹ Im Schlichtungsverfahren, das auf eine Einigung zielt und bei dem es sich gerade nicht um einen Kampf ums Recht handelt, muss die Schwelle der Duldung tiefer angesetzt werden. Letztlich geht es bei einer Konfliktbeilegung darum, dass jede Partei das Recht der anderen auf Anerkennung¹² respektiert. Besteht dazu keine Bereitschaft, sollte der Schlichter unabhängig von der Frage der (angeblichen) Wahrnehmung berechtigter Interessen das Verfahren abbrechen und dem Antragsteller eine entsprechende Bescheinigung erteilen.

V. Erfolglosigkeits- oder Ungeeignetheitsbescheinigung

Folge des Ermessens des Schlichters hinsichtlich der Verfahrensgestaltung ist, dass die von ihm erteilte Bescheinigung über einen erfolglosen oder untauglichen Schlichtungsversuch nicht überprüfbar ist. Das Prozessgericht ist bei der Prüfung dieser Prozessvoraussetzung vielmehr an die ihm erteilte Be-

scheinigung gebunden.¹³ Dies entspricht auch dem Zweck des Zeugnisses.

Checkliste

- Zuständigkeit des AG
- Klageerhebung noch nicht erfolgt
- beide Parteien wohnen im LG-Bezirk (Sonderfall: LG München I und II)
- Schlichtungsnotwendigkeit hinsichtlich des Anspruchs (Sonderfall: Klagehäufung)
- persönliches Erscheinen und Vertretung (Ermächtigung, Akzeptanz)
- kein Ausschluss von Rechtsanwälten/innen
- Drei-Monats-Zeitraum
- Bereitschaft zur Einigung auch bezüglich der Kosten
- Ausschluss des Schlichters und Vorwurf der Parteilichkeit
- kein (neuer) Kriegsschauplatz, sondern Einhaltung von Mindestanstandsprinzipien

Musterladungsschreiben zur Schlichtung

Nach den gesetzlichen Vorschriften (§ 15a EGZPO i. V. m. § 1 BaySchlichtungsG) kann wegen bestimmter Rechtsstreitigkeiten, vor allem in Nachbarstreitigkeiten und bei Ehrverletzungen, nur noch Klage zum AG erhoben werden, wenn der Kläger nachweist, dass er zuvor versucht hat, sich mit dem Beklagten in einem sogenannten „Schlichtungsverfahren“ über den Streitgegenstand gütlich zu einigen. Solche Schlichtungsverfahren können bei jedem/jeder bayerischen Notar/Notarin als Gütestelle durchgeführt werden, der/die dies unparteiisch und unabhängig übernimmt.

Am (...) hat/haben Herr/Frau (...) (Antragsteller) die Durchführung eines solchen Schlichtungsverfahrens bei mir beantragt. Diesen Antrag füge ich diesem Schreiben zu Ihrer Kenntnisnahme bei.

Ich bin gerne bereit, das beantragte Schlichtungsverfahren durchzuführen und schlage als Termin für ein gemeinsames Schlichtungsgespräch

(...), den (...) um (...) Uhr

vor. Ich bitte Sie, hierzu persönlich in meine Geschäftsräume zu kommen. Sie können sich auch vertreten lassen; die bevollmächtigte Person muss zur Aufklärung des Sachverhalts und zu einem unbedingten Vergleichsabschluss schriftlich ermächtigt sein. Sie können sich zum Schlichtungstermin von einem Beistand oder einem Rechtsanwalt/einer Rechtsanwältin begleiten lassen. Sollten Sie in der streitgegenständlichen Angelegenheit bereits anwaltlich vertreten sein, empfehle ich Ihnen, Ihren Anwalt/Ihre Anwältin auf jeden Fall zum Schlichtungstermin hinzuzuziehen.

