

6 **MittBayNot** Begründet 1864

Nov./Dez. 2014

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

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

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,
Notar in Roth

Schriftleitung:

Stefan Künkele,
Notarassessor

Anja Schaller,
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

Aufsätze

Weber: Entwirrung der Verwirrung? – Vereinigung und Bestandteilszuschreibung von unterschiedlich belasteten Grundstücken nach dem Gesetz zur Einführung des Datenbankgrundbuchs **497**

Amann: Zur Aussagekraft des im Grundbuch eingetragenen Gemeinschaftsverhältnisses **508**

Soutier: Schluss- und Ersatzerbeinsetzung in einem gemeinschaftlichen Testament für den Fall der Erbausschlagung durch den Längerlebenden **511**

Tonikidis: Die Gründung einer Einpersonen-GmbH durch einen vollmachtlosen Stellvertreter **514**

Rechtsprechung

Überlange Angebotsbindungsfrist in Bauträgervertrags-AGB (BGH, Urteil vom 17.1.2014, V ZR 5/12) **525**
mit Anmerkung *Herrler* **527**

Verkauf der „Anteile“ an der Instandhaltungsrücklage (OLG Köln, Beschluss vom 19.12.2013, 19 U 133/13) **531**
mit Anmerkung *Elzer* **532**

Auslegung eines Änderungsvorbehalts, der einem Schluss-erben eine Mindesterbquote sichert (OLG Köln, Beschluss vom 16.10.2013, 2 Wx 252/13) **538**
mit Anmerkung *Braun* **539**

Bindung an ein Untervermächtnis trotz zu Lebzeiten vorweggenommener Erfüllung des Hauptvermächtnisses (OLG Köln, Urteil vom 31.7.2013, 2 U 153/12) **540**
mit Anmerkung *Reymann* **544**

Keine Übertragung der Hauptversammlung in Vor- und Nebenräume (BGH, Beschluss vom 8.10.2013, II ZR 329/12) **546**
mit Anmerkung *Beck* **546**

Freigebiges Zuwendungs eines Gesellschaftsanteils an einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft (BFH, Urteil vom 18.9.2013, II R 63/11 [NV]) **564**
mit Anmerkung *Ziegler* **566**

Personelle Verflechtung im Rahmen einer Betriebsaufspaltung (BFH, Urteil vom 16.5.2013, IV R 54/11) **567**
mit Anmerkung *Wälzholz* **571**

Inhalt

Aufsätze

Weber: Entwirrung der Verwirrung? – Vereinigung und Bestandteilszuschreibung von unterschiedlich belasteten Grundstücken nach dem Gesetz zur Einführung des Datenbankgrundbuchs **497**

Amann: Zur Aussagekraft des im Grundbuch eingetragenen Gemeinschaftsverhältnisses – zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Zweibrücken vom 4.9.2013, 3 W 52/13 **508**

Soutier: Schluss- und Ersatzerbeinsetzung in einem gemeinschaftlichen Testament für den Fall der Erbausschlagung durch den Längerlebenden – zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Hamm vom 14.3.2014, I 15 W 136/13 **511**

Tonikidis: Die Gründung einer Einpersonen-GmbH durch einen vollmachtlosen Stellvertreter **514**

Tagungsberichte

Barth: Die Wirkungen des Heimfalles und der Beendigung des Erbbaurechts – Bewährungsprobe für den Erbbaurechtsvertrag **518**

Buchbesprechungen

Henssler/Strohn (Hrsg.): Gesellschaftsrecht (*Fackelmann*) **520**

Bormann/Diehn/Sommerfeldt: GNotKG – Gesetz über Kosten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für Gerichte und Notare (Gerichts- und Notarkostengesetz) – Kommentar (*Fackelmann*) **521**

Müller/Stöcker/Lieber: Die Organschaft (*Wälzholz*) **521**

Rechtsprechung

Bürgerliches Recht

Allgemeines

1. Keine Genehmigungsversagung bei Umgehung der Vorkaufsrechtsausübung (BGH, Beschluss vom 25.4.2014, BLw 5/13) **523**
2. Überlange Angebotsbindungsfrist in Bauträgervertrags-AGB (BGH, Urteil vom 17.1.2014, V ZR 5/12) **525**
mit Anmerkung *Herrler* **527**

Sachen- und Grundbuchrecht

3. Kein Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs durch Handelsregisterauszug, der Löschung einer juristischen Person wegen Vermögenslosigkeit ausweist (OLG München, Beschluss vom 10.6.2014, 34 Wx 167/14) **529**

Inhalt (Fortsetzung)

4. Nachträgliche Eintragung bisher nicht gebuchten (schuldrechtlichen) Sondernutzungsrechts
(OLG München, Beschluss vom 27.5.2014, 34 Wx 149/14) **530**
5. Verkauf der „Anteile“ an der Instandhaltungsrücklage
(OLG Köln, Beschluss vom 19.12.2013, 19 U 133/13) **531**
mit Anmerkung *Elzer* **532**
6. Bewilligungsbefugnis zur Löschung des in Gesamtgläubigerschaft bestehenden Rechts im Grundbuch
(OLG Zweibrücken, Beschluss vom 4.9.2013, 3 W 52/13) **533**

Familienrecht

7. Erfordernis der familiengerichtlichen Genehmigung der Übertragung eines Grundstücks auf einen Minderjährigen
(OLG Hamm, Beschluss vom 6.8.2014, I-15 W 94/14) **534**
8. Berücksichtigung von Schenkungen der Eltern eines Ehegatten beim Zugewinnausgleich
(OLG Brandenburg, Beschluss vom 27.3.2014, 9 UF 177/13) **535**

Erbrecht

9. Keine Ersatzerbeneinsetzung bei Ausschlagung der Erbschaft durch überlebenden Ehegatten
(OLG Hamm, Beschluss vom 14.3.2014, I 15 W 136/13) **537**
10. Auslegung eines Änderungsvorbehalts, der einem Schlusserben eine Mindesterbquote sichert
(OLG Köln, Beschluss vom 16.10.2013, 2 Wx 252/13) **538**
mit Anmerkung *Braun* **539**
11. Bindung an ein Untervermächtnis trotz zu Lebzeiten vorweggenommener Erfüllung des Hauptvermächtnisses
(OLG Köln, Urteil vom 31.7.2013, 2 U 153/12) **540**
mit Anmerkung *Reymann* **544**

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

12. Keine Übertragung der Hauptversammlung in Vor- und Nebenräume
(BGH, Beschluss vom 8.10.2013, II ZR 329/12) **546**
mit Anmerkung *Beck* **546**
13. Aufnahme eines Hinweises auf eine angeordnete Testamentsvollstreckung in einer eingereichten Gesellschafterliste
(OLG Köln, Beschluss vom 21.7.2014, 2 Wx 191/14) **549**
14. Mitübergang eines vinkulierten GmbH-Geschäftsanteils bei Abspaltung trotz Vinkulierung
(OLG Hamm, Urteil vom 16.4.2014, 8 U 82/13) **551**

Internationales Privatrecht

15. Fassung der Eintragung der Eigentumsvormerkung für kroatische Ehegatten
(OLG München, Beschluss vom 24.6.2013, 34 Wx 117/13) **556**

Inhalt (Fortsetzung)

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

16. Teilung und Vereinigung von Grundstücken nach der Beschlagnahme
(BGH, Beschluss vom 5.6.2014, V ZB 16/14) **558**

Beurkundungs- und Notarrecht

17. Wirksamkeit der Schiedsklausel in einem notariellen Grundstücks- und Geschäftsanteils-
kaufvertrag auch ohne Beurkundung der in Bezug genommenen Schiedsordnung
(BGH, Beschluss vom 24.7.2014, III ZB 83/13) **559**

Kostenrecht

18. Bewertung einer Mieterdienstbarkeit
(OLG München, Beschluss vom 11.1.2013, 34 Wx 244/12 Kost) **561**

Öffentliches Recht

19. Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts
(OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 17.3.2014, 20 WLw 7/13) **562**

Steuerrecht

20. Freigebige Zuwendung eines Gesellschaftsanteils an einer vermögensverwaltenden
Personengesellschaft
(BFH, Urteil vom 18.9.2013, II R 63/11 [NV]) **564**
mit Anmerkung *Ziegler* **566**
21. Personelle Verflechtung im Rahmen einer Betriebsaufspaltung
(BFH, Urteil vom 16.5.2013, IV R 54/11) **567**
mit Anmerkung *Wälzholz* **571**

Standesnachrichten 573

Sonstiges III

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

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

Schriftleitung: Notarassessor Stefan Künkele,
Notarassessorin Anja Schaller
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
80333 München

Druck: Mediengruppe Universal
Grafische Betriebe München GmbH,
Kirschstraße 16, 80999 München
Gedruckt auf Papier aus 100 % chlorfrei
gebleichten Faserstoffen

AUFSÄTZE

Entwirrung der Verwirrung? – Vereinigung und Bestandteilszuschreibung von unterschiedlich belasteten Grundstücken nach dem Gesetz zur Einführung des Datenbankgrundbuchs

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

Mit dem Gesetz zur Einführung eines Datenbankgrundbuchs (DaBaGG)¹ hat der Gesetzgeber die Grundbuchordnung (GBO) um Vorschriften zur Vereinigung und Bestandteilszuschreibung von Grundstücken ergänzt. Die neuen Bestimmungen betreffen zwar nur grundbuchverfahrensrechtliche Aspekte, sind aber gleichwohl auch für die nach materiellem Recht bestehenden Möglichkeiten von Grundstücksverbindungen von Bedeutung.

I. Vereinigung und Bestandteilszuschreibung

1. Materielles Recht (§ 890 BGB)

Der Eigentümer eines Grundstücks kann mehrere Grundstücke² im Wege der Vereinigung (§ 890 Abs. 1 BGB) oder der Bestandteilszuschreibung (§ 890 Abs. 2 BGB) rechtlich miteinander verbinden. Bei der Vereinigung verlieren die Grundstücke ihre Selbständigkeit. Sie werden zu Bestandtei-

len eines neuen Grundstücks.³ Die bei der Vereinigung vorhandenen Belastungen bestehen in ihrem bisherigen Umfang an den Grundstücksteilen fort, ohne dass es zu einer gesetzlichen Lastenerstreckung käme.⁴ Bei der Bestandteilszuschreibung wird das zugeschriebene Grundstück rechtlicher Bestandteil des Hauptgrundstücks.⁵ Auch bei der Bestandteilszuschreibung bleibt der Belastungsgegenstand der auf den Grundstücken lastenden Rechte unverändert. Eine Besonderheit gilt lediglich für auf dem Hauptgrundstück lastende Grundpfandrechte. Diese erstrecken sich kraft Gesetzes (§ 1131 Satz 1, § 1192 Abs. 1 BGB) auf das zugeschriebene Grundstück.⁶ Sie nehmen Rang nach den auf dem zugeschrie-

¹ Gesetz vom 1.10.2013, BGBI I, S. 3719.

² Zu Grundstücken im Sinne der Vorschrift zählen auch Wohnungseigentumsrechte und Wohnungserbbaurechte, vgl. BGH, Beschluss vom 26.9.2013, V ZB 152/12, NJW 2014, 1002, 1003 = Rpfleger 2014, 123 = NotBZ 2014, 97; OLG Hamm, Beschluss vom 27.7.2006, 15 W 202/05, MittBayNot 2007, 490, 491. Eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung ist nach h. M. nicht erforderlich, vgl. KG, Beschluss vom 27.6.1989, 1 W 2308/89, NJW-RR 1989, 1360 f.; Wohnungseigentum kann auf mehreren Flächen nur dann gebildet werden, wenn die Flächen ein Grundstück im Rechtssinne bilden (§ 1 Abs. 4 WEG). Dass es sich bei den Flächen um ein einziges Flurstück handelt, ist jedoch nicht erforderlich, *Staudinger/Rapp*, BGB, Stand 2005, § 1 WEG Rdnr. 25. Zur Vereinigung von Grundstücken und Erbbaurechten v. *Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Aufl. 2012, Rdnr. 5.178 ff.

³ BGH, Beschluss vom 24.11.2005, V ZB 23/05, DNotZ 2006, 288 = MittBayNot 2006, 227 m. Anm. *Morvilius*; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.1.2000, 3 Wx 438/99, NJW-RR 2000, 608, 609 = MittBayNot 2001, 74; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 286.

⁴ BGH, Urteil vom 21.10.1977, V ZR 121/75, DNotZ 1978, 156; *Palandt/Bassenge*, BGB, 73. Aufl. 2014, § 890 Rdnr. 4.

⁵ *Staudinger/Gursky*, BGB, Stand 2013, § 890 Rdnr. 43; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 652.

⁶ Nach h. M. gilt die Pfanderstreckung nicht für Reallasten, vgl. *Staudinger/Gursky*, § 890 Rdnr. 44; *Meikel/Böttcher*, GBO, 10. Aufl. 2009, § 6 Rdnr. 51 m. w. N.

benen Grundstück bestehenden Belastungen ein (§ 1131 Satz 2 BGB).

2. Grundbuchrecht (§§ 5 und 6 GBO)

§ 5 Abs. 1 Satz 1 und § 6 Abs. 1 Satz 1 GBO bestimmen, dass eine Vereinigung bzw. Bestandteilszuschreibung nur dann erfolgen soll, wenn von der Grundstücksverbindung keine Verwirrung zu besorgen ist. Die Besorgnis der Verwirrung besteht dann, wenn die Eintragungen im Grundbuch durch die Grundstücksverbindung derart unübersichtlich und schwer verständlich werden, dass der Rechtszustand nicht mit der erforderlichen Klarheit und Bestimmtheit erkennbar ist und Streitigkeiten der Berechtigten untereinander bzw. mit Dritten oder Verwicklungen insbesondere in der Zwangsversteigerung zu befürchten sind.⁷ Der Begriff der Verwirrung ist gerichtlich voll überprüfbar; dem Grundbuchamt steht kein Beurteilungsspielraum zu.⁸

Der grundbuchmäßige Vollzug der Verbindung führt dazu, dass die von der Maßnahme betroffenen Flurstücke unter einer laufenden Nummer als ein Grundstück gebucht werden. Sie bleiben in ihrem katastertechnischen Zuschnitt weiter bestehen.⁹

3. Katastertechnische Verschmelzung

Die jeweiligen Flurstücke können auch katastertechnisch miteinander verschmolzen werden,¹⁰ wenn sie zu einem Grundstück im Rechtssinne gehören.¹¹ Als rein vermessungstechnische Maßnahme hat die Verschmelzung keine Auswirkungen auf die rechtliche Zuordnung der Flurstücke.¹²

⁷ BayObLG, Beschluss vom 25.9.1996, 2 Z BR 78/96, DNotZ 1997, 398, 399 f.; OLG Brandenburg, Beschluss vom 31.3.2009, 5 Wx 9/09, RNotZ 2009, 539 f.; OLG Hamm, Beschluss vom 28.10.1997, 15 W 272/97, Rpfleger 1998, 155; OLG Hamm, Beschluss vom 27.7.2006, 15 W 202/05, DNotZ 2007, 225, 226; LG Augsburg, Beschluss vom 3.2.1998, 4 T 239/98, MittBayNot 1998, 187; Demharter, GBO, 29. Aufl. 2014, § 5 Rdnr. 13; Stöber, MittBayNot 2001, 281.

⁸ BayObLG, Beschluss vom 4.5.1977, BReg. 2 Z 35/76, BayObLGZ 1977, 119, 120; Bauer/v. Oefele/Waldner, GBO, 3. Aufl. 2013, §§ 5, 6 Rdnr. 25.

⁹ § 13 Abs. 1 i. V. m. § 6 Abs. 6 lit. c GBV, zur Darstellung der Eintragung im Grundbuch eingehend *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 641 ff.; *Meikel/Böttcher*, § 5 Rdnr. 69 ff. Eintragungen in den Abteilungen I bis III erfolgen nicht, da sich der Belastungsgegenstand weiterhin auf den bisherigen Grundstücksteil erstreckt. Gesamtgrundschulden wandeln sich im Falle der Bestandteilszuschreibung in eine Einzelgrundschuld um. Anderes gilt nur dann, wenn nach der Bestandteilszuschreibung die Grundpfandrechte nicht dasselbe Rangverhältnis haben, vgl. DNotI-Report 2014, 49, 50. Bei der Grundstücksvereinigung bleiben sie demgegenüber als Gesamtrechte weiter bestehen, vgl. *Staudinger/Gursky*, § 890 Rdnr. 34.

¹⁰ Vgl. Nr. 8.2. BayKatFA, abgedruckt Amtsblatt BayStMf 1995, S. 52. Die Flurstücke werden in Bayern künftig im Amtlichen Liegenschaftskataster-Informationssystem geführt. Nach Art. 5 Abs. 2 BayVermKatG ist das Liegenschaftskataster amtliches Verzeichnis der Grundstücke i. S. v. § 2 Abs. 2 GBO. Nach Art. 7 BayVermKatG i. V. m. Art. 4.3 BayGBGA ändert das Grundbuchamt die Bestandsangaben aufgrund der Mitteilung des Vermessungsamtes. Zur Verknüpfung von Grundbuch und Liegenschaftskataster siehe *Hügel/Holzer*, Beck'scher Online-Kommentar GBO, Stand: 1.4.2014, § 2 Rdnr. 26 ff.

¹¹ Nr. 8.2. BayKatFA; *Hügel/Kral*, § 5 Rdnr. 5; *Bauer/v. Oefele/Waldner*, §§ 5, 6 Rdnr. 6.

¹² *Bengel/Bauer/Weidlich*, Grundbuch, Grundstück, Grenze, 5. Aufl. 2000, §§ 5, 6 Rdnr. 24.