Ich weise den Antragsteller darauf hin, dass ein nicht entschuldigtes Nichterscheinen als Antragsrücknahme gilt. Den Antragsgegner weise ich darauf hin, dass dem Antragsteller ein Zeugnis über die Erfolglosigkeit des Schlichtungsversuchs ausgestellt wird, wenn der Antragsgegner zum vorge-

11 Fischer, StGB, § 193 Rdnr. 11.

12 Siehe dazu nur Honneth, Das Recht der Freiheit, 2011, S. 149 ff. („personaler Respekt“); ders., Anerkennung, 2018, S. 182 ff.; ders., Kampf um Anerkennung, 10. Aufl. 2018, S. 303 ff.; ders., Das Ich im Wir, 4. Aufl. 2017, S. 251 ff.; Forst, Das Recht auf Rechtfertigung, 2007, S. 293 ff.

13 BGH, Urteil vom 20.11.2009, V ZR 94/09, NJW-RR 2010, 357 = MDR 2010, 225.

nannten Schlichtungstermin nicht kommt und sein Fernbleiben nicht innerhalb von 14 Tagen nach dem anberaumten Schlichtungstermin entschuldigt. Mit diesem Zeugnis kann der Antragsteller den behaupteten Anspruch vor Gericht geltend machen.

Das Schlichtungsverfahren dient der einvernehmlichen außergerichtlichen Streitbeilegung. Es sind deshalb folgende Grundsätze für eine Konfliktbeilegung unverzichtbar:

- Eine erfolgreiche Streitschlichtung setzt Einigungsbereitschaft beider Parteien sowohl hinsichtlich des Streitgegenstandes als auch hinsichtlich der Kosten voraus. Besteht keine Einigungsbereitschaft (z. B. auch nur hinsichtlich der Kosten), bitte ich diesbezüglich um Mitteilung, da dann die Sache für eine Streitschlichtung ungeeignet ist.
- Die Streitschlichtung wird von mir unparteiisch durchgeführt. Sollten Sie Bedenken hinsichtlich meiner Unparteilichkeit haben, bitte ich, die Bedenken mit mir zu besprechen. Lassen sie sich nicht ausräumen, fehlt ebenfalls die Schlichtungseignung.
- Die Streitschlichtung dient der Konfliktbeilegung. Im Verhandlungstermin sind deshalb beide Parteien zu wechselseitigem Respekt verpflichtet. Bei einem strafrechtlich relevanten Verhalten (z. B. Beleidigungen), wird die Streitschlichtung abgebrochen; das betrifft auch ein Verhalten, das grundlegende Anstandsprinzipien verletzt.

Mit freundlichen Grüßen

VERANSTALTUNGSHINWEISE

Vortrag des Rheinischen Instituts für Notarrecht an der Universität Bonn

Das Grundbuch in Elsass-Lothringen

Donnerstag, 14. November 2019, 19 Uhr s. t.

Institut Français Bonn

Adenauerallee 35, 53113 Bonn

Aus dem Programm:

Das Grundbuch in Elsass-Lothringen –
Vortrag in Kooperation mit dem Institut Français
(Notar Maître *Edmon Gresser*, La Wantzenau)

Tagungsbeitrag: kostenlos

Kontakt/Anmeldung: keine Anmeldung erforderlich

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen

Mittwoch, 11. Dezember 2019, 17:30 Uhr s. t.

Senatssaal der Ludwig-Maximilians-Universität (E 106/110 im 1. Obergeschoss),

Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München

Aus dem Programm:

Das EU-Company-Law-Package im Spiegel des
Wettbewerbs der Rechtsordnungen

(Notar Prof. Dr. *Jens Bormann*, LL.M. (Harvard),
Präsident der Bundesnotarkammer, Ratingen,
und Notarassessor Dr. *Peter Stelmaszczyk*,
Maître en Droit (Paris I – Panthéon-Sorbonne),
Geschäftsführer der Bundesnotarkammer,
Referat für Gesellschaftsrecht, Brüssel)

Digitalisierung und nationale Rechtstraditionen
(Prof. Dr. *Jan Lieder*, LL.M. (Harvard), Universität Freiburg)

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.

Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung per
E-Mail gebeten.

Bitte teilen Sie auch mit, ob Sie am Empfang teilnehmen und
ob Sie damit einverstanden sind, auf der Teilnehmerliste ge-
nannt zu werden. Weitere Informationen über die Einrichtung
finden Sie unter www.notarrechtsinstitut.de.

Veranstaltungen des DAI

1. **Professioneller Umgang mit Klienten – Seminar für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**
(Musold)
6.11.2019 in Heusenstamm
13.11.2019 in Bochum
 2. **Zwangsversteigerungsrecht in der notariellen Vertragsgestaltung**
(Franck)
8.11.2019 in Oldenburg
 3. **Update Grundstückskaufvertrag**
(Krauß)
8.11.2019 in Kiel
9.11.2019 in Bochum
15.11.2019 in Papenburg
 4. **Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare**
(Berkefeld)
9.11.2019 in Homburg
30.11.2019 in Köln
 5. **Übergabeverträge im Grundbuch-, Sozial-, Pflichtteils- und Steuerrecht**
(Gibhardt)
9.11.2019 in München
 6. **Unterstützung bei der Abwicklung notarieller Amtsgeschäfte von A-Z**
(Tondorf)
13.11.2019 in Berlin
 7. **Aktuelle Probleme der notariellen Gestaltung im Erb- und Familienrecht**
(Keim/Müller-Engels/Reetz)
15.11.2019 in Potsdam
 8. **Notarielle Nachlassregelungen in der Praxis**
(Wegerhoff)
15.11.2019 in Kiel
 9. **Intensivkurs Gesellschaftsrecht**
(Heckschen/Heidinger/Kirschstein)
15.-16.11.2019 in Heusenstamm
 10. **Intensivseminar Grundstückskaufvertrag**
(Sikora)
22.-23.11.2019 in Heusenstamm
 11. **Die Gestaltung von Eheverträgen**
(Reetz)
22.11.2019 in Kassel
 12. **Modularer Lehrgang für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat: Modul 4 – GNotKG und Erbrecht**
(Tondorf)
25.-26.11.2019 in Stuttgart
 13. **Praxis der DSGVO im Notariat**
(Flache)
26.11.2019 in Oldenburg
 14. **Praxis der Handelsregisteranmeldung nebst Kostenrecht**
(Schmidt/Tondorf)
28.11.2019 in Köln
 15. **Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag**
(Krauß)
29.11.2019 in Berlin
30.11.2019 in Heusenstamm
 16. **Update Kostenrecht**
(Tondorf)
29.11.2019 in Kassel
 17. **Der Start ins Anwalts-Notariat**
(Tondorf)
7.12.2019 in Bochum
12.12.2019 in Heusenstamm
 18. **Modularer Lehrgang für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat: Modul 5 – Registeranmeldungen einschl. GNotKG**
(Tondorf)
9.-10.12.2019 in Stuttgart
- 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. Baltzer/Pauli: Vorsorgen mit Sorgenkindern. 2. Aufl., Beck, 2019. 278 S., 69 €
2. Böhringer/Dressler/Schneider/Meikel: GBV: Grundbuchverfügung. 11. Aufl., Heymanns, 2019. 716 S., 109 €
3. Dieckmann: Gesamthand und juristische Person. Mohr Siebeck, 2019. 667 S., 134 €
4. Eickmann/Böttcher: Grundbuchverfahrensrecht. 5. Aufl., Giesecking, 2019. 502 S., 59 €
5. Fleischhauer/Wochner: Handelsregisterrecht. 4. Aufl., Schmidt, 2019. 1.214 S., 138 €
6. Gehrlein/Witt/Volmer: GmbH-Recht in der Praxis. 4. Aufl., Recht und Wirtschaft, 2019. 624 S., 149 €
7. Goette/Goette: Die GmbH. 3. Aufl., Beck, 2019. 430 S., 69 €
8. Gummert: Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht. 3. Aufl., Beck, 2019. 1.262 S., 189 €
9. Jürgens: Betreuungsrecht: BtR. 6. Aufl., Beck, 2019. 959 S., 59 €
10. Meyer-Landrut: Formular-Kommentar GmbH-Recht. 4. Aufl., Heymanns, 2019. 1.476 S., 179 €
11. Muscheler: Stiftungsrecht. Nomos, 2019. 385 S., 88 €
12. Reibold/Seebach: Praxis des Notariats. 13. Aufl., Deubner, 2019. 850 S., 86,42 €
13. Schmid: Nachfolgebesteuerung. IDW, 2019. 792 S., 118 €
14. Schwab/Ernst: Handbuch Scheidungsrecht. 8. Aufl., Beck, 2019. 2.162 S., 169 €
15. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 2: Vorbem. §§ 620-630 – Beendigung von Dienst- und Arbeitsverhältnissen. 17. Aufl., De Gruyter, 2019. 743 S., 249 €
16. Viefhues: Die Dienstaufsicht in der notariellen Praxis. Deutscher Notarverlag, 2019. 167 S., 45 €
17. Werner/Saenger/Fischer: Die Stiftung. 2. Aufl., Nomos, 2019. 1.184 S., 138 €