Nach Auffassung von Rechtsprechung¹³ und h. L.¹⁴ kann eine katastertechnische Verschmelzung wegen Besorgnis der Verwirrung unzulässig sein, auch wenn die der Verschmelzung vorausgehende rechtliche Verbindung der Grundstücke als solche keine Verwirrung begründet und mit § 5 Abs. 1 bzw. § 6 Abs. 1 GBO vereinbar ist. Dass für die katastertechnische Verschmelzung strengere Maßstäbe als für die rechtliche Verbindung gelten, ist einleuchtend. Denn nach der katastertechnischen Verschmelzung der Flurstücke ist aus den aktuellen Eintragungen im Grundbuch nicht mehr ersichtlich, auf welchem Flurstück die Rechte lasten.¹⁵

Allerdings ist noch nicht eindeutig geklärt, auf welcher Rechtsgrundlage die grundbuchrechtlichen Maßstäbe der Verwirrungsgefahr in das Katasterrecht Eingang finden. Die bislang überwiegende Ansicht nahm an, dass der im materiellen Recht verankerte Bestimmtheitsgrundsatz verletzt wird, wenn eine Verschmelzung zu verwirrenden Verhältnissen im Grundbuch führt.¹⁶ Angesichts der engen Verknüpfung von Liegenschaftskataster und Grundbuch (§ 2 Abs. 2 GBO) erscheint es jedoch naheliegend, den Rechtsgedanken von § 5 Abs. 1 Satz 1 und § 6 Abs. 1 Satz 1 GBO als Ausprägung des Bestimmtheitsgrundsatzes entsprechend anzuwenden.

II. Unterschiedliche Belastung mit Verwertungsrechten – bisheriger Meinungsstand

Breiten Raum nahm bislang die Frage ein, ob eine Verwirrungsgefahr besteht, wenn die zu verbindenden Grundstücke unterschiedlich mit Verwertungsrechten belastet sind. Rechtsprechung¹⁷ und h. L.¹⁸ hielten eine Vereinigung bzw. Bestandteilszuschreibung für zulässig, lehnten aber die Mög-

¹³ BGH, Beschluss vom 26.9.2013, V ZB 152/12, NJW 2014, 1002, 1003; BayObLG, Beschluss vom 18.11.1993, 2 Z BR 108/93, DNotZ 1994, 242, 244; KG, Beschluss vom 27.6.1989, 1 W 2309/89, NJW-RR 1989, 1360; OLG Brandenburg, Beschluss vom 31.3.2009, 5 Wx 9/09, RNotZ 2009, 539 f.; OLG Celle, Beschluss vom 5.11.2013, 4 W 192/13, BeckRS 2013, 19530; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.1.2000, 3 Wx 438/99, NJW-RR 2000, 608, 609; OLG Hamm, Beschluss vom 28.10.1997, 15 W 272/97, Rpfleger 1998, 154; OLG Jena, Beschluss vom 15.4.2013, 9 W 180/13, NotBZ 2013, 312; OLG Schleswig, Beschluss vom 17.2.1982, 2 W 4/82, Rpfleger 1982, 371, 372; LG Augsburg, Beschluss vom 3.2.1998, 4 T 239/98, MittBayNot 1998, 187, 188; LG München I, Beschluss vom 19.8.2003, 13 T 15066/03, MittBayNot 2004, 131; LG Münster, Beschluss vom 4.11.1997, 5 T 836/97, NJW-RR 1998, 1242; LG Münster, Beschluss vom 30.8.2001, 5 T 762/01, Rpfleger 2002, 22 f.; LG Wuppertal, Beschluss vom 11.10.1994, 6 T 779/94, MittRhNotK 1995, 65, 66. Für Unzulässigkeit katastertechnischer Verschmelzung bei der Belastung mit unterschiedlichen Grundpfandrechten auch BayObLG, Beschluss vom 4.5.1977, BReg. 2 Z 35/76, BayObLGZ 1977, 119, 121.

¹⁴ *Bauer/v. Oefele/Waldner*, §§ 5, 6 Rdnr. 28; *Böttcher*, ZfIR 2010, 6, 9; *Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann*, GBO, 6. Aufl. 2006, § 5 Rdnr. 13; *Meikel/Böttcher*, § 5 Rdnr. 35; *Röll*, DNotZ 1968, 523, 534 ff.; *Staudinger/Gursky*, § 890 Rdnr. 14; *Wendt*, Rpfleger 1983, 192.

¹⁵ Vgl. BayObLG, Beschluss vom 4.5.1977, BReg. 2 Z 35/76, BayObLGZ 1977, 119, 121.

¹⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.1.2000, 3 Wx 438/99, NJW-RR 2000, 608, 609; OLG Hamm, Beschluss vom 28.10.1997, 15 W 272/97, Rpfleger 1998, 154 f.; *Böttcher*, BWNotZ 1986, 73, 87; eingehend *Wendt*, Rpfleger 1983, 192, 196 ff.; *ders.*, Rpfleger 1994, 456 ff.; a. A. *Stöber*, MittBayNot 2001, 281, 284 f.; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 638.

¹⁷ Vgl. Fn. 13. Für Zulässigkeit der katastertechnischen Verschmelzung ursprünglich sogar BayObLG, Beschluss vom 6.3.1980, 2 Z 17/79, Rpfleger 1980, 191 m. abl. Anm. *Meyer-Stolte* (aufgegeben von BayObLG, Beschluss vom 18.11.1993, 2 Z BR 108/93, DNotZ 1994, 242); ebenso wohl auch LG Hildesheim, Beschluss vom 19.12.1980, 5 T 528/80, Rpfleger 1981, 107 m. abl. Anm. *Meyer-Stolte*. Vgl. zum Ganzen DNotI-Report 2006, 189, 190.

¹⁸ Vgl. Fn. 14.

lichkeit einer katastrertechnischen Verschmelzung ab. Die rechtliche Verbindung der Grundstücke als solche lasse keine Verwirrung besorgen, da die Flurstücke unter einer laufenden Nummer vorgetragen würden und sich aus Abteilung III Spalte 2 ergebe, auf welches bisherige Grund- und Flurstück sich das Grundpfandrecht erstreckt.¹⁹ Nach einer in der Literatur vertretenen strengeren Auffassung²⁰ waren sowohl eine rechtliche als auch eine katastrertechnische Verbindung unzulässig. Bereits die rechtliche Vereinigung ungleichartig mit Verwertungsrechten belasteter Grundstücke könne zu Verwicklungen in der Zwangsversteigerung führen.

III. Neuregelung für Verwertungsrechte durch § 5 Abs. 1 Satz 2 und § 6 Abs. 2 GBO

Der Gesetzgeber hat die Einführung des Datenbankgrundbuchs zum Anlass genommen, die seit Jahrzehnten umstrittene Frage der Verbindung ungleichartig mit Verwertungsrechten belasteter Grundstücke zu beantworten. Bei den Bestimmungen handelt es sich zwar nur um Verfahrensnormen. Sie haben aber Auswirkungen auf die nach materiellem Recht bestehenden Möglichkeiten der rechtlichen Verbindung von Grundstücken, da sie die Voraussetzungen für deren Eintragung näher ausgestalten. Dass nach der Wertung des § 1131 Satz 2 BGB an sich eine unterschiedliche Belastung mit Grundpfandrechten möglich ist, spielt nach der Neufassung der §§ 5 und 6 GBO keine Rolle mehr.

1. Keine rechtliche Verbindung bei ungleichartiger Belastung mit Verwertungsrechten

Der Begriff der Verwirrung wird in § 5 Abs. 1 Satz 2 GBO n. F. in einem Regelbeispiel konkretisiert. Hiernach „soll eine Vereinigung insbesondere dann unterbleiben, wenn die Grundstücke im Zeitpunkt der Vereinigung entweder mit unterschiedlichen Grundpfandrechten oder Reallasten“ (Nr. 1) oder „mit denselben Grundpfandrechten oder Reallasten in unterschiedlicher Reihenfolge“ (Nr. 2) belastet sind. Für die Bestandteilszuschreibung ordnet das Gesetz die entsprechende Anwendung von § 5 Abs. 1 Satz 2 GBO an (§ 6 Abs. 2 GBO n. F.).

Der Gesetzgeber hat sich damit der strengeren Auffassung angeschlossen.²¹ Ähnliche Vorgaben enthielten bereits mehrere landesrechtliche Vorschriften zur Beschränkung der Vereinigung von Grundstücken.²²

¹⁹ Siehe etwa BGH, Beschluss vom 26.9.2013, V ZB 152/12, NJW 2014, 1002, 1003; KG, Beschluss vom 27.6.1989, 1 W 2309/89, NJW-RR 1989, 1360, 1362; LG Wuppertal, Beschluss vom 11.10.1994, 6 T 779/94, MittRhNotK 1995, 65, 66; eingehend *Wendt*, Rpfleger 1983, 192, 196 ff.

²⁰ *Morvilius*, MittBayNot 2006, 229, 231; *Stöber*, MittBayNot 2001, 281, 283 ff.; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 635 f.; *Meyer-Stolte*, Rpfleger 1980, 191; *ders.*, Rpfleger 1981, 107.

²¹ RegE, BT-Drucks. 17/12635, S. 17 unter Bezugnahme auf *Stöber*, MittBayNot 2001, 281; *Böhringer*, NotBZ 2014, 99; *Hügel/Kral*, § 5 Rdnr. 31.

²² RegE, BT-Drucks. 17/12635, S. 17 unter Hinweis auf § 22 AGBGB Hessen und § 19 AGBGB Rheinland-Pfalz. Abs. 1 Satz 1 der genannten Vorschriften bestimmt jeweils, dass eine Vereinigung „nur zulässig“ ist, wenn die Grundstücke „nicht oder nur mit denselben Rechten belastet sind“. Absatz 2 regelt, dass „eine Dienstbarkeit oder eine Reallast einer Vereinigung oder Zuschreibung nicht entgegen“ steht, „wenn mit ihr ein Grundstücksteil nach § 7 Abs. 2 GBO ohne vorherige Abschreibung belastet werden könnte“. Eine entsprechende Regelung gibt es im Saarland (§ 23 AGJusG). Eine etwas allgemeiner gefasste Vorschrift enthält § 30 Satz 1 AGBGB Baden-Württemberg: Die Vereinigung ist hiernach nur zulässig, wenn die beteiligten Grundstücke nicht „mit unterschiedlichen Grundpfandrechten belastet sind“. Die Grundlage für die landesrechtlichen Bestimmungen, Art. 119 Nr. 3 EGBGB, wurde durch das DaBaGG aufgehoben.

2. Zweck der Neuregelung

Ziel der Neuregelung ist es in erster Linie, praktischen Problemen bei der Zwangsversteigerung ungleichartig belasteter Grundstücke zu begegnen und eine Belastung von realen Teilflächen mit Verwertungsrechten auszuschließen.²³

a) Zwangsversteigerungsrechtliche Probleme

aa) Rechtsprechung des BGH

Wie die Zwangsversteigerung in Grundstücke erfolgt, deren reale Teilflächen mit Grundpfandrechten unterschiedlich belastet sind, war lange Zeit unklar. Der BGH hatte im Jahre 2005 Gelegenheit, hierzu Stellung zu nehmen.²⁴ In dem zugrunde liegenden Fall wurde ein mit einer Grundschild belastetes Grundstück mit weiteren Grundstücken vereinigt und katastrertechnisch verschmolzen, ohne dass eine Pfanderstreckung der Grundschild erfolgte. Nach Auffassung des BGH kann der Gläubiger dieser Grundschild einem laufenden Zwangsversteigerungsverfahren auch dann beitreten (§ 27 ZVG), wenn sich dieses Verfahren auf das Gesamtgrundstück und nicht nur auf den von der Grundschild belasteten Grundstücksteil bezieht. Die Vorschriften über die gemeinsame Versteigerung mehrerer Grundstücke müssten entsprechende Anwendung finden.²⁵ Versteigerungsgegenstand seien die einzelnen (ehemaligen) Flurstücke; diese seien im Versteigerungsverfahren wie Grundstücke im Rechtssinne zu behandeln.²⁶

bb) Beispiel

Welche Verwicklungen sich in der Zwangsversteigerung bei unterschiedlichen Belastungen mit Grundpfandrechten ergeben, lässt sich an einem Beispielfall²⁷ veranschaulichen:

Das Grundstück G1 ist mit einer Grundschild GS1 belastet, das Grundstück G2 mit der Grundschild GS2. Das Grundstück G1 wird dem Grundstück G2 als Bestandteil zugeschrieben. Auf dem Gesamtgrundstück wird nunmehr die (nachrangige) Grundschild GS3 bestellt. An dem ehemaligen Grundstück G1 steht GS1 an erster Rangstelle, gefolgt von GS2 und GS3. An dem ehemaligen Grundstück G2 lastet an erster Rangstelle GS2, gefolgt von GS3. Die Gläubiger GS1 und GS3 beantragen nunmehr die Zwangsversteigerung. Da Gläubiger GS1 die Zwangsversteigerung nur in einen Grundstücksteil (das ehemalige Grundstück G1) betreibt, sind die Grundstücksteile (Flurstücke) einzeln auszubieten (§§ 18, 63 Abs. 1 Satz 1 ZVG analog).²⁸ Für die Grundstücksteile sind jeweils getrennte Verkehrswerte festzusetzen (§ 74a Abs. 5 Satz 1 ZVG analog). Beim Einzelausgebot fallen in das geringste Gebot (§ 44 Abs. 1 ZVG) für das Grundstück G1

²³ Vgl. RegE, BT-Drucks. 17/12635, S. 17.

²⁴ BGH, Beschluss vom 24.11.2005, V ZB 23/05, DNotZ 2006, 288 = MittBayNot 2006, 227. Eingehend hierzu *Morvilius*, MittBayNot 2006, 229; *Böttcher*, ZVG, 5. Aufl. 2010, Einl. Rdnr. 17a; *ders.*, ZfIR 2010, 6, 7. Vgl. zur Problematik bereits *Stöber*, MittBayNot 2001, 281 ff.

²⁵ BGH, Beschluss vom 24.11.2005, V ZB 23/05, DNotZ 2006, 288, 290; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.1.2000, 3 Wx 438/99, NJW-RR 2000, 608, 609; *Wendt*, Rpfleger 1983, 192, 196.

²⁶ BGH, Beschluss vom 24.11.2005, V ZB 23/05, DNotZ 2006, 288, 289.

²⁷ Stark vereinfachter Sachverhalt von BGH, Beschluss vom 24.11.2005, V ZB 23/05, DNotZ 2006, 288.

²⁸ Vgl. BGH, Beschluss vom 24.11.2005, V ZB 23/05, DNotZ 2006, 288, 290; *Böttcher*, ZfIR 2010, 6, 7. Nach § 63 Abs. 4 ZVG erfolgt kein Einzelausgebot, wenn sämtliche der anwesenden Beteiligten, deren Rechte bei der Feststellung des geringsten Gebotes nicht zu berücksichtigen sind, auf ein Einzelausgebot verzichtet haben.

keine Rechte, bei Grundstück G2 ist die Grundschuld GS2 zu berücksichtigen. Mit dem Zuschlag werden die Grundstücke ipso iure geteilt.²⁹ Die nachrangigen Grundschulden auf dem Grundstück G1 erlöschen (§ 52 Abs. 1 Satz 2 ZVG) und sind aus dem Versteigerungserlös von G1 zu befriedigen.

Ein Gesamtausgebot der beiden Grundstücksteile erfolgt dann, wenn sich ein einheitliches Bauwerk über die verschiedenen Grundstücksteile erstreckt (§ 63 Abs. 1 Satz 2 ZVG analog) oder wenn ein Verfahrensbeteiligter einen Antrag hierzu stellt (§ 63 Abs. 2 Satz 1 ZVG analog). Im Falle des Gesamtausgebots besteht die Besonderheit, dass das geringste Gebot die Grundschuld GS2 nur insoweit mit einbezieht, als sie sich auf das Grundstück G2 erstreckt. Würde der Zuschlag im Wege des Gesamtausgebots erfolgen, würde die Grundschuld GS2 am Grundstücksteil G2 bestehen bleiben, am Grundstücksteil G1 jedoch erlöschen.

cc) Keine Zwangsversteigerung in reale Teilflächen

Sind einzelne Grundstücksteile mit Verwertungsrechten belastet, steht dies in Widerspruch zu § 7 Abs. 1 GBO.³⁰ Nach dieser Vorschrift muss ein Grundstück abgeschrieben und als selbständiges Grundstück im Grundbuch vorgetragen werden, wenn ein Grundstücksteil mit einem Recht belastet wird. Auch Gegenstand der Zwangsversteigerung (§ 15 ZVG) kann grundsätzlich nur ein Grundstück im Rechtssinne, nicht jedoch ein Grundstücksteil sein.³¹ Diesen Wertungen wird § 5 Abs. 1 Satz 2 GBO n. F. mit dem Gleichbelastungsgebot für Verwertungsrechte gerecht. Die Neuregelung stellt sicher, dass die Gläubiger von Grundpfandrechten und Reallasten die Zwangsversteigerung in das gesamte Grundstück betreiben können. Indem die Grundpfandrechte im selben Rangverhältnis stehen, ist es außerdem ausgeschlossen, dass eine Grundschuld in das geringste Gebot (§ 44 Abs. 1 ZVG) nur hinsichtlich einer Teilfläche fällt und es nach Erteilung des Zuschlags damit zu einer Belastung eines realen Grundstücksteils mit einem Verwertungsrecht kommt.

Zwar hat die Rechtsprechung in der unterschiedlichen Belastung eines Grundstücks mit Grundpfandrechten bislang kein erhebliches Problem gesehen und mit der analogen Anwendung der Vorschriften über die Versteigerung mehrerer Grundstücke einen praxismgerechten Lösungsweg entwickelt.³² Dessen ungeachtet hat der Gesetzgeber nunmehr die Entscheidung getroffen, dass eine Zwangsversteigerung in einzelne Teilflächen ausgeschlossen sein soll. Deswegen wurde auch § 7 Abs. 2 GBO dahingehend abgeändert, dass eine reale Teilfläche nur noch mit einer Dienstbarkeit, aber nicht mehr mit einer Reallast belastet werden kann.³³

dd) Verteilungsprobleme

Schwierigkeiten können auch im Rahmen der Erlösverteilung entstehen. Erfolgt der Zuschlag auf Einzelausgebote von mit unterschiedlichen Verwertungsrechten belasteten Grundstücken, ist der Erlös nach gesonderten Teilungsmassen (§ 107 ZVG) und Teilungsplänen (§ 113 f. ZVG) zu verteilen. Mit Blick auf an mehreren Grundstücksteilen lastende Verwertungsrechte ist § 122 ZVG analog anzuwenden.

²⁹ BGH, Beschluss vom 24.11.2005, V ZB 23/05, DNotZ 2006, 288, 290.

³⁰ Vgl. *Morvilius*, MittBayNot 2006, 229, 230. Vgl. auch *Güthe/Triebel*, GBO, 5. Aufl. 1936, § 7 Rdnr. 3.

³¹ *Hintzen/Engels/Rellermeyer/Hintzen*, Vor § 15 Rdnr. 2.

³² Vgl. Fn. 13.

³³ Zu diesem Wertungswiderspruch zu Grundpfandrechten bereits *Güthe/Triebel*, § 7 Rdnr. 3.

Im Beispielsfall hat dies zur Folge, dass aus dem Erlös für G1 zunächst die erloschene Grundschuld GS1 zu befriedigen ist (§ 12 ZVG). Bezüglich der Grundschuld GS2 gilt für den Erlös aus G1 und G2, dass die wiederkehrenden Leistungen der Grundschuld (Zinsen gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 4, § 13 Abs. 1 ZVG) aus dem Bargebot für G2 zu berichtigen sind (§ 45 Abs. 2 ZVG). Nach § 122 Abs. 1 Satz 1 ZVG sind diese Zinsansprüche aus GS2 – vorbehaltlich einer anderweitigen Bestimmung (§ 1132 Abs. 1 Satz 2 BGB) – nach dem Verhältnis der Erlöse aufzuteilen, wobei die vorgehenden Ansprüche zu berücksichtigen sind. Die an G1 erloschene Grundschuld ist anteilig aus dem Erlös zu befriedigen, gleichfalls die an G1 und G2 erloschene Grundschuld GS3. Soweit die Grundschuld GS2 aus dem Erlös von G1 gedeckt werden kann, erlischt die Grundschuld auch an G2 (§ 1181 Abs. 2 BGB). Um eine Bereicherung des Erstehers von G2 zu verhindern, hat der Ersteher von G2 gemäß § 50 Abs. 2 Nr. 2 ZVG einen Zuzahlungsbetrag für die an G2 erloschene und in das Einzelausgebot fallende Grundschuld zu leisten. Nach § 125 Abs. 1 ZVG ist die Forderung an den nächstausfallenden Gläubiger (evtl. G3) zu übertragen. Die Forderung ist durch Sicherungshypotheken (§ 128 ZVG) zu sichern.³⁴ Ein etwaiger Resterlös würde dem Schuldner zugutekommen.³⁵

Kommt es zu einem Gesamtausgebot, sind nach § 112 ZVG analog verschiedene Teilungsmassen nach dem Verhältnis der Grundstückswerte zu bilden.³⁶

Für den Beispielsfall bedeutet dies, dass die vom Versteigerungsgericht gemäß § 74a Abs. 5 ZVG festgesetzten Werte herangezogen werden müssen und eine Teilung des Erlöses (entsprechend den Grundsätzen für Einzelausgebote) nach dem Verhältnis der Grundstückswerte erfolgt. Einer Zuzahlung nach § 50 Abs. 2 Nr. 2 ZVG bedarf es hier nicht, da es zum Erlöschen der Grundschuld nur aufgrund eines Zutuns des Erstehers kommt.³⁷

b) Kein allgemeines Gleichbelastungsgebot

Der Gesetzgeber ist nicht so weit gegangen, ein Gleichbelastungsgebot für sämtliche Rechte mit Ausnahme der in § 7 Abs. 2 GBO genannten Dienstbarkeiten zu normieren. Der erste Diskussionsentwurf des BMJ vom 6.7.2011³⁸ hatte in § 5 Abs. 1 Nr. 1 GBO-E ein Gleichbelastungsgebot für sämtliche Rechte vorgesehen und nur Dienstbarkeiten und Vorkaufsrechte von diesem Erfordernis ausgenommen. Der spätere Gesetzesentwurf beschränkte das Erfordernis gleicher Rangbelastungen in § 5 Abs. 1 Satz 2 GBO sodann aber nur noch auf Grundpfandrechte und Reallasten. Mit Blick auf sonstige Rechte müsse in jedem Einzelfall geprüft werden, ob eine Verwirrung zu besorgen sei.³⁹

c) Probleme bei späterer katastertechnischer Verschmelzung?

Die strengere Ansicht, der sich der Gesetzgeber nunmehr angeschlossen hat, lehnte die rechtliche Verbindung von unterschiedlich mit Grundpfandrechten belasteten Grundstücken u. a. auch deswegen ab, weil eine spätere Flurstücksverschmelzung der vereinigten Grundstücke möglich sei. Die

³⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 9.12.1966, V ZR 12/64, BGHZ 46, 246; *Morvilius*, MittBayNot 2006, 227, 230.

³⁵ Vgl. *Hintzen/Engels/Rellermeyer/Hintzen*, § 50 Rdnr. 1.

³⁶ Vgl. RG, Urteil vom 15.12.1920, V 140/20, RGZ 101, 117, 120 f.; *Stöber*, ZVG, 20. Aufl. 2012, § 112 Rdnr. 22.

³⁷ *Stöber*, ZVG, 20. Aufl. 2012, § 50 Rdnr. 4.1.

³⁸ Entwurf vom 28.5.2014, S. 1, 17, abrufbar unter bundesgerichtshof.de/DE/Bibliothek/GesMat/gesmat_node.html.

³⁹ Begründung RegE, BT-Drucks. 17/12635, S. 18.

Flurstücksverschmelzung führe in jedem Falle zu verwirrenden Verhältnissen.⁴⁰ Das Grundbuchamt dürfe die Eintragung der Verschmelzung aber nicht verweigern, sondern sei gehalten, den Verwaltungsakt zu vollziehen (vgl. § 2 Abs. 2 GBO i. V. m. Art. 5 Abs. 2 BayVermKatG).⁴¹ Deswegen führe bereits die Möglichkeit einer späteren Verschmelzung zur Unzulässigkeit einer rechtlichen Verbindung der Grundstücke. Hieran ist zwar zutreffend, dass die Entscheidung des Katasteramts über die Verschmelzung zweier Flurstücke als Verwaltungsakt⁴² für das Grundbuchamt bindend ist.⁴³ Wie bereits dargestellt,⁴⁴ müssen die Wertungen von §§ 5 und 6 GBO für die Flurstücksverschmelzungen aber entsprechend gelten. Deshalb hat das Katasteramt den Verwaltungsakt wieder aufzuheben und die Verschmelzung durch eine entsprechende Zerlegung rückgängig zu machen, wenn sie im Grundbuch zu verwirrenden Verhältnissen führt.⁴⁵

Dass die Möglichkeit einer späteren katastertechnischen Verschmelzung für die Neuregelung von §§ 5 und 6 GBO kein ausschlaggebendes Gesetzesmotiv war, wird bereits in der Gesetzessystematik deutlich. Ein allgemeines Gleichbelastungsgebot wurde ausschließlich für Grundpfandrechte eingeführt. Eine katastertechnische Verschmelzung kann aber nicht nur bei Grundpfandrechten, sondern auch bei anderen dinglichen Rechten zur Verwirrung führen (z. B. evtl. bei Belastung eines Grundstücks mit einem Vorkaufsrecht).⁴⁶ Es bleibt daher bei der bisherigen Rechtslage, dass künftige Ereignisse und damit auch mögliche spätere katastertechnische Verschmelzungen als solche keine Verwirrungsgefahr begründen können.⁴⁷

3. Unterschiedliche Belastung mit Verwertungsrechten

Eine Vereinigung von Grundstücken ist dann unzulässig, wenn die Grundstücke mit unterschiedlichen Grundpfandrechten oder Reallasten belastet sind (§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GBO). Sind die Grundstücke mit denselben Grundpfandrechten und Reallasten belastet, dürfen die Rechte nicht in unterschiedlicher Rangfolge stehen (§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GBO).

⁴⁰ Stöber, MittBayNot 2001, 281, 284 f.; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 638.

⁴¹ Stöber, MittBayNot 2001, 281, 284 f.; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 638; a. A. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.1.2000, 3 Wx 438/99, NJW-RR 2000, 608, 609; OLG Hamm, Beschluss vom 28.10.1997, 15 W 272/97, Rpfleger 1998, 154 f.; *Böttcher*, BWNotZ 1986, 73, 87; eingehend *Wendt*, Rpfleger 1983, 192, 196 ff.; *ders.*, Rpfleger 1994, 456 ff.

⁴² So bereits BVerwG, Urteil vom 5.11.1965, IV C 59/65, NJW 1966, 609, 610.

⁴³ Vgl. BayObLG, Beschluss vom 25.9.1981, BReg. 2 Z 22/81, BayObLGZ 1981, 324, 329; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.11.1987, 3 Wx 389/87, OLGZ 1988, 58, 60; OLG München, Beschluss vom 22.7.2011, 34 Wx 148/11, DNotZ 2012, 142, 143; *Demharter*, § 2 Rdnr. 24; *ders.*, FGPrax 2007, 106.

⁴⁴ Vgl. oben I. 3.

⁴⁵ Als Rechtsgrundlage mag man hierfür § 7 Satz 2 BayVermKatG heranziehen. Sonst ließe sich auch die Anwendung von § 48 BayVwVfG in Erwägung ziehen. Das Vermessungsamt hat sich vor Verschmelzung über den Grundbuchinhalt und eine Verwirrungsgefahr zu vergewissern, *Wendt*, Rpfleger 1983 191, 198; *ders.*, Rpfleger 1994, 456, 457.

⁴⁶ Vgl. Fn. 82.

⁴⁷ OLG Brandenburg RNotZ 2009, 539 f.; OLG Hamm Rpfleger 1998, 155; LG Augsburg MittBayNot 1998, 187; LG Münster NJW-RR 1998, 1242; *Bauer/v. Oefe/Waldner*, §§ 5, 6 Rdnr. 26. Dies gilt auch dann, wenn das Grundbuchamt Kenntnis von einer beabsichtigten späteren Flurstücksverschmelzung haben sollte, *Wendt*, Rpfleger 1994, 456, 457.

a) Belastung nur eines Grundstücks mit einem Verwertungsrecht

Ist nur eines der zu vereinigenden Grundstücke mit einem Grundpfandrecht belastet, das andere jedoch lastenfrei, fragt sich, ob eine Vereinigung auch ohne Pfanderstreckung möglich ist. Weil die Grundstücksteile nach der Vereinigung nur mit einem Grundpfandrecht, nicht jedoch mit „Grundpfandrechte[n]“ belastet sind, scheint der Wortlaut des § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GBO auf die Zulässigkeit einer Vereinigung hinzudeuten. Dieses Ergebnis wäre aber nicht überzeugend.⁴⁸ Wird das Grundpfandrecht nicht auf den weiteren Grundstücksteil erstreckt, könnte der Grundschuldgläubiger eine Zwangsversteigerung nicht in das gesamte Grundstück, sondern nur in den Grundstücksteil betreiben. Dies würde aber dem Normzweck von § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GBO und der Wertung von § 7 Abs. 1 GBO sowie § 15 ZVG zuwiderlaufen.

b) Erforderlichkeit einer Vollstreckungsunterwerfung mit Blick auf den unbelasteten Grundstücksteil?

Nicht abschließend geklärt ist, ob Verwirrung auch dann zu besorgen ist, wenn die Grundpfandrechte zwar in demselben Rangverhältnis stehen, sich die dingliche Vollstreckungsunterwerfung (§ 794 Abs. 1 Nr. 5, § 800 ZPO) aber nur auf den bisher mit dem Grundpfandrecht belasteten Grundstücksteil bezieht.

Bei der Bestandteilszuschreibung ergeben sich im Hinblick auf Grundpfandrechte des Hauptgrundstücks keine Probleme. Denn diese erstrecken sich samt dinglicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung kraft Gesetzes (§ 1131 Satz 1 BGB) auf das zugeschriebene Grundstück.⁴⁹ Anderes gilt jedoch für den Fall der Vereinigung. Hier bedarf es für die sofortige Vollstreckbarkeit in den bislang unbelasteten Grundstücksteil einer gesonderten Zwangsvollstreckungsunterwerfung (§ 794 Abs. 1 Nr. 5, § 800 ZPO). Nach dem Normzweck der Neufassung von § 5 Abs. 1 Satz 2 GBO spricht viel dafür, dass das jeweilige Verwertungsrecht einheitlich vollstreckbar sein muss.⁵⁰ § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GBO stellt zwar maßgeblich darauf ab, dass es sich um „unterschiedliche Grundpfandrechte“ handelt. Diesen Begriff wird man aber erweiternd dahingehend auslegen müssen, dass er sich nicht nur auf das Verwertungsrecht als solches, sondern auch auf seine Vollstreckbarkeit bezieht. Beantwortet man die Frage anders, bestünde die Gefahr einer sofortigen Vollstreckung in den Grundstücksteil, wenn der Gläubiger – was in vielen Fällen naheliegt – nicht den Aufwand betreibt, einen Duldungstitel (§ 1147 BGB) hinsichtlich des anderen Grundstücksteils zu erstreiten. Es wäre auch nicht statthaft, die Zwangsvollstreckung in den Grundstücksteil zu untersagen, wenn der Gläubiger über keinen Titel hinsichtlich des gesamten Grundstücks verfügt. Denn nach materiellem Recht wandelt sich bei der Vereinigung die Grundschuld trotz Pfanderstreckung in keine Einzelgrundschuld um. Es entsteht lediglich eine Gesamtgrundschuld (§ 1132 Abs. 1 BGB).⁵¹ Die Rechtsdurchsetzung

⁴⁸ So auch *Böttcher*, NJW 2014, 978, 979; anders wohl *H. Simon*, Rpfleger 2014, 125, 126.

⁴⁹ BayObLG, Beschluss vom 3.11.1954, BReg. 2 Z 121/54, BayObLGZ 1954, 258, 270; DNotI-Report 1997, 97, 98; *Böttcher*, BWNotZ 1986, 73, 78; MünchKommZPO/Wolfsteiner, 4. Aufl. 2012, § 800 Rdnr. 16; *Röll*, DNotZ 1968, 523, 530; *Stöber*, § 16 Rdnr. 3.10.

⁵⁰ So bereits BayObLG, Beschluss vom 16.3.1929, Reg III 24/1929, BayObLGZ 1929, 162, 166 f.; *Böttcher*, BWNotZ 1986, 73, 78; *ders.*, ZNotP 2013, 367, 375; *Meikel/Böttcher*, § 5 Rdnr. 48; *Röll*, DNotZ 1968, 523, 538.

⁵¹ Vgl. Fn. 9.

für den Gläubiger wäre unzumutbar erschwert, würde er seinen Titel mit Blick auf den bislang mit der Grundschuld belasteten Grundstücksteil verlieren.

Erforderlich, aber auch ausreichend, ist, dass der Gläubiger die Möglichkeit einer sofortigen Vollstreckung in beide Grundstücksteile hat. Es lässt sich auch nicht sagen, dass die Frage der Vollstreckbarkeit für die Beurteilung einer Verwirrungsgefahr unbeachtlich wäre. Es muss darauf ankommen, dass im Zeitpunkt der Eintragung der Grundstücksverbindung eine sofortige Vollstreckung nur in einen, nicht jedoch in den anderen Grundstücksteil möglich wäre.⁵²

c) Rechte für denselben Berechtigten

Noch offen ist die Frage, ob eine Verwirrungsgefahr dann auszuschließen ist, wenn zwar keine Pfanderstreckung erfolgt, die auf den Grundstücken lastenden Rechte aber demselben Gläubiger zustehen. In der Literatur wird teilweise vertreten, dass eine Verwirrungsgefahr dann ausscheidet, wenn die Rechte demselben Berechtigten zustehen.⁵³ Dies wird damit begründet, dass es keine Probleme bei der Erlösverteilung geben könne, wenn der Erlös an ein und denselben Berechtigten auszukehren sei. Hieran ist richtig, dass alleine die spätere Möglichkeit einer Abtretung des Rechts keine Verwirrung besorgen lässt.⁵⁴ Nicht überzeugen kann diese Ansicht aber insoweit, als Verwertungsrechte in Rede stehen. Erfolgt keine Pfanderstreckung, kann der Grundschuldgläubiger die Vollstreckung nur in einen Grundstücksteil betreiben, wenn er nur aus einem von mehreren Grundpfandrechten die Zwangsversteigerung veranlasst. § 5 Abs. 1 Satz 2 GBO ist daher auch dann einschlägig, wenn die betroffenen Rechte demselben Gläubiger zustehen.

4. Möglichkeiten der Herstellung gleicher Rangverhältnisse

Kann keine Löschung (§ 875 Abs. 1 BGB) bzw. Freigabe (§ 1175 Abs. 1 Satz 2 BGB) erreicht werden, müssen gleiche Rangverhältnisse hergestellt werden. Auf welchem Wege dies zu geschehen hat, gibt das Gesetz nicht vor. Erforderlich ist lediglich, dass die gleichen Rangverhältnisse spätestens mit

⁵² Eine Inhaltsänderung (§§ 877, 873 BGB) von vor dem 20.8.2008 bestellten Altgrundschulden (Art. 229 § 18 Abs. 3 EGBGB) wird man aber nicht verlangen können, obwohl die auf den Grundstücksteilen lastende Gesamtgrundschuld nach einer rechtsgeschäftlichen Pfanderstreckung (anders als bei einer gesetzlichen Pfanderstreckung nach Bestandteilszuschreibung, vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 18.9.2012, 11 Wx 4/12, ZWE 2013, 208) unterschiedliche Regelungen zur Kündigung zum Inhalt hätte (§ 1193 n. F. bzw. a. F., siehe BGH, Beschluss vom 10.6.2010, V ZB 22/10, DNotZ 2010, 683 = MittBayNot 2011, 56). Zumindest bei der Pfanderstreckung von Grundschulden zugunsten von Kreditinstituten bedarf es hier auch keines Hinweises auf den Sicherungscharakter der Grundschuld, (BGH, Beschluss vom 6.3.2014, V ZB 27/13, NJW 2014, 1450, 1451). Die Frage der Kündigung geht der Vollstreckbarkeit lediglich voraus und stellt sich mit Blick auf die relativ kurze Kündigungsfrist des § 1193 BGB nicht mit gleicher Dringlichkeit. Außerdem ist zu beachten, dass das Erfordernis der Kündigungsfrist nicht für die Grundschuldzinsen gilt (*Palandt/Bassenge*, § 1193 Rdnr. 4; *Volmer*, MittBayNot 2009, 1, 4 f.), mithin also eine sofortige Zwangsvollstreckung wegen der Zinsen in den anderen Grundstücksteil erfolgen kann. Das nicht vollstreckbare Grundschuldkapital fällt nicht in das geringste Gebot bei Vollstreckung wegen des Grundschuldzinsanspruchs. Die Gefahr, dass nur in einen Grundstücksteil vollstreckt werden kann bzw. die Grundschuld nach der Versteigerung nur an einem Grundstücksteil fortbesteht, ist daher nicht gegeben. Der Normzweck von § 5 Abs. 1 Satz 2 GBO steht einer Vereinigung somit nicht entgegen.

⁵³ *Bauer/v. Oefele/Waldner*, §§ 5, 6 Rdnr. 32; *Hügel/Kral*, § 5 Rdnr. 44; einschränkend *Meikel/Böttcher*, § 5 Rdnr. 48.

⁵⁴ Überzeugend *Bauer/v. Oefele/Waldner*, §§ 5, 6 Rdnr. 32.

dem Vollzug der Vereinigung bzw. Bestandteilszuschreibung im Grundbuch entstehen.⁵⁵

a) Belastung nur eines Grundstücks mit Verwertungsrechten

Recht unkompliziert stellt sich die Rechtslage dar, wenn nur eines der zu vereinigenden Grundstücke mit Grundpfandrechten belastet ist. Gleiche Rangverhältnisse lassen sich hier dadurch herstellen, indem man das unbelastete dem mit der Grundschuld belasteten Grundstück als Bestandteil zuschreibt und die gesetzliche Pfanderstreckung von § 1131 Satz 1 BGB nutzt.⁵⁶ Theoretisch könnte eine Gleichbelastung auch durch Vereinigung der Grundstücke und rechtsgeschäftliche Pfanderstreckung der Grundschuld⁵⁷ genutzt werden. Dies wäre jedoch nicht nur unnötig kompliziert, sondern auch unter Kostengesichtspunkten nachteilhaft.⁵⁸

Die gesetzliche Pfanderstreckung des § 1131 Satz 1 BGB gilt nach herrschender Meinung nicht für Reallasten.⁵⁹ Hier ist die Bestandteilszuschreibung regelmäßig aber ebenfalls günstiger,⁶⁰ obwohl eine rechtsgeschäftliche Pfanderstreckung erforderlich ist.

⁵⁵ RegE, BT-Drucks. 17/12635, S. 17. So bereits zuvor LG Wuppertal MittRhNotK 1995, 65, 66. Dass die Anträge i. S. v. § 16 Abs. 2 GBO miteinander verbunden sind, wird man nicht fordern können. Es kommt nur auf den gleichzeitigen Vollzug an.

⁵⁶ Vgl. *Macht* in *Heinemann*, Kölner Formularbuch Grundstücksrecht, 2012, § 2 Rdnr. 56.

⁵⁷ Der Sache nach handelt es sich um eine Neubestellung eines Grundpfandrechts nach § 873 Abs. 1 BGB (Einigung zwischen Grundstückseigentümer und Grundschuldgläubiger), vgl. BGH, Beschluss vom 6.3.1981, V ZB 2/80, BGHZ 80, 119, 123. Grundbuchrechtlich sind Antrag (§ 13 GBO) und Bewilligung (§ 19 GBO) erforderlich, *Meikel/Böttcher*, § 5 Rdnr. 47. Zu Fragen der Rangbestimmung bei Pfanderstreckung mehrerer Rechte MünchKommBGB/*Eickmann*, 6. Aufl. 2013, § 1131 Rdnr. 16-18 m. N. zur h. M.: Hiernach haben die erstreckten Rechte im Zweifel auf dem neuen Grundstück untereinander dasselbe Rangverhältnis wie auf dem bisherigen Grundstück. Zur Pfanderstreckung von vor dem 1.1.1978 eingetragenen Rechten eingehend *Langenfeld/Keith* in Münchener Vertragshandbuch BGB, 6. Aufl. 2010, Band 2, IX. 2. Anm. 12 m. w. N.

⁵⁸ Bestandteilszuschreibung und Vereinigung lösen jeweils einen Gebührensatz von 0,5 nach KV-Nr. 21201 Nr. 4 GNotKG (bei Beurkundung aus). Der Wert bemisst sich jeweils nach 10 bis 20 % des Verkehrswertes der betroffenen Grundstücke (§ 36 Abs. 1 GNotKG). Bei der Bestandteilszuschreibung bezieht sich dieser aber nur auf den Wert des zuzuschreibenden Grundstücks, bei der Vereinigung auf den Wert beider Grundstücke. Vereinigung und Bestandteilszuschreibung mit Grundbesitz des Erwerbers bilden grundsätzlich einen verschiedenen Beurkundungsgegenstand im Verhältnis zum Erwerbsvertrag bzw. der Auflassung, näher hierzu *Notarkasse Anstalt des öffentlichen Rechts*, Streifzug durch das GNotKG, 10. Aufl. 2013, Rdnr. 2274 f., 2037; *Strauß*, MittBayNot 2006, 482, 483 f. Anders als bei der Bestandteilszuschreibung fallen bei einer Vereinigung nach dem GNotKG außerdem Gebühren für die zusätzliche Pfanderstreckung an. Diese ist jedoch mit der Grundstücksvereinigung gegenstandsgleich i. S. v. § 109 Abs. 1 GNotKG, wenn sie zum Vollzug der Bestandteilsvereinigung erforderlich ist. Zur Berechnung bei Pfanderstreckungen *Diehn/Sikora/Tiedtke*, Das neue Notarkostenrecht, 2013, Rdnr. 279 ff. Erfolgt mit der Pfanderstreckung zugleich eine dingliche Vollstreckungsunterwerfung, ist ein Gebührensatz von 1,0 gemäß KV-Nr. 21200 anzusetzen (vgl. *Notarkasse Anstalt des öffentlichen Rechts*, a. a. O.). Im Hinblick auf die Grundbuchkosten sieht KV-Nr. 14160 Nr. 3 GNotKG bei Vereinigung und Bestandteilszuschreibung (jeweils ohne Eigentumsübergang) eine pauschale Gebühr von 50 EUR vor. Bestandsveränderungen im Rahmen einer bloßen Messungsanerkennung (mit Auflassung) lösen demgegenüber keine Gebühr aus, *Sikora*, MittBayNot 2013, 443, 455; *Wilsch*, FGPrax 2013, 47.

⁵⁹ OLG Schleswig Rpfleger 1982, 371, 372; MünchKommBGB/*Eickmann*, § 1131 Rdnr. 9 m. w. N.

⁶⁰ Wegen des niedrigeren Wertes bei der Bestandteilszuschreibung (§ 36 Abs. 1 GNotKG), vgl. Fn. 58.

b) Belastung mehrerer Grundstücke

Sind die Grundstücke mit unterschiedlichen Verwertungsrechten belastet, dürfen sie außerdem nicht in unterschiedlicher Rangfolge stehen (§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GBO).

Eine Belastung in unterschiedlicher Rangfolge ergibt sich etwa dann, wenn zwischen den Grundpfandrechten gekreuzte Rangverhältnisse bestehen. Zu einer solchen Situation kommt es etwa dann, wenn das erste Grundstück an erster Rangstelle mit einer Grundschuld und an zweiter Rangstelle mit einer weiteren Grundschuld belastet ist, die als Gesamtgrundschuld (§ 1192 Abs. 1, § 1132 Abs. 1 BGB) wiederum auch am zweiten Grundstück an erster Rangstelle lastet. Wird das zweite dem ersten Grundstück als Bestandteil zugeschrieben, lastet am zweiten nunmehr auch die Einzelgrundschuld des ersten Grundstücks, jedoch im Rang nach der Gesamtgrundschuld (vgl. § 1131 Satz 1 und 2 BGB).⁶¹ Eine Gleichbelastung kann dann nur durch eine Rangregulierung zwischen den Grundschuldgläubigern erreicht werden,⁶² indem z. B. der eine Grundschuldgläubiger unter Zustimmung des Eigentümers hinter die Grundschuld des anderen Gläubigers zurücktritt (§ 880 Abs. 1 und 2)⁶³ und diese nunmehr an beiden Grundstücken erste Rangstelle erlangt.

Bestehen gleiche Rangverhältnisse, bestehen auch gegen die Zulässigkeit einer katastertechnischen Verschmelzung der Flurstücke keine Bedenken.

Versäumen die Beteiligten die Herstellung gleicher Rangverhältnisse und trägt das Grundbuchamt die Verbindung der Grundstücke unter Verstoß gegen § 5 Abs. 1 bzw. § 6 Abs. GBO dennoch ein, bleibt die Wirksamkeit der materiellrechtlichen Verbindung der Grundstücke unberührt.⁶⁴

IV. Belastung des Grundstücks mit sonstigen dinglichen Rechten

Der Gesetzgeber hat sich bewusst dafür entschieden, das Gleichbelastungsgebot in § 5 Abs. 1 Satz 2 GBO auf Grundpfandrechte und Reallasten zu beschränken und sonstige dingliche Rechte von diesem Erfordernis auszunehmen.⁶⁵ Hier kommt es wie nach bisheriger Rechtslage darauf an, ob im Einzelfall Verwirrung zu besorgen ist (§ 5 Abs. 1 Satz 1 GBO). Die rechtliche Verbindung kann auch nicht schon deswegen versagt werden, weil eine spätere katastertechnische Flurstücksverschmelzung der ungleich belasteten Grundstücke die Besorgnis einer Verwirrung begründen würde.⁶⁶

⁶¹ Besteht bereits eine Gesamtgrundschuld, kommt es zu keiner weiteren Erstreckung der GS2 auf das G2, weil die Grundschuld dort bereits bestand, vgl. *Staudinger/Gursky*, § 890 Rdnr. 34. Die Gesamtgrundschuld besteht weiter fort. Zur Umwandlung in eine Einzelgrundschuld, vgl. Fn. 9.

⁶² Vgl. MünchKommBGB/*Eickmann*, § 1131 Rdnr. 19.

⁶³ Vgl. MünchKommBGB/*Eickmann*, § 1131 Rdnr. 19. Es handelt sich hierbei um keine Rangbestimmung nach § 879 Abs. 3, sondern um eine Rangänderung nach § 880 Abs. 1 BGB, da das zurücktretende Recht an G1 schon im Grundbuch eingetragen war, vgl. BGH, Beschluss vom 22.10.2009, III ZR 250/08, DNotZ 2010, 710, 713 = MittBayNot 2010, 152. Zu den Einzelheiten vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 2558.

⁶⁴ BGH, Beschluss vom 24.11.2005, V ZB 23/05, DNotZ 2006, 288, 290; *Böhringer*, NotBZ 2014, 99.

⁶⁵ Siehe oben III. 2. b) bei Fn. 39.

⁶⁶ Siehe oben III. 2. c).

1. Dienstbarkeiten

Sind die zu vereinigenden Grundstücke ausschließlich mit Dienstbarkeiten belastet, ist eine rechtliche Verbindung der Grundstücke ohne Weiteres zulässig.⁶⁷ Wie sich aus § 7 Abs. 2 GBO ergibt, können auch reale Teilflächen eines Grundstücks mit Dienstbarkeiten belastet werden. Dann ist es gleichermaßen unschädlich, dass es zur Belastung einer Teilfläche nach einer Grundstücksvereinigung kommt.

Da § 7 Abs. 2 GBO für die Belastung einer Teilfläche mit einer Dienstbarkeit nicht verlangt, dass es sich bei der Fläche um ein katastertechnisch selbständig erfasstes Flurstück handelt, muss auch eine katastertechnische Verschmelzung der mit den Dienstbarkeiten belasteten Grundstücke zulässig sein.⁶⁸ Es muss lediglich eine den Erfordernissen des § 7 Abs. 2 GBO entsprechende Karte vorgelegt werden.⁶⁹ Hierfür ist ausreichend, dass sich aus Kartenausschnitten des Fortführungsnachweises die Lage der zu vereinigenden bzw. zuzuschreibenden Grundstücke ergibt.⁷⁰ Verwicklungen in der Zwangsversteigerung sind nicht zu befürchten, da die Dienstbarkeiten keine Verwertungsrechte sind, aus denen die Zwangsversteigerung erfolgen kann. Dass die Zwangsversteigerung eventuell aus Ansprüchen betrieben wird, die der Dienstbarkeit im Rang vorgehen (z. B. Ansprüchen nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 und 3 ZVG), begründet nur die künftige mögliche Gefahr zwangsversteigerungsrechtlicher Komplikationen, die aber nicht die Zulässigkeit der Verschmelzung in Frage stellt.⁷¹

Sind die Grundstücke mit der gleichen Dienstbarkeit belastet, kann diese nach der rechtlichen Verbindung als ein Recht übertragen werden. Es besteht keine Verwirrungsgefahr.⁷² Gleiches gilt, wenn herrschendes und dienendes Grundstück vereinigt werden.⁷³ Die Dienstbarkeit erlischt in diesem Falle nicht, sondern besteht zugunsten des früheren selbständigen herrschenden Grundstücks weiter fort.⁷⁴

⁶⁷ BayObLG, Beschluss vom 25.9.1996, 2 Z BR 78/96, DNotZ 1997, 398, 400 f.; *Böttcher*, ZNotP 2013, 367, 372.

⁶⁸ BayObLG, Beschluss vom 2.10.1986, BReg. 2 Z 109/86, DNotZ 1987, 219, 220; *Bauer/v. Oefele/Waldner*, §§ 5, 6 Rdnr. 28 f.

⁶⁹ Vgl. *Hügel/Kral*, § 7 Rdnr. 34, § 2 Rdnr. 48 sowie *Hügel/Holzer*, § 2 Rdnr. 43. Dies gilt auch nach der Neufassung von § 7 Abs. 2 GBO. Denn im Falle der Flurstücksverschmelzung ergibt sich der Belastungsgegenstand der Dienstbarkeit nach Flurstücksverschmelzung nicht aus dem aktuellen Liegenschaftskataster. Der Wortlaut von § 2 Abs. 4 GBO, wonach ein Auszug aus dem amtlichen Verzeichnis nicht vorgelegt zu werden brauchte, wenn der Grundstücksteil bereits im amtlichen Verzeichnis benannt „war“, findet sich in der Neufassung nach dem DaBaGG nicht mehr.

⁷⁰ BayObLG, Beschluss vom 25.9.1996, 2 Z BR 78/96, DNotZ 1997, 398, 400 f.; BayObLG, Beschluss vom 2.10.1986, BReg. 2 Z 109/86, DNotZ 1987, 219, 220; *Bauer/v. Oefele/Waldner*, §§ 5, 6 Rdnr. 28; *Meikel/Böttcher*, § 5 Rdnr. 39. Großzügiger *Bauer/v. Oefele/Maaß*, § 7 Rdnr. 36: Ausreichend, dass sich Belastung auf ehemaliges Flurstück bezieht, da dieses im Kataster weiterhin nachweisbar ist.

⁷¹ BayObLG, Beschluss vom 25.9.1996, 2 Z BR 78/96, DNotZ 1997, 398, 401; BayObLG, Beschluss vom 19.8.1994, 2 Z BR 75/94, MittBayNot 1995, 125, 126. Im Ergebnis ebenso BGH, Beschluss vom 8.12.2011, V ZB 197/11, NJW-RR 2012, 220, 221.

⁷² BayObLG, Beschluss vom 28.7.1977, BReg. 2 Z 63/76, DNotZ 1978, 103; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 639. Für Nießbrauch LG Darmstadt, Beschluss vom 22.12.1981, 5 T 894/81, Rpfleger 1982, 216, 217 (zu § 22 AGBGB Hessen).

⁷³ BayObLG, Beschluss vom 22.1.1974, 2 Z 52/73, Rpfleger 1974, 148, 150; BayObLG, Beschluss vom 5.12.2002, 2 Z BR 73/02, DNotZ 2003, 352; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 639a.

⁷⁴ BayObLG, 22.1.1974, 2 Z 52/73, Rpfleger 1974, 148, 150.

2. Vormerkungen und Widersprüche

Für Vormerkungen (§ 883 Abs. 1 BGB) gilt grundsätzlich nichts anderes als für Dienstbarkeiten. Auch hier sind sowohl die rechtliche Verbindung als auch die katastertechnische Verschmelzung zulässig.⁷⁵ Dies lässt sich darauf zurückführen, dass § 7 Abs. 1 GBO generell keine Anwendung auf Vormerkungen findet, auch wenn der gesicherte Anspruch auf die Veräußerung einer Teilfläche gerichtet ist. Eine Abschreibung des mit der Vormerkung belasteten Grundstücksteils muss nicht erfolgen, da es sich bei der Vormerkung um kein Recht im Sinne von § 7 Abs. 1 GBO handelt, sondern nur um ein Sicherungsmittel für einen Anspruch auf Einräumung eines Rechts.⁷⁶ Auch nach der Neufassung von § 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 GBO muss dies weiterhin gelten,⁷⁷ da ein Gleichbelastungsgebot für Vormerkungen entgegen dem ersten Diskussionsentwurf⁷⁸ gerade nicht Gesetz geworden ist. Dass die Grundstücksteile mit unterschiedlichen Vormerkungen belastet sind, steht weder ihrer rechtlichen Vereinigung noch ihrer katastertechnischen Verschmelzung entgegen.

Was die rechtliche Verbindung von Grundstücken und ihre Vereinigung angeht, sind Widersprüche (§ 899 Abs. 1 BGB) genauso wie Vormerkungen zu behandeln.⁷⁹

3. Vorkaufsrechte

Zweifelhaft ist, ob eine rechtliche Verbindung von zwei Grundstücken dann erfolgen kann, wenn lediglich eines der beiden Grundstücke mit einem Vorkaufsrecht (§ 1094 BGB) belastet ist. Dies wird teilweise bejaht, da ein Vorkaufsrecht auf einer Grundstücksteilfläche gemäß § 7 Abs. 1 GBO nur nach deren vorheriger Abschreibung bestellt werden könne.⁸⁰ Dies ist nicht überzeugend. Der Gesetzgeber hat sich dagegen entschieden, die Zulässigkeit der rechtlichen Verbindung von Grundstücken strikt auf die in § 7 Abs. 2 GBO normierte Ausnahmekonstellation zu beschränken.⁸¹ Man wird daher nicht davon ausgehen können, dass die Belastung eines Grundstücks mit einem Vorkaufsrecht der Vereinigung mit einem anderen Grundstück im Wege steht.

Trotz der Parallele zwischen Vorkaufsrecht und Vormerkung geht die Literatur wohl bislang einhellig davon aus, dass eine katastertechnische Verschmelzung bei einer Belastung mit einem Vorkaufsrecht unzulässig ist, da sich aus dem Grundbuch mit der gebotenen Klarheit ergeben muss, auf welches Flurstück sich das Vorkaufsrecht bezieht.⁸²

⁷⁵ Böttcher, ZNotP 2013, 367, 373; DNotI-Report 2014, 49, 52; *Schöner/Stöber*, Rdnr. 693; *Bauer/v. Oefele/Waldner*, §§ 5, 6 Rdnr. 28; für Zulässigkeit der rechtlichen Verbindung auch KG, Beschluss vom 27.6.1989, 1 W 2308/89, NJW-RR 1989, 1360, 1361.

⁷⁶ BGH, Beschluss vom 6.10.1972, V ZB 10/72, NJW 1972, 2270; BayObLG, Beschluss vom 16.11.1956, BReg. 2 Z 174/1956, BayObLGZ 1956, 408, 410; BayObLG, Beschluss vom 18.7.1986, BReg. 2 Z 70/86, MittBayNot 1986, 253, 254; *Geißel*, MittRhNotK 1997, 333, 339; *Lenke/Schneider*, § 7 GBO Rdnr. 67.

⁷⁷ Böttcher, NJW 2014, 978, 979; *H. Simon*, Rpfleger 2014, 125, 126.

⁷⁸ Vgl. Fn. 38.

⁷⁹ *Meikell/Böttcher*, § 7 Rdnr. 35; Böttcher, ZNotP 2013, 367, 373.

⁸⁰ *Hügel/Kral*, § 5 Rdnr. 37.

⁸¹ Vgl. oben III. 2. b).

⁸² Böttcher, ZNotP 2013, 367, 371; so zur bisherigen Rechtslage bereits *Meikell/Böttcher*, § 5 Rdnr. 35; Böttcher, BWNotZ 1986, 73, 74 f.; *Panz.*, BWNotZ 1995, 156, 158; für Zulässigkeit der Vereinigung bei Belastung mit Vorkaufsrecht auch OLG Hamm, Beschluss vom 27.7.2006, 15 W 202/05, MittBayNot 2007, 490, 491 f. mit krit. Anm. *Morvilius*.

4. Belastung mit Erbbaurechten

Ist eines der zu vereinigenden Grundstücke mit einem Erbbaurecht belastet, das andere jedoch nicht, fragt sich, ob die Grundstücke ohne Erstreckung des Erbbaurechts vereinigt werden können⁸³ oder ob Verwirrungsfahr besteht.⁸⁴ Belastungsgegenstand eines Erbbaurechts kann nach materiellem Recht immer nur ein Grundstück sein (§ 1 Abs. 1 ErbbauRG), nicht jedoch ein Grundstücksteil.⁸⁵ Erforderlich ist daher, dass das Erbbaurecht auf den anderen Grundstücksteil erstreckt wird⁸⁶ und dort erste Rangstelle erhält (§ 10 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG). Anderenfalls ist Verwirrung zu besorgen.

5. Verfügungsbeschränkungen

Unterliegt eines der Grundstücke einer gesetzlichen Verfügungsbeschränkung, etwa einer Nacherbenbindung oder Testamentsvollstreckung, lässt die wohl überwiegende Meinung nicht nur eine rechtliche Verbindung der Grundstücke, sondern auch eine katastertechnische Verschmelzung der Flurstücke zu.⁸⁷ Teilweise hält man hier nur eine Flurstückverschmelzung für unzulässig.⁸⁸ Richtigerweise gilt dies bereits für die rechtliche Verbindung der Grundstücke.⁸⁹ Denn wenn das Gesetz strikt zwischen den Verfügungsbeschränkung und dem Eigenvermögen unterliegenden Vermögensbestandteilen unterscheidet, indem es die Zwangsvollstreckung in das der Verfügungsbeschränkung unterliegende Vermögen anderen Voraussetzungen unterwirft,⁹⁰ müssen die Grundstücke auch rechtlich weiter selbständig bleiben. Anderenfalls würde eine Zwangsvollstreckung in einzelne Grundstücksteile erfolgen, wenn diese nur hinsichtlich eines Grundstücksteils zulässig wäre. Dies würde aber der Intention von § 5 Abs. 1 GBO n. F. zuwiderlaufen. Anderes wird man lediglich bei der Vereinigung von Erbbaurechten und Wohnungseigentum für etwaige rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen (§ 5 ErbbauRG bzw. § 12 WEG) annehmen müssen,⁹¹ da diese nicht in einem Zwangsversteigerungsverfahren in den Grundbesitz Relevanz erlangen können.

V. Gleichzeitige Belastung mit Verwertungsrechten und sonstigen Rechten

1. Anwendung von § 5 Abs. 1 Satz 2 GBO?

Ist das Grundstück nicht nur mit Verwertungsrechten, sondern auch mit anderen dinglichen Rechten (z. B. einer Dienstbar-

⁸³ Hierfür *Böttcher*, ZNotP 2013, 367, 371; *ders.*, BWNotZ 1986, 73, 74 f.

⁸⁴ *Hügel/Kral*, § 5 Rdnr. 34; *MünchKommBGB/v. Oefele/Heinemann*, § 11 ErbbauRG Rdnr. 32; *Winkler* in Münchener Vertragsbuch BGB, Band 2, 6. Aufl. 2010, VII. 25. Anm. 2.

⁸⁵ *MünchKommBGB/v. Oefele/Heinemann*, § 1 ErbbauRG Rdnr. 30.

⁸⁶ Zur Erstreckung des Erbbaurechts (Inhaltsänderung gemäß § 11 ErbbauRG i. V. m. §§ 877, 873 BGB) und den Folgen OLG Hamm, Beschluss vom 7.9.2013, 15 W 195/72, OLGZ 1973, 416; Vertragsmuster bei *Winkler* in Münchener Vertragsbuch BGB, Band 2, 6. Aufl. 2010, VII. 25.

⁸⁷ LG Aachen, Beschluss vom 11.7.1983, 3 T 262/83, MittRhNotK 1983, 162; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 639.

⁸⁸ *Meikell/Böttcher*, § 5 Rdnr. 42.

⁸⁹ *Hügel/Kral*, § 5 Rdnr. 41

⁹⁰ Vgl. zum Beispiel § 2115 BGB (im Nacherbfall kann der Nacherbe Drittwiderspruchsklage erheben, vgl. §§ 773 Satz 2, 771 ZPO) oder § 2214 BGB (Testamentsvollstrecker kann mit Erinnerung (§ 766 ZPO) gegen Vollstreckung der Eigengläubiger vorgehen, vgl. *MünchKommBGB/Zimmermann*, § 2214 Rdnr. 5).

⁹¹ Zutreffend *Bauer/v. Oefele/Waldner*, § 6 Rdnr. 30.

keit, einer Vormerkung oder einem Vorkaufsrecht) belastet, fragt sich, ob eine Vereinigung nach § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GBO bereits dann ausscheidet, wenn die Verwertungsrechte unter sich den gleichen Rang haben, im Verhältnis zu sonstigen Rechten aber keine Ranggleichheit besteht. Lastet etwa an einem von zwei Grundstücken an erster Rangstelle eine Dienstbarkeit und steht hinter dieser Dienstbarkeit eine Gesamtgrundschuld, welche am anderen Grundstück an erster Rangstelle steht, hätten die Grundschulden nach der Vereinigung zwar in Abteilung III die gleiche, im Hinblick auf die Dienstbarkeit in Abteilung II aber eine unterschiedliche Rangstelle (vgl. § 879 Abs. 1 Satz 2 BGB).

Das Tatbestandsmerkmal der „unterschiedlichen Rangfolge“ in § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 GBO bezieht sich nach richtigem Verständnis der Norm nur auf das Verhältnis der Verwertungsrechte untereinander.⁹² Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der Vorschrift, der auf eine unterschiedliche Rangfolge zwischen denselben Grundpfandrechten abstellt. Außerdem hat der Gesetzgeber in den Gesetzesmaterialien klargestellt, dass eine Vereinigung nicht unzulässig sein muss, wenn eine unterschiedliche Belastung mit solchen Rechten besteht, die keine Verwertungsrechte sind.⁹³ Ferner müssen sich in der Zwangsversteigerung auch nicht zwangsläufig Verwicklungen ergeben, wenn eine zusätzliche Belastung mit einem anderen als einem Verwertungsrecht besteht. Ob eine Verwirrung zu besorgen ist, hängt vielmehr von den Umständen des Einzelfalls ab und muss am Maßstab von § 5 Abs. 1 Satz 1 GBO geprüft werden.

2. Anwendung von § 5 Abs. 1 Satz 1 GBO

a) Belastung mit vorrangigen sonstigen dinglichen Rechten

Eine Verwirrung i. S. v. § 5 Abs. 1 Satz 1 GBO ist nicht zu befürchten, wenn ein Grundstücksteil neben Grundpfandrechten lediglich zusätzlich mit einer erstrangigen Dienstbarkeit belastet ist.⁹⁴ Auch eine Flurstücksverschmelzung ist in diesem Falle zulässig.⁹⁵ Die Dienstbarkeit fällt in das geringste Gebot (§ 44 Abs. 1 ZVG), ohne in der Zwangsversteigerung zu erlöschen. Zwangsversteigerungsrechtliche Komplikationen sind daher nicht zu befürchten. Keine andere Bewertung ist auch dann angezeigt, wenn die Dienstbarkeit auf einem Grundstücksteil lastet und ihr eine Grundschuld im Range nachgeht, die wiederum auf dem anderen Grundstücksteil an erster Rangstelle steht.⁹⁶ Denn würde die Zwangsversteigerung in das gesamte Grundstück betrieben, fiel die auf der Teilfläche lastende Dienstbarkeit in das geringste Gebot (§ 44 Abs. 1 ZVG). Auch § 122 ZVG wäre nicht analog anzuwenden, da die nachrangigen Rechte im gleichen Rangverhältnis auf beiden Grundstücksteilen lasten und es keiner Aufteilung nach Erlösmassen bedarf. Entsprechende Grundsätze müssen auch für die sonstigen dinglichen Rechte gelten, die keine Verwertungsrechte i. S. v. § 5 Abs. 1 Satz 2 GBO sind.

b) Belastung mit gleichrangigen bzw. nachrangigen sonstigen dinglichen Rechten

Zweifelhaft ist, was gilt, wenn auf den zu vereinigenden Grundstücken sonstige dingliche Rechte lasten und ihnen Grundschulden im Rang vorgehen bzw. mit ihnen Gleichrang haben.

aa) Rechtliche Verbindung

Nach der bislang herrschenden Ansicht, welche keine gleichen Rangverhältnisse bei mit Grundpfandrechten belasteten Grundstücken forderte, musste auch in diesem Fall eine Vereinigung zulässig sein.⁹⁷

Ob dies auch weiterhin unter § 5 Abs. 1 GBO n. F. gilt, ist kritisch zu hinterfragen. Das nachrangige Recht würde in der Zwangsversteigerung nicht in das geringste Gebot fallen und erlöschen (§ 44 Abs. 1, § 52 Abs. 1 Satz 2, § 91 Abs. 1 ZVG). Da sich das erloschene Recht nur auf einen Grundstücksteil bezieht, darf der Wertersatzanspruch (§ 92 Abs. 1 ZVG) nicht aus dem gesamten, sondern nur aus einem dem Grundstücksteil anteilig entsprechenden Erlös befriedigt werden. Um dieses Ergebnis zu erzielen, sind nach § 112 Abs. 2 ZVG analog entsprechend den Grundsätzen der Versteigerung mehrerer Grundstücke in einem Verfahren verschiedene Erlösmassen zu bilden.⁹⁸ Hierzu muss das Zwangsversteigerungsgericht Verkehrswerte für die jeweiligen Grundstücksteile festsetzen (§ 74a Abs. 5 ZVG analog).

Die Problematik würde sich mit Blick auf die Erlösverteilung nicht anders darstellen, wenn nicht der Wertersatzanspruch einer auf der Teilfläche lastenden Dienstbarkeit, sondern der nachrangige Gläubiger einer auf einer Teilfläche lastenden Grundschuld zu befriedigen wäre. Hier verlangt § 5 Abs. 1 Satz 2 GBO nunmehr aber eine Gleichbelastung.

Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung ist es aber in erster Linie, die Versteigerung realer Grundstücksteile durch ein Gleichbelastungsgebot für Verwertungsrechte so weit wie möglich zu verhindern und etwaige Wertungswidersprüche zu § 7 Abs. 1 und § 15 ZVG auszuräumen. Es ist für den Rechtsverkehr mit Unsicherheiten verbunden, wenn Versteigerungsgegenstand nicht ein Grundstück im Rechtssinne, sondern lediglich ein Flurstück ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn das vereinigte Grundstück mit einem gemeinsamen Gebäude bebaut und unklar ist, welchem Grundstücksteil das Gebäude zuzuordnen und wie das Grundstück im Falle der Versteigerung der Flurstücke an verschiedene Ersteher vertikal zu teilen ist.⁹⁹ Außerdem soll verhindert werden, dass Grundstücke einzeln auszubieten sind und bei unterschiedlichen Rangverhältnissen die Grundpfandrechte nur insoweit in das geringste Gebot fallen, als sie sich auf einen Grundstücksteil beziehen.

Muss das Zwangsversteigerungsrecht im Rahmen der Erlösverteilung lediglich § 112 Abs. 2 ZVG analog anwenden und mit Blick auf das nachrangige Recht unterschiedliche Erlös-

⁹² DNotI-Report 2014, 49, 51; im Ergebnis auch *Demharter*, § 5 Rdnr. 14; *Hügel/Kral*, § 5 Rdnr. 35, 44.

⁹³ Begründung RegE, BT-Drucks. 17/12635, S. 18.

⁹⁴ BayObLG, Beschluss vom 2.10.1986, BReg. 2 Z 109/86, DNotZ 1987, 219; BayObLG, Beschluss vom 19.8.1994, 2 Z BR 75/94, MittBayNot 1995, 125, 126.

⁹⁵ BayObLG, Beschluss vom 25.9.1996, 2 Z BR 78/96, DNotZ 1997, 398, 400.

⁹⁶ Vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 23.3.1993, 20 W 14/92, DNotZ 1993, 612, 613.

⁹⁷ Insoweit offen lassend jedoch BayObLG, Beschluss vom 18.11.1993, 2 Z BR 108/93, DNotZ 1994, 242, 243; BayObLG, Beschluss vom 25.9.1996, 2 Z BR 78/96, DNotZ 1997, 398, 400 f.; *Bauer/v. Oefele/Waldner*, §§ 5, 6 Rdnr. 29. Zweifeln, aber offen lassend auch *Bauer/v. Oefele/Maaß*, § 7 Rdnr. 35: Jedenfalls dann keine Verwirrungsgefahr i. S. v. § 7 Abs. 2 GBO, wenn keine Grundpfandrechte vorgehen.

⁹⁸ Vgl. RG, Urteil vom 15.12.1920, V 140/20, RGZ 101, 117, 120 f.; *Stöber*, § 112 Rdnr. 22; zur Berechnung anschaulich etwa *Hintzen/Engels/Rellermeyer/Hintzen*, § 112 Rdnr. 17 ff.

⁹⁹ BGH DNotZ 2006, 288, 290. Zur Zuordnung der Räumlichkeiten vgl. BGH MittBayNot 2004, 258; *Böttcher*, ZfIR 2010, 6, 10 bei Fn. 30.

massen bilden, ergeben sich keine vergleichbaren Probleme. Das Zwangsversteigerungsgericht hat ohnehin den Verkehrswert für das Grundstück festzusetzen (§ 74a Abs. 5 ZVG). Dabei bedient es sich im Regelfall eines Sachverständigen-gutachtens.¹⁰⁰ Dass die Verkehrswerte in diesem Zuge auch für die einzelnen Grundstücksteile ermittelt werden, bedeutet keinen unvermeidbaren Mehraufwand. Auch die Teilung des Erlöses in verschiedene Massen führt nicht zu Komplikationen, die eine entsprechende rechtliche Verwirrung befürchten lassen. Das Verfahren nach § 112 ZVG ist auch bei im Wege des Gesamtausgebots versteigerten Grundstücken zu beachten, ohne dass dies das Zwangsversteigerungsgericht vor erhebliche Schwierigkeiten stellen würde.

Hätte der Gesetzgeber die Probleme der Erlösverteilung im Rahmen der Zwangsversteigerung ausschließen wollen, hätte er eine generelle Ranggleichheit sämtlicher dinglicher Rechte zur Voraussetzung für die rechtliche Verbindung machen bzw. zumindest regeln müssen, dass eine Verwirrung droht, wenn Verwertungsrechte Vorrang oder Gleichrang mit einem sonstigen dinglichen Recht haben. So weit ist das DaBaGG jedoch nicht gegangen. Das Gesetz belässt es bei der bisher geltenden Rechtslage. Ein aus mehreren Flurstücken bestehendes Grundstück muss daher z. B. auch nach wie vor mit einer auf einem einzelnen Flurstück lastenden Vormerkung¹⁰¹ belastet werden können, selbst wenn der Vormerkung ein auf dem gesamten Grundstück lastendes Grundpfandrecht im Range vorgeht.

Es wäre mit erheblichen Einschränkungen des Grundstücksverkehrs verbunden, müssten Rangregulierungen zwischen sämtlichen Berechtigten herbeigeführt werden. Das kann die Beteiligten gerade bei älteren Dienstbarkeiten vor kaum lösbare Probleme stellen, wenn sich die Dienstbarkeitsberechtigten nicht mehr oder nur mit großem Aufwand ermitteln lassen. Daher streiten die besseren Argumente dafür, keine Verwirrungsgefahr i. S. v. § 5 Abs. 1 Satz 1 GBO anzunehmen, wenn sonstige dingliche Rechte Verwertungsrechten im Rang gleichstehen oder nachgehen.

bb) Katastertechnische Verschmelzung

Handelt es sich bei den hinter den Grundschulden stehenden Rechten um Dienstbarkeiten bzw. Vormerkungen, fragt sich, ob eine katastertechnische Verschmelzung der Grundstücke zulässig ist.¹⁰² Das BayObLG hat dies in einem Fall verneint, in dem drei Grundstücke mit jeweils einer nachrangigen Dienstbarkeit und einem vorrangigen Grundpfandrecht katastertechnisch verschmolzen werden sollten.¹⁰³ Dies scheint zunächst in Widerspruch dazu zu stehen, dass bei der Verschmelzung von mit Dienstbarkeiten belasteten Grundstücken die Vorlage einer amtlichen Karte ausreicht, um eine Verwirrungsgefahr auszuräumen,¹⁰⁴ ist aber plausibel. Die Ermittlung des Verkehrswertes von Grundstücksteilen dürfte in der Zwangsversteigerung zu Komplikationen führen, wenn sich die belasteten Teilflächen nicht mehr mit Hilfe von katastertechnisch existierenden Flurstücken ermitteln lassen. Soll eine katastertechnische Verschmelzung erfolgen, ist eine Erstreckung der Dienstbarkeiten (ohne Änderung ihres räumlichen Ausübungsbereichs) auf den weiteren Grundstücksteil

sowie eine Rangregulierung im Verhältnis zu den Grundschuldgläubigern erforderlich.¹⁰⁵ Soll bezüglich eines Rechts, das auf einem Flurstück lastet, keine Lastenerstreckung erfolgen, können aber zumindest weitere Flurstücke miteinander verschmolzen werden.

Eine Lastenerstreckung ist auch bei sonstigen Rechten dann möglich, wenn kein Gesamtrecht entsteht, sondern das Recht nur auf einen unselbständigen Grundstücksteil erstreckt wird.¹⁰⁶ Dies ist der Fall, wenn die Lastenerstreckung gleichzeitig mit der rechtlichen Verbindung der Grundstücke im Grundbuch eingetragen wird. In der Erklärung über Lastenerstreckung ist evtl. klarzustellen, dass lediglich der Belastungsgegenstand ohne Ausdehnung des Ausübungsbereichs des Rechts erweitert wird. Gegen die Zulässigkeit der Lastenerstreckung spricht auch nicht, dass sich bei Dienstbarkeiten der Ausübungsbereich auf den bisherigen Grundstücksteil beschränkt, Belastungsgegenstand aber das neue Grundstück wäre.¹⁰⁷ Denn es ist auch möglich, den Ausübungsbereich einer Dienstbarkeit bei ihrer Neubestellung entsprechend zu beschränken (vgl. § 1023 BGB).

c) Sonstige dingliche Rechte als Zwischenrechte

Ungeklärt ist, welche Grundsätze dann gelten, wenn die Grundpfandrechte auf beiden Grundstücksteilen in Abt. III die gleiche Rangstelle haben, zwischen den Grundpfandrechten aber auf einem Grundstücksteil noch ein sonstiges dingliches Recht steht. Lastet z. B. auf dem ersten Grundstück eine Grundschuld und auf dem zweiten Grundstück eine Hypothek sowie nachrangig eine Dienstbarkeit, können gleiche Rangverhältnisse zwischen der Grundschuld und der Hypothek an den Grundstücken dadurch geschaffen werden, dass die Grundschuld nach wechselseitiger Pfanderstreckung aller Grundpfandrechte auf dem ersten Grundstück hinter die Hypothek zurücktritt (§ 880 Abs. 1 BGB). Eine rechtliche Verbindung der Grundstücke kann in diesem Fall erfolgen, ohne dass es zu einer Verwirrung im Grundbuch kommt, und ist somit zulässig. Die Grundpfandrechtsgläubiger können jeweils die Vollstreckung in das gesamte Grundstück betreiben. Sollte der nachrangige Grundschuldgläubiger die Vollstreckung betreiben, fielen neben der Hypothek auch die an der Teilfläche (ehemaliges zweites Grundstück) lastende Dienstbarkeit ins geringste Gebot. Würde der Gläubiger der vorrangigen Hypothek die Zwangsversteigerung betreiben, wäre im Rahmen der Erlösverteilung § 112 Abs. 2 ZVG analog anzuwenden und Wertersatz für die Dienstbarkeit aus dem

¹⁰⁵ Eine Ausnahme gilt unter verfahrensökonomischen Gesichtspunkten freilich dann, wenn sicher feststeht, dass eine weitere Grundstücksverbindung und eine katastertechnische Verschmelzung in der Weise erfolgen werden, dass das Grundstück, auf das das Recht erstreckt werden müsste, alsbald wieder von der Belastung freigestellt werden muss, LG Traunstein, Beschluss vom 26.2.1973, 4 T 53/73, MittBayNot 1973, 83, 84, m. zust. Anm. *Wirner*.

¹⁰⁶ *Böttcher*, BWNZ 1986, 73, 77; *Meikell/Böttcher*, § 5 Rdnr. 45; für Zulässigkeit von Lastenerstreckungen von Dienstbarkeiten bei gleichzeitiger Vereinigung implizit BayObLG, Beschluss vom 19.8.1994, 2 Z BR 75/94, MittBayNot 1995, 125; BayObLG, Beschluss vom 25.9.1996, 2 Z BR 78/96, DNotZ 1997, 398; BayObLG, Beschluss vom 18.11.1993, 2 Z BR 108/93, DNotZ 1994, 242, 244; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 638. Für Zulässigkeit der Lastenerstreckung von Vormerkungen implizit LG Traunstein, Beschluss vom 26.2.1973, 4 T 53/73, MittBayNot 1973, 83, 84; *Wirner*, MittBayNot 1973, 84 f. Für Unzulässigkeit der Lastenerstreckung bei Grunddienstbarkeit, für Zulässigkeit der Lastenerstreckung von einem Nießbrauch *Langenfeld/Keith* in Münchener Vertragshandbuch BGB, IX.2. Anm. 5 f.

¹⁰⁷ A. A. insoweit *Langenfeld/Keith* in Münchener Vertragshandbuch BGB, IX.2. Anm. 5 und 9.

¹⁰⁰ *Hintzen/Engels/Rellermeyer/Hintzen*, § 74a Rdnr. 43.

¹⁰¹ Zur Belastung nicht des gesamten, sondern eines Grundstücksteil mit einer Vormerkung *Lenke/Schneider*, § 7 GBO Rdnr. 69; *Sandweg*, BWNZ 1994, 5, 14.

¹⁰² Vgl. oben IV. 1.-4.

¹⁰³ BayObLG, Beschluss vom 18.11.1993, 2 Z BR 108/93, DNotZ 1994, 242, 243; zust. *Bauer/v. Oefele/Waldner*, §§ 5, 6 Rdnr. 29.

¹⁰⁴ Siehe oben Fn. 70.

auf das ehemalige zweite Grundstück entfallenden Erlösanteil zu leisten (§ 91 Abs. 1, § 92 Abs. 1 ZVG).¹⁰⁸ Eine rechtliche Verbindung der Grundstücke ist auch ohne eine Erstreckung und Rangregulierung zwischen Grundpfandrechten und Dienstbarkeit möglich.

Verwicklungen in der Zwangsversteigerung drohen auch dann nicht, wenn auf dem zweiten Grundstück die Hypothek hinter die Grundsuld zurücktritt. Folge eines solchen Rangrücktritts wäre, dass die Grundpfandrechte das Rangverhältnis tauschen würden, ohne die Dienstbarkeit als Zwischenrecht zu beeinträchtigen (vgl. § 880 Abs. 5 BGB).¹⁰⁹ Ob die Dienstbarkeit in das geringste Gebot fällt (§ 44 Abs. 1 ZVG) hängt wiederum davon ab, an welcher Rangstelle das Recht des die Zwangsversteigerung betreibenden Grundpfandrechtsgläubigers steht. Sollte es zum Erlöschen der Dienstbarkeit kommen, wäre wiederum § 112 Abs. 2 ZVG analog anzuwenden. Auch insoweit ist die rechtliche Verbindung der Grundstücke daher möglich.

108 § 122 ZVG ist in diesem Fall nicht analog anzuwenden, da die nachrangige Grundsuld ohnehin vollständig aus dem Versteigerungserlös zu befriedigen ist und es keine weiteren nachrangigen Rechte gibt, die auf einzelnen Grundstücksteilen lasten. Anderes würde nur dann gelten, wenn wiederum auf dem anderen Grundstücksteil ein sonstiges Recht mit Rang nach der Grundsuld lasten würde. Hier wäre bezüglich der Grundsuld § 122 ZVG analog anzuwenden, wobei mit Blick auf den nicht mit der Dienstbarkeit belasteten Grundstücksteil der Wertersatzanspruch der Dienstbarkeit hinzuzurechnen wäre (§ 122 Abs. 1 Satz 2 ZVG analog). Auch insoweit drohen keine Verwicklungen in der Zwangsversteigerung, da § 122 ZVG auch bei der Versteigerung von mehreren mit Gesamtrechten belasteten Grundstücken für keine Komplikationen sorgt.

109 Sollte die vortretende Grundsuld die Hypothek im Wert übersteigen, bliebe der überschüssige Restbetrag im Range hinter der Dienstbarkeit zurück, gefolgt von der Hypothek. Sollte die (vortretende) Grundsuld im Wert hinter der Hypothek zurückbleiben, würde die erste Grundsuld an die erste Rangstelle treten. Der offene Betrag der Rangstelle würde von der Hypothek anteilig aufgefüllt. Im Rang hiernach stünde die Dienstbarkeit, gefolgt von dem Restbetrag der Hypothek.

VI. Fazit und Bewertung der Neuregelung

Die Neufassung von §§ 5 und 6 GBO hat die Rechtslage zwar im Hinblick auf die Belastung mit Verwertungsrechten weitgehend geklärt. Friktionen und Spannungen ergeben sich aber bei Belastungen mit sonstigen dinglichen Rechten. Von einer „Entwirrung“ der verwirrenden Rechtslage kann keine Rede sein. Dass das Gesetz die Einzelfallgerechtigkeit einer schematischen Lösung vorzieht, ist gleichwohl zu begrüßen. Eine weitere Konkretisierung wäre aber wünschenswert. Nach der hier vertretenen Auffassung erstreckt sich das Gebot der gleichen Belastung bei der rechtlichen Verbindung von Grundstücken grundsätzlich nur auf Verwertungsrechte. Für sonstige dingliche Rechte gilt dieses Gebot nicht (Ausnahme: Erbbaurechte), und zwar auch dann nicht, wenn diese jeweils in unterschiedlichem Rangverhältnis zu Verwertungsrechten stehen.

Bedauerlich ist, dass der Gesetzgeber die Regelungen im BGB über die rechtliche Verbindung von Grundstücken unverändert gelassen und nicht den Neuregelungen der GBO angepasst hat. Da die GBO ein Gleichbelastungsgebot für Verwertungsrechte normiert, fragt sich, welche Bedeutung die Vereinigung in der Praxis haben wird. Wegen ihrer partiellen gesetzlichen Pfanderstreckung (§ 1131 Satz 1 BGB) führt die Bestandteilszuschreibung regelmäßig einfacher zum Ziel als die Vereinigung. Letztendlich greift aber auch die Bestandteilszuschreibung zu kurz. Es wäre sinnvoll gewesen, die Bestandteilszuschreibung dahingehend zu modifizieren, dass sich sämtliche Verwertungsrechte (auch Reallasten) kraft Gesetzes auf den anderen Grundstücksteil erstrecken und dort Rang hinter den vorhandenen Belastungen einnehmen. Das hätte außerdem den Vorteil, dass eine zusätzliche Vollstreckungsunterwerfung¹¹⁰ nicht erforderlich wäre.

110 Vgl. Fn. 49.

Zur Aussagekraft des im Grundbuch eingetragenen Gemeinschaftsverhältnisses

– zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Zweibrücken vom 4.9.2013, 3 W 52/13 –¹

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

Kurz und apodiktisch spricht das OLG Zweibrücken einem Gesamtgläubiger die Befugnis zu, ohne Mitwirkung (der Erben) des anderen die Löschung der gemeinsamen Hypothek zu bewilligen. Kann danach einer der Gesamtberechtigten nicht nur ein gemeinschaftliches Grundpfandrecht, sondern auch eine gemeinsame Reallast, ein gemeinsames Vorkaufsrecht² oder ein gemeinsames Wohnungsrecht löschen lassen, etwa ein gesamtberechtigter Ehegatte, der ohnehin aus der Wohnung ausgezogen ist? Eröffnet der Leitsatz des OLG Zweibrücken begrüßenswerte oder eher bedenkliche Aussichten?

I. Dominanz der Gesamtberechtigung bei beschränkten dinglichen Rechten

Die aufgeworfenen Fragen haben erhebliche praktische Bedeutung, weil der Löwenanteil aller gemeinschaftlichen dinglichen Rechte in Gesamtgläubigerschaft gemäß § 428 BGB eingetragen ist. Dies beruht vor allem darauf, dass die herrschende Meinung Gesamtgläubigerschaft nach § 428 BGB bei jedweden beschränkten dinglichen Recht für zulässig erachtet,³ während sie die Vereinbarkeit anderer Gemeinschaftsverhältnisse mit einzelnen dinglichen Rechten weder einheitlich bejaht noch einheitlich verneint.⁴ Gesamtgläubigerschaft erweist sich angesichts dessen als allzwecktauglich und als immun gegen Zwischenverfügungen, während die Vereinbarung eines im Einzelfall interessengerechteren Gemeinschaftsverhältnisses⁵ – zum Beispiel Bruchteilsgemeinschaft, Mitgläubigerschaft gemäß § 432 BGB oder bei Grunddienstbarkeiten §§ 1025, 1024 BGB analog – nicht selten die Eintragung verzögert oder gar verhindert.⁶

II. Gesamtberechtigung bei Verwertungsrechten

Die Regeln des § 428 BGB sind ihrem Wortlaut nach für Ansprüche auf *Leistung* konzipiert. Sie passen ferner für Ansprüche aus Verwertungsrechten. Diese richten sich zwar nicht unmittelbar auf Leistung, sondern auf Duldung der Zwangsvollstreckung. Wirtschaftlich zielt der dingliche Anspruch dennoch auf Leistung in Geld, wenn auch unter dem Druckmittel der Zwangsvollstreckung.⁷

Ein Gesamtgläubiger kann nach § 428 BGB volle Leistung an sich verlangen. Entspricht der Schuldner diesem Verlangen, so erlischt seine Leistungspflicht gegenüber sämtlichen Gläubigern. Dasselbe gilt, wenn der Schuldner ungeachtet des

Leistungsverlangens eines Gesamtgläubigers an einen anderen Gesamtgläubiger leistet.⁸ Weshalb sollte ein Gesamtgläubiger, der mit Wirkung für und gegen alle Berechtigten das ganze Recht durch Erfüllungsverlangen oder Entgegennahme der Leistung ausüben kann, nicht mit identischer Wirkung das ganze Recht aufgeben können? Hält man sich an den Wortlaut des § 428 BGB, so liegt es daher nahe, die Befugnis eines einzelnen Gesamtberechtigten zur Aufgabe des gemeinsamen Rechts in Einklang mit dem OLG Zweibrücken zu bejahen. Hinzu kommt, dass § 429 Abs. 3 Satz 1 BGB ausdrücklich § 423 BGB für entsprechend anwendbar erklärt. Danach wirkt ein zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner vereinbarter Erlass grundsätzlich auch für die übrigen Schuldner. Entsprechend auf das Verhältnis zwischen einem Gesamtgläubiger und dem Schuldner angewandt, deutet dies auf eine Befugnis jedes Gesamtberechtigten hin, den Schuldner mit Wirkung gegenüber sämtlichen Mitberechtigten aus seinen Pflichten zu entlassen.

Allerdings unterscheiden sich der in direkter Anwendung des § 423 BGB geschlossene Erlassvertrag zwischen dem Gläubiger und einem einzelnen Gesamtschuldner und der in analoger Anwendung gemäß § 429 Abs. 3 Satz 1, § 423 BGB vereinbarte Erlassvertrag zwischen einem einzelnen Gesamtgläubiger und dem Schuldner in einem wesentlichen Punkt: Ersterer wirkt wie ein Vertrag *zugunsten* Dritter, nämlich „für die übrigen Schuldner“, weil diese von ihren Pflichten frei werden. Letzterer hingegen nimmt den übrigen Gesamtgläubigern ohne deren Zutun ihre Rechte gegen den Schuldner – wie ein Vertrag *zulasten* Dritter.

Nimmt man dennoch die Verweisung des § 429 Abs. 3 Satz 1 BGB auf § 423 BGB so ernst wie das OLG Zweibrücken und bereits früher das KG,⁹ das OLG Bremen¹⁰ und das OLG Hamburg,¹¹ so haben die am Aufhebungsvertrag nicht beteiligten Berechtigten durch die Vereinbarung der Gesamtgläubigerschaft eben in Kauf genommen, ihre Rechte gegen den Schuldner zu verlieren und auf Ausgleichsansprüche im Innenverhältnis nach § 430 BGB gegen denjenigen angewiesen zu sein, der das gemeinsame Recht aufgegeben hat. Eigentlich brauchen sie sich über diese Konsequenz nicht zu beklagen, denn in dieselbe Lage können sie auch dadurch geraten, dass einer der ihren gemäß § 428 BGB Leistung an sich allein verlangt oder jedenfalls erlangt.

¹ OLG Zweibrücken, Beschluss vom 4.9.2013, 3 W 52/13, MittBayNot 2014, 533 (in diesem Heft).

² Auch beim Vorkaufsrecht ist nach h. M. Gesamtgläubigerschaft zulässig, vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1406 m. w. N.

³ Vgl. *Palandt/Grüneberg*, 73. Aufl. 2014, § 428 BGB Rdnr. 4; *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 1125, 1197, 1245, 1293, 1370, 1406, 1922, 2283 jeweils m. w. N. Selbst beim Erbbaurecht wird die Zulässigkeit von Gesamtgläubigerschaft ernsthaft erwogen, vgl. *Schöner/Stöber*, Rdnr. 1685.

⁴ Anschaulich die Übersicht von *J. Mayer in Mayer/Geck*, Der Übergabevertrag, 3. Aufl. 2013, § 4 Rdnr. 32 m. w. N.

⁵ Dazu *Amann*, DNotZ 2008, 324.

⁶ Exemplarisch OLG München, Beschluss vom 25.6.2009, 34 Wx 40/09, Rpfleger 2009, 616 = NotBZ 2009, 464 mit Anm. *Amann*, NBotBZ 2009, 441.

⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 4.3.1959, V ZR 181/57, DNotZ 1959, 310.

⁸ *Palandt/Grüneberg*, a. a. O., § 428 BGB Rdnr. 1.

⁹ KG, JW 1937, 3158.

¹⁰ OLG Bremen, Beschluss vom 11.8.1986, 1 W 51/86 c, OLGZ 1987, 29.

¹¹ OLG Hamburg, Urteil vom 18.10.2002, 4 U 75/02, MDR 2003, 319 m. w. N.

Das OLG Zweibrücken übersieht freilich, dass der BGH¹² und das überwiegende Schrifttum¹³ sich dieser Konsequenz schlicht verweigern, indem sie die Verweisung auf § 423 BGB als Fehlgriff des Gesetzgebers werten. Dementsprechend messen sie dem von nur einem Gesamtgläubiger geschlossenen Erlass- bzw. Aufhebungsvertrag keine Gesamtwirkung bei, sondern allenfalls Wirkung im Umfang der Quote, die dem betreffenden Gesamtgläubiger im Innenverhältnis gebührt, so dass die übrigen Gesamtgläubiger in Höhe der Restquote dem Schuldner gegenüber berechtigt bleiben.

Mit dem Leitsatz des OLG Zweibrücken¹⁴ ist also nicht das letzte Wort zur Befugnis eines Gesamtgläubigers, ein gemeinsames Verwertungsrecht aufzugeben, gesprochen. Hält man sich an den BGH und die herrschende Meinung, so bedarf es dazu weiterhin der Löschungsbewilligung sämtlicher Gesamtgläubiger.

III. Gesamtberechtigung bei Dienstbarkeiten

Bei Nießbrauch, Wohnungsrecht und sonstigen Dienstbarkeiten schuldet der Eigentümer keine Leistung,¹⁵ sondern in erster Linie Passivität. Er hat die Ausübung solcher Rechte zu dulden und darf bestimmte Eigentümerbefugnisse nicht ausüben (§ 1018 BGB). Wendete man hierfür wortgetreu § 428 BGB an, so könnte der Eigentümer des belasteten Grundstücks entscheiden, wem aus dem Kreise der Gesamtberechtigten er die Ausübung der Dienstbarkeit gestattet. Mit dessen Rechtsausübung hätte er zugleich seine Duldungspflicht gegenüber allen anderen Gesamtberechtigten erfüllt. Diesen blieben nur noch Ausgleichsansprüche nach § 430 BGB im Innenverhältnis. Um ein derart absurdes Ergebnis zu vermeiden, haben das BayObLG¹⁶ und der BGH¹⁷ bei solchen Rechten den Aussagegehalt des § 428 BGB darauf reduziert, dass zwar jeder Gesamtberechtigte die Duldungspflicht einfordern, dadurch aber die Rechtsposition der übrigen Berechtigten nicht tangieren kann.

Das BayObLG meint, die Kernaussage des § 428 BGB gelte nur „für den Normalfall“, wenn die „Leistung“ ihrer Natur nach an jeden beliebigen Gläubiger erbracht werden könne. Die für den Normalfall in § 428 BGB angeordnete Erfüllungswirkung der an einen Berechtigten erbrachten Leistung trete dagegen nicht ein, wenn das Recht dazu bestimmt sei, den Bedarf eines jeden der Gesamtberechtigten abzudecken.

¹² BGH, Urteil vom 4.3.1986, VI ZR 234/84, NJW 1986, 1861, 1862; BGH, Urteil vom 5.5.2009, VI ZR 208/08, NJW-RR 2009, 1534 Tz. 23.

¹³ Palandt/Grüneberg, a. a. O., § 428 BGB Rdnr. 1; Schönert/Stöber, a. a. O., Rdnr. 2734; Staudinger/Looschelders, Stand 2012, § 429 BGB Rdnr. 19; MünchKommBGB/Bydlinski, 4. Aufl. 2001, § 429 BGB Rdnr. 5, jeweils m. w. N.

¹⁴ Ebenso bereits KG, JW 1937, 3158; OLG Bremen, Beschluss vom 11.8.1986, 1 W 51/86 c, OLGZ 1987, 29; OLG Hamburg, Urteil vom 18.10.2002, 4 U 75/02, MDR 2003, 319.

¹⁵ Leistungspflichten des Eigentümers des belasteten Grundstücks können grundsätzlich nicht den Hauptinhalt einer Dienstbarkeit bilden, sondern nur in engen Grenzen als bloße Nebenpflichten diesen ergänzen, zum Beispiel beim Nießbrauch gemäß § 1047 BGB, beim Wohnungsrecht als Übernahme von Nebenkosten oder bei sonstigen Dienstbarkeiten als Regelung von Unterhaltungs- oder Verkehrssicherungspflichten, vgl. Staudinger/J. Mayer, 2009, § 1018 BGB, Rdnr. 80, 142 ff., § 1093 BGB Rdnr. 44 ff.; Amann, DNotZ 1989, 531.

¹⁶ BayObLG, Beschluss vom 21.5.1975, BReg. 2 Z 29/75, DNotZ 1975, 619.

¹⁷ BGH, Beschluss vom 21.12.1966, V ZB 24/66, DNotZ 1967, 183, 186.

Dann vermittele § 428 BGB dem einzelnen Berechtigten keine Verfügungsmacht zulasten anderer Berechtigter.

Allerdings bleibt bei solchem Verständnis des § 428 BGB von dessen Kernaussage wenig übrig, nämlich nur noch die Befugnis jedes Berechtigten, vom Eigentümer des dienenden Grundstücks Duldung der Rechtsausübung, auch zugunsten anderer Berechtigter, zu verlangen, dagegen nicht die § 428 BGB immanente Befugnis, durch Ausübung des eigenen Rechts Befugnisse anderer wahrzunehmen oder gar einzuschränken.

Der BGH meint, in solchen Fällen enthalte § 428 BGB eine an die „Mitberechtigung des § 432 BGB anklingende Besonderheit gegenüber dem Normalfall einer Gesamtberechtigung“. Der Sache nach wendet er wie das BayObLG unter der Überschrift des § 428 BGB die Regeln des § 432 BGB oder analog die §§ 1025, 1024 BGB an. Man kann dies als Etikettenschwindel tadeln. Im Hinblick auf die jahrzehntelang nahezu ausnahmslos praktizierte Eintragung von Gesamtgläubigerschaft verfolgt die Rechtsprechung damit aber einen legitimen Zweck: Sie verhindert interessenswidrige Ergebnisse, die im Wortlaut des § 428 BGB angelegt sind.

IV. Ergebnis

Trotz eingetragener Gesamtgläubigerschaft hat entgegen dem Beschluss des OLG Zweibrücken kein Teilhaber die Befugnis, ohne Mitwirkung aller anderen über das *gemeinsame Recht* zu verfügen. Nachdem der BGH und die herrschende Meinung hierzu selbst bei Geltung des § 428 BGB die Mitwirkung sämtlicher Teilhaber für notwendig halten, gilt dies erst recht bei jedem anderen Anteils- oder Gemeinschaftsverhältnis. Für die Verfügungsmacht über das ganze gemeinsame Recht spielt angesichts dessen das im Grundbuch eingetragene Anteils- oder Gemeinschaftsverhältnis überhaupt keine Rolle.¹⁸

Über die *eigene Beteiligung* kann ein Mitberechtigter ohne Mitwirkung der übrigen verfügen, wenn er Teilgläubiger (§ 420 BGB), Bruchteilsberechtigter (§ 747 Satz 1 BGB) oder Gesamtberechtigter (§ 429 Abs. 3 Satz 2 BGB) ist. So besagt es der Gesetzeswortlaut. Ob jedoch die Rechtsprechung im Ernstfall diese Einzelverfügungsmacht ausnahmslos anerkennen würde, erscheint im Hinblick auf die bereits bei Gesamtberechtigung in den Vordergrund gestellten Interessen der anderen Berechtigten mehr als zweifelhaft. Man denke nur an einen in Bruchteilsgemeinschaft begründeten Übereignungsanspruch oder an eine so eingetragene Reallast zur Versorgung der Berechtigten. Falls in solchen Fällen ein Teilhaber dem/den anderen einen neuen Mitberechtigten aufdrängen könnte, widerspräche dies evident den Interessen der Beteiligten und daher bei sorgfältiger Auslegung ihren Vereinbarungen.¹⁹

Im *Verhältnis zum Verpflichteten* bestehen bei der Frage, wer das gemeinsame dingliche Recht geltend machen kann (Einziehungsmodus), keine Unterschiede zwischen Gesamtgläubigerschaft gemäß § 428 BGB, Mitgläubigerschaft nach

¹⁸ Bei Gütergemeinschaft wird die alleinige Verwaltung des Gesamtguts durch einen Ehegatten nicht im Grundbuch eingetragen, vgl. Schönert/Stöber, a. a. O., Rdnr. 759.

¹⁹ Ähnlich interessenswidrig ist in der Regel die unmodifizierte Bruchteilsberechtigung an einem Nießbrauch: Obwohl keine Abtretung droht (§ 1059 Satz 1 BGB), würde beim Tod eines Berechtigten dem verbleibenden Berechtigten eine Nutzungsgemeinschaft mit dem Eigentümer aufgezwungen, verkannt von OLG München, Beschluss vom 25.6.2009, 34 Wx 40/09, Rpfleger 2009, 616 = NotBZ 2009, 464.

§ 432 BGB und Bruchteilsberechtigung; sogar bei Letzterer ist jeder Teilhaber in den praktisch bedeutsamen Fallgruppen prozessführungsbefugt.²⁰ § 1011 BGB gilt nämlich nicht nur bei Miteigentum, sondern analog auch bei Bruchteilsberechtigungen an beschränkten dinglichen Rechten.²¹

Bei der Frage, ob im Verhältnis zwischen dem Verpflichteten und den Berechtigten Erfüllungswirkung eintritt, zeigen sich nur bei Verwertungsrechten unterschiedliche Auswirkungen im Vergleich zwischen Gesamtgläubigerschaft einerseits und sonstigen Berechtigungsverhältnissen andererseits. Ausschließlich bei Gesamtgläubigern hat die Leistung an einen Berechtigten Erfüllungswirkung. Ansonsten kann stets unabhängig vom Gemeinschaftsverhältnis nur durch Leistung an alle erfüllt werden.

Bei Dienstbarkeiten und Nießbrauch spielen die verschiedenen Gemeinschaftsverhältnisse für die Frage, ob der Eigentümer seine Pflicht erfüllt, im Ergebnis gar keine Rolle. Der Erfüllungsmodus lässt sich aus § 428 BGB überhaupt nicht herleiten, passgenau aber auch nicht aus § 432 BGB oder aus § 744 Abs. 1 BGB. Am ehesten entsprechen die gesetzlichen Regeln der §§ 1025, 1024 BGB den Interessen der Beteiligten, denn jeder kann unabhängig von den anderen das Recht nach seinem Bedarf ausüben²² unter Achtung der Interessen der übrigen Berechtigten.²³

V. Ausblick

Angesichts solcher Erkenntnisse erstaunt die verbreitet geäußerte Selbstgewissheit darüber, dass das im Grundbuch verlaubte Gemeinschaftsverhältnis die Rechtsbeziehungen der Berechtigten untereinander und zum Schuldner sowie die Verfügungsbefugnis bestimmt, klar und sicher²⁴ wiedergeben könne.

Die vom Gesetz bereitgestellten, im Grundbuch schlagwortartig verlaubten Typen der Gemeinschaftsverhältnisse sind ungeeignet, die vielfältigen Facetten der Rechtsbeziehungen mehrerer Berechtigter untereinander²⁵ oder auch nur deren Verfügungsbefugnis „eindeutig“²⁶ wiederzugeben. Typenzwang besteht nicht. Interessengerechte Ergebnisse lassen sich häufig nur erzielen, indem man die Regeln einzelner Gemeinschaftsverhältnisse miteinander kombiniert. Weshalb

solche Kombination unzulässig sein soll,²⁷ obwohl die Rechtsprechung selbst sie praktiziert, bleibt ebenso schwer nachvollziehbar wie die vielfach anzutreffende Abwehrhaltung von Grundbuchämtern, Rechtsprechung und Schrifttum, sobald die Beteiligten ihr Gemeinschaftsverhältnis nicht den Regeln des § 428 BGB unterwerfen möchten, sondern ihre Vereinbarungen als treffender gekennzeichnet sehen durch Angabe eines anderen Gemeinschaftstypus oder einer Typenkombination.

Die bescheidene Aussagekraft des Schlagworts, mit welchem das Anteils- oder Gemeinschaftsverhältnis im Grundbuch gekennzeichnet wird, rechtfertigt eine großzügige Handhabung des § 47 Abs. 1 GBO, die den Beteiligten die Freiheit lässt, den Schwerpunkt ihrer Vereinbarungen durch Angabe eines gesetzlichen Typus herauszuheben im vollen Bewusstsein, dass damit die Gesamtheit der Rechtsbeziehungen der Berechtigten untereinander und zum Verpflichteten nicht vollständig erfasst werden kann.²⁸ Hinzu kommt, dass bei Nießbrauch und Dienstbarkeiten die Berechtigtenmehrheiten gemäß §§ 428, 432, 741 BGB bei interessengerechter Handhabung kaum Unterschiede aufweisen. Hält man sich dies vor Augen, so verlieren die meisten Verkikte, wonach ein bestimmtes Anteils- oder Gemeinschaftsverhältnis mit dem einzutragenden Recht inkompatibel sei, ihre Grundlage. Sie beruhen typischerweise darauf, dass der Blick sich auf einen rechtlichen Aspekt beschränkt und alle weiteren ausblendet.²⁹ Speziell beim Nießbrauch und bei anderen Dienstbarkeiten ist die Aussagekraft und Unterscheidungskraft des im Grundbuch verlaubten Gemeinschaftsverhältnisses so gering, dass man die Wahl großzügig den Beteiligten überlassen kann.

Vielleicht hat der „Fehler“ des OLG Zweibrücken, die §§ 428, 429 Abs. 3 BGB entgegen der herrschenden Meinung beim Wort zu nehmen, die Rückbesinnung darauf erleichtert, dass § 47 Abs. 1 GBO eine bloße Ordnungsvorschrift ist, die wenig leistet, deshalb nicht überstrapaziert werden sollte und schon gar nicht dahin ausarten darf, die Beteiligten in Schablonen zu zwingen.

²⁰ Vgl. *Staudinger/Langhein*, Stand 2008, § 744 BGB Rdnr. 47 ff.

²¹ Vgl. *Staudinger/Gursky*, Stand 2012, § 1011 BGB Rdnr. 12; MünchKommBGB/K. *Schmidt*, 6. Aufl. 2013, § 1011 BGB Rdnr. 3.

²² BayOblLG, Beschluss vom 21.5.1975, BReg. 2 Z 29/75, DNotZ 1975, 619.

²³ Näher *Amann*, DNotZ 2008, 324, 339.

²⁴ Vgl. zum Beispiel die Ausführungen und Nachweise in *BeckOKGBO/Reetz*, 2014, § 47 GBO Rdnr. 1.

²⁵ Näher *J. Mayer in Mayer/Geck*, a. a. O., Rdnr. 12 f.

²⁶ Vgl. Fn. 24.

²⁷ *Schöner/Stöber*, a. a. O., Rdnr. 1125.

²⁸ Exemplarisch BGH, Beschluss vom 11.9.1997, V ZB 11/97293, DNotZ 1998, 292, der es für ausreichend erachtet, beim Vorkaufsrecht den gesetzlichen Sukzessionsmodus (heute § 472 BGB) einzutragen. Wer stattdessen den durch Ausübung des Vorkaufsrechts entstehenden Übereignungsanspruch im Auge hat, wird Mitgläubigerschaft nach § 432 BGB für sachgerecht halten. Im Blick auf das kraft des Vorkaufsrechts zu erwerbende Eigentum erscheint gleichermaßen Bruchteilsgemeinschaft als zulässig.

²⁹ Beispiele dafür habe ich in DNotZ 2008, 324, 339 ff. aufgezeigt.

Schluss- und Ersatzerbeinsetzung in einem gemeinschaftlichen Testament für den Fall der Erbausschlagung durch den Längerlebenden

– zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Hamm vom 14.3.2014, I 15 W 136/13 –¹

Von Notar *Martin Soutier*, Roth

Die Entscheidung des OLG Hamm betrifft allgemeine Auslegungsfragen im Zusammenhang mit einem gemeinschaftlichen Testament, die auch für den Rechtsgestalter von erheblicher Bedeutung sind.

I. Sachverhalt

Dem Beschluss liegt vereinfacht folgender Sachverhalt zu Grunde: Ehegatten ohne gemeinsame Abkömmlinge haben sich in einem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt. Zu Erben des längerlebenden Ehegatten wurden zu gleichen Teilen die Tochter des Ehemanns aus erster Ehe sowie ein Neffe der Ehefrau eingesetzt. Die Verfügungen wurden – soweit ersichtlich unstreitig – wechselseitig getroffen.

Nach dem Tod des Ehemanns wollte die Ehefrau die getroffenen Regelungen für den Schlusserbfall abändern. Sie schlug daher die ihr angefallene Erbschaft aus allen Berufungsgründen aus, um sich von der Bindungswirkung ihrer eigenen Verfügungen gemäß § 2271 Abs. 2 BGB zu befreien.² Die Beteiligten streiten nun um die Frage, wer gemäß § 1953 Abs. 2 BGB an die Stelle der weggefallenen Ehefrau getreten ist.

Eine ausdrückliche Ersatzerbeinsetzung für den Tod des erstversterbenden Ehegatten enthält das Testament nicht.

II. Auslegung der Schlusserbeinsetzung auch als Ersatzerbeinsetzung für den Fall der Ausschlagung durch den Längerlebenden

Das Gericht hatte daher insbesondere die Frage zu klären, ob die Schlusserbeinsetzung auch als Ersatzerbeinsetzung für den Nachlass des erstversterbenden Ehegatten ausgelegt werden kann.

1. Ergänzende Testamentsauslegung im entschiedenen Fall

Das OLG Hamm verneint diese Frage im Ergebnis zu Recht. Ausgangspunkt der Überlegungen muss hierbei sein, dass es sich um ein Problem der ergänzenden Testamentsauslegung handelt. Es ist zu fragen, was der Erblasser tatsächlich gewollt hat bzw. gewollt hätte, wenn er die entsprechende Situation, nämlich das Wegfallen des anderen Ehegatten als Erben aufgrund Ausschlagung, vorhergesehen hätte.

Wie das Gericht richtig ausführt, sind hierbei grundsätzlich sämtliche Umstände, auch solche außerhalb der Urkunde,

heranzuziehen. Erst in einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob das so gewonnene Auslegungsergebnis eine hinreichende Andeutung im Wortlaut des Testaments gefunden hat, da es andernfalls formnichtig ist.³ Die Formfrage dürfte in Fällen wie dem vorliegenden relativ unproblematisch sein, da in der Einsetzung einer Person als Schlusserbe jedenfalls in der Regel auch eine Andeutung für eine Ersatzerbenberufung beim Tod des Erstversterbenden liegt.⁴ Schwieriger zu beantworten ist hingegen die vorrangige Frage, ob der Schlusserbe nach dem Willen des erstversterbenden Erblassers überhaupt Ersatzerbe sein soll.

Für diese an sich naheliegende Auslegung spricht die Überlegung, dass die Erblasser dem Schlusserben dereinst das gemeinsame Vermögen zukommen lassen möchten. Wären die Ehegatten kurz nacheinander verstorben, wären die Schlusserben ohne Weiteres in den Genuss der Erbschaft gekommen. Es ist daher auf den ersten Blick wenig einsichtig, warum es nun deshalb zu einem anderen Ergebnis kommen soll, weil der längerlebende Ehegatte nicht aufgrund seines Versterbens, sondern aufgrund Ausschlagung nachträglich wegfällt. Die Rückwirkung der Ausschlagung gemäß § 1953 BGB kann hierfür jedenfalls nicht allein entscheidend sein, weil es sich hierbei um eine juristische Fiktion handelt und diese in der Regel keine maßgebliche Bedeutung für den Erblasser haben dürfte. Entscheidend ist vielmehr, dass die Ausschlagung im vorliegenden Fall gemäß § 2271 Abs. 2 BGB dazu führt, dass der längerlebende Ehegatte seine erbrechtliche Verfügungsbefugnis zurück erhält. Der Wille der Ehegatten bestand im vorliegenden Fall – wie in den meisten Fällen eines gemeinschaftlichen Testaments – darin, das Vermögen in der Familie zu erhalten. Der erstversterbende Ehegatte hat seinen Ehepartner nicht allein deshalb zum Alleinerben eingesetzt, weil er diesen vermögensrechtlich absichern wollte. Vielmehr liegt dem regelmäßig auch die Erwartung zugrunde, dass beim Tod des Längerlebenden die gemeinsam bestimmten Schlusserben den noch vorhandenen Familienbesitz erhalten sollen. Hierin liegt gerade die Wechselbezüglichkeit der entsprechenden Verfügungen im Sinne von § 2270 BGB begründet. Durch ihre Ausschlagungserklärung hat die Ehefrau diesen gemeinsamen Plan vereitelt, weil sie nunmehr die Schlusserbfolge abändern konnte. Die gemeinsam bestimmten Schlusserben würden daher unter Umständen beim Tod des zweitversterbenden Ehegatten

¹ OLG Hamm, Beschluss vom 14.3.2014, I 15 W 136/13, MittBayNot 2014, 537 (in diesem Heft).

² Zu der Frage, ob sich die Ausschlagungserklärung hierfür nur auf die testamentarischen Verfügungen oder auch das gesetzliche Erbrecht beziehen muss, vgl. *Soergel/Wolf*, BGB, 13. Aufl., § 2271 Rdnr. 19; *Staudinger/Kanzleiter*, Stand 2014, § 2271 Rdnr. 43; *MünchKommBGB/Musielak*, 6. Aufl., § 2271 Rdnr. 25; *Palandt/Weidlich*, § 2271 Rdnr. 18.

³ BGH, Urteil vom 7.10.1992, IV ZR 160/91, NJW 1993, 256 m. w. N.

⁴ Vgl. die Parallele zu § 2069 BGB, wo nach BGH, Urteil vom 5.7.1972, IV ZR 125/70, NJW 1973, 240, sowie BayOblG, Beschluss vom 1.4.2004, IZ BR 1/04, FamRZ 2005, 68, bereits in der Berufung einer bestimmten Person auch die notwendige Andeutung für die Ersatzerbeinsetzung der Abkömmlinge gesehen werden könne.

völlig leer ausgehen. Dieser Verlust wird auch nicht dadurch kompensiert, dass die ursprünglich eingesetzten Schlusserben als unterstellte Ersatzerben des erstversterbenden Ehegatten sofort in den Genuss des Vermögens gelangen würden. Denn diese Erbschaft würde sich nur auf das Vermögen des erstversterbenden Ehegatten beziehen und somit gerade nicht auch auf das Vermögen des anderen Erblassers.

Im konkreten Fall würde die Auslegung der Schlusserbeinsetzung als Ersatzerbeinsetzung dazu führen, dass der Sohn des Ehemannes neben dem Neffen der Ehefrau nur zur Hälfte Erbe seines Vaters würde. Die Ehefrau könnte den Stiefsohn hingegen vollständig enterben; dieser erhielte mangels Eltern-Kind-Verhältnis nicht einmal einen Pflichtteilsanspruch. Das Gericht stellt zu Recht fest, dass nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden könne, dass der erstversterbende Ehemann auch vor diesem Hintergrund an der hälftigen Erbeinsetzung des Neffen der Ehefrau festhalten wollte. Vielmehr spricht viel dafür, dass die Beschränkung des Erbrechts des eigenen Sohnes zugunsten des Verwandten der Ehefrau nur unter dem Gesichtspunkt erfolgte, dass der Sohn dereinst auch seine Stiefmutter zur Hälfte beerben würde. Einwenden könnte man an dieser Stelle freilich, dass die Ausschlagungserklärung der Ehefrau allein noch nicht zur Enterbung des Stiefsohnes geführt hat. Hierzu wäre vielmehr noch eine entsprechende neue letztwillige Verfügung erforderlich gewesen.⁵ Dennoch ist es überzeugend, für die hier vorliegende Frage, wer Ersatzerbe geworden ist, allein auf die Ausschlagungserklärung abzustellen. Denn zum einen befreit sich der längerlebende Ehegatte bereits hierdurch von der Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments, so dass es nur noch von seinem eigenen Belieben abhängt, ob er die Schlusserbfolge später abändert oder nicht. Zum anderen würde es zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen, die Entscheidung der Auslegungsfrage gewissermaßen bis zu dem Moment hinauszuschieben, bis zu dem klar wird, ob der längerlebende Ehegatte eine neue Verfügung trifft oder nicht. Im schlimmsten Fall könnte die Frage, wer Erbe des erstverstorbenen Ehegatten geworden ist, hierdurch bis zum Ableben des längerlebenden Ehegatten in der Schwebe bleiben. Dies kann für den Rechtsverkehr kein sachgerechtes Ergebnis sein. Eine „hereditas iacens“, also einen herrenlosen bzw. ruhenden Nachlass, kennt das deutsche Recht – beispielsweise im Unterschied zum österreichischen Recht – gerade nicht.

Diesem Gedanken kann auch nicht das Urteil des BGH vom 12.11.2011, IV ZR 230/09, NJW 2011, 1353, entgegengehalten werden. Dort hat der BGH zwar festgestellt, dass das Gesetz für die Ausschlagung eines Vermächtnisses – anders als für die Ausschlagung der Erbschaft gemäß § 1944 BGB – keine Frist vorsieht. Hierdurch kann es auch noch Jahre nach dem Erbfall dazu kommen, dass der längerlebende Ehegatte das ihm zugewandte Vermächtnis ausschlägt und seine eigenen wechselbezüglichen Verfügungen nach § 2271 Abs. 2 BGB widerruft, was wiederum gemäß § 2270 Abs. 1 BGB auch zur Unwirksamkeit der Verfügungen des vorverstorbenen Ehegatten führt. Bis zu dem Zeitpunkt bleiben jedoch – und das ist das entscheidende Kriterium – sämtliche Verfügungen wirksam. Die Unsicherheit, ob es zu einem Widerruf der wechselbezüglichen Verfügungen noch kommen wird, führt zu keinem echten Schwebezustand in dem Sinne, dass die Identität des Erben zu irgendeinem Moment objektiv nicht feststünde. Denn bis zum Zeitpunkt des Widerrufs sind die wechselbezüglichen Verfügungen wirksam, so dass sich die Rechtslage nach ihnen richtet. Erst wenn der längerlebende

Ehegatte seine eigenen wechselbezüglichen Verfügungen wirksam aufgehoben hat, entfallen damit auch die Verfügungen des vorverstorbenen Ehegatten. Dies führt zwar unter Umständen zu einer rückwirkenden Änderung der Erbrechtslage und damit in der Tat zu nicht unerheblicher Rechtsunsicherheit. Ein herrenloser Nachlass ist damit jedoch zu keinem Zeitpunkt verbunden, so dass die genannte Rechtsprechung des BGH kein Argument dafür liefert, dass solche Sachverhalte im deutschen Recht hinzunehmen wären.

Es bleibt daher festzuhalten, dass jedenfalls im Falle einer Ausschlagung durch den längerlebenden Ehegatten in eine gemeinschaftliche Schlusserbeinsetzung nicht ohne Weiteres eine Ersatzerbregelung hineingelesen werden kann. Vielmehr bedürfte eine entsprechende Auslegung konkreter Anhaltspunkte im Einzelfall für einen solchen Erblasserwillen.

2. Weitere Sachverhaltsgestaltungen

Ausgehend von dieser Erkenntnis bietet die Entscheidung aus Sicht der notariellen Praxis Anlass für folgende weiterführende Fragestellungen:

a) Berliner Testament

Zunächst stellt sich die Frage, ob die vorliegende Entscheidung anders ausgefallen wäre, wenn es sich um den Standardfall eines sog. Berliner Testaments gehandelt hätte, die Ehegatten also keine Stiefkinder bzw. Neffen, sondern ihre gemeinschaftlichen Kinder als Schlusserben eingesetzt hätten. Die Frage bleibt zunächst rein akademisch, wenn die Ehegatten alle ihre Kinder gleichermaßen bedacht haben, weil dann bei Wegfall des ausschlagenden Ehegatten gesetzliche und gewillkürte Erbfolge zum gleichen Ergebnis führen. Entscheidend ist das Problem aber dann, wenn beispielsweise eines oder mehrere der gemeinschaftlichen Kinder von der Erbfolge ausgeschlossen wurden oder einen geringeren Erbteil als ihre Geschwister erhalten sollten.

Für eine abweichende Beurteilung dieser Sachverhaltsgestaltung vom entschiedenen Fall spricht, dass das OLG Hamm maßgeblich darauf abstellt, dass der Stiefsohn bei Änderung der Schlusserbfolge nach Ausschlagung durch den längerlebenden Ehegatten nicht einmal ein Pflichtteilsrecht erhielt. Dieses Argument greift bei gemeinschaftlichen Abkömmlingen beider Ehegatten nicht durch. Ändert der ausschlagende Ehegatte die Erbquote eines zum Schlusserben eingesetzten Kindes nachträglich ab oder enterbt er dieses vollständig, verbleibt diesem in der Regel dennoch sein Anspruch gemäß § 2303 BGB als schuldrechtliche Mindestbeteiligung am Nachlass des zweitversterbenden Elternteils.

Dies allein kann aber nicht entscheidend sein. Zwar behalten die Abkömmlinge einen Pflichtteilsanspruch, sie können jedoch ihren womöglich wesentlich weitergehenden testamentarisch eingeräumten Erbteil gegen den ursprünglichen Willen des erstversterbenden Ehegatten verlieren. Relevant für die Auslegung ist daher erneut der mutmaßliche Wille des Erblassers. Für diesen ist es in der Regel entscheidend, warum die Ehegatten ihre Kinder nicht gleichmäßig, sondern zu unterschiedlichen Erbquoten als Schlusserben eingesetzt haben (wie vorstehend gesehen stellt sich das Problem ansonsten von vornherein nicht). Bestand das Motiv der Ehegatten darin, ein Problemkind möglichst weitgehend von der Erbfolge auszuschließen, wird diese Interessenlage möglicherweise auch nach einem Wegfall des anderen Ehegatten infolge Ausschlagung Bestand haben. Denn die Alternative bestünde in der Geltung der gesetzlichen Erbfolge, so dass der „ungelebte“ Abkömmling nunmehr entgegen der Intention des Erblassers sofort einen Teil seines Nachlasses erhielt. Der

⁵ Vgl. OLG Bremen, Beschluss vom 1.8.2012, 5 W 18/12, MittBayNot 2013, 57 m. Anm. Soutier.

längerlebende Ehegatte könnte somit durch seine Ausschlagung das Problemkind nicht nur erneut beim Schlusserbfall berücksichtigen, sondern diesem auch einen Teil am Nachlass des erstverstorbenen Elternteils verschaffen. Letzteres kann nicht gegen den Willen des Erblassers erfolgen, weshalb ggf. die Schlusserbfolge – anders als im Fall des OLG Hamm – hier doch als Ersatzerbeinsetzung ausgelegt werden muss. Dies kann dogmatisch durch eine Fortgeltung der wechselbezüglichen Verfügungen des erstversterbenden Ehegatten als einseitiges Testament geschehen. Die Ausschlagung des längerlebenden Ehegatten alleine führt zunächst noch nicht zur Unwirksamkeit dieser Bestimmungen.⁶ Sobald allerdings der längerlebende Ehegatte seine eigenen Verfügungen durch die Errichtung eines neuen Testaments widerruft, hat dies nach § 2270 Abs. 1 BGB an sich auch die Ungültigkeit der wechselbezüglichen Verfügungen des vorverstorbenen Ehegatten zur Folge. Diese können jedoch bei entsprechendem Erblasserwillen als einseitige Verfügungen aufrechterhalten werden.⁷ Ein entsprechender Erblasserwille dürfte in der vorgenannten Konstellation der Enterbung des „Problemkindes“ in der Regel anzunehmen sein.

Anders ist die Situation in dem Fall zu bewerten, in dem die unterschiedliche Einsetzung der Abkömmlinge im Rahmen der Schlusserbfolge im alleinigen Interesse des längerlebenden Ehegatten stattfand. Denkbar ist insoweit etwa die Bevorzugung des einzigen Sohnes gegenüber seinen Schwestern auf Veranlassung des Ehemannes hin. Verstirbt nunmehr die Ehefrau zuerst und schlägt der Ehemann die Erbschaft aus, um seine neue Lebensgefährtin als Alleinerbin einzusetzen, versteht es sich nicht von selbst, dass die Ehefrau die disquotale Erbeinsetzung der gemeinschaftlichen Kinder – die sie seinerzeit lediglich auf Drängen des Ehemannes unterschrieben hat – weiterhin gelten lassen will. Vielmehr kann der mutmaßliche Wille auch dahin gehen, dass die Bevorzugung des einen Kindes als Zugeständnis an den Ehegatten nur insoweit Bestand haben soll, als jener die ursprünglich angeordnete Verteilung des Familienvermögens im Rahmen der Schlusserbfolge nicht durch seine Ausschlagung torpediert.

Auch bei gemeinschaftlichen Abkömmlingen gilt somit, dass sich eine pauschale Übertragung der für den Schlusserbfall getroffenen Erbeinsetzung auf den Ersatzerbfall verbietet. Vielmehr hat auch hier eine Auslegung im Einzelfall stattzufinden. Der Notar als rechtsgestaltender Jurist ist daher stets aufgerufen, den genauen Erblasserwillen im Einzelfall zu ermitteln, um eine möglichst ausdrückliche Regelung für den Ersatzerbfall – auch im Falle einer Ausschlagung – vorzusehen und sich nicht auf die Ungewissheit einer ergänzenden Auslegung zu verlassen.

b) Erbvertrag

Interessant ist weiterhin die Frage, ob die vorstehenden Auslegungsgrundsätze auch dann gelten, wenn die Verfügungen nicht in einem gemeinschaftlichen Testament, sondern in einem Erbvertrag getroffen werden. Hierfür spräche zunächst, dass es für die Auslegung in der Regel eher auf den Inhalt einer Verfügung ankommt und weniger auf die Form, in der diese getroffen wurde. In vielen Fällen wird es nämlich mehr von den Gepflogenheiten an der jeweiligen Notarstelle und weni-

ger vom expliziten Willen der Ehegatten abhängen, ob der gemeinsame letzte Wille in Form eines gemeinschaftlichen Testaments oder in Form eines Erbvertrags abgefasst wird.

Zwischen Erbvertrag und gemeinschaftlichem Testament besteht jedoch ein