STANDESNACHRICHTEN

PERSONALÄNDERUNGEN

1. Verstorben:

Notar a. D. Klaus Friedrich, München,
verstorben am 19.9.2019

2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 1.9.2019:

Notarin Jutta Schneider, Rockenhausen

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 15.10.2019:

Höchstädt a. d. Donau	dem Notarassessor Dr. Sebastian Sammet (bisher in München, Notarstellen Ruhland/ Ruhwinkel)
-----------------------	---

Mit Wirkung zum 1.11.2019:

Neumarkt-Sankt Veit	der Notarassessorin Dr. Katharina Hermannstaller (bisher in München, Notarstellen Dr. Schemmann/ Dr. Ludewig)
---------------------	--

Wertingen	dem Notar Dr. Christoph Suttmann (bisher in Hof)
-----------	--

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.9.2019:

Daniel Johannes Schneider, Ludwigshafen am Rh.
(Notarstellen Dr. Meyer/Dr. Wolf)

Mit Wirkung zum 1.10.2019:

Dr. Josef Eicher, Trostberg
(Notarstellen Mehler/Dr. Vierling)

Carina Kellner, Starnberg
(Notarstellen Klöcker/Volmer)

5. Sonstige Veränderungen

Notarassessor Dr. Maximilian Nikolai Lotz, München,
wurde mit Wirkung vom 11.6.2019 promoviert

Notarassessorin Bernadette Kell, Berlin,
ist auf eigenen Wunsch zum 1.9.2019 ausgeschieden

Notarassessor Dr. Daniel Widmann, München,
ist auf eigenen Wunsch zum 1.11.2019 ausgeschieden

ANSCHRIFTEN- UND RUFNUMMERN-ÄNDERUNGEN:

Klingenberg a. Main, Notarstelle Haßelbeck
Ludwigstraße 49, 63911 Klingenberg a. Main

Ludwigshafen am Rhein, Notarstellen Dr. Meyer/Dr. Wolf
Telefax: 0621 5910444

Nürnberg, Notarstelle Pöllmann-Budnick
Telefax: 0911 274388-88
E-Mail: info@notarin-poellmann-budnick.de

Mit Wirkung zum 2.12.2019:

Traunstein, Notarstelle Knab
Bahnhofplatz 2, 83278 Traunstein

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, 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.



Notare Bayern

www.notare.bayern.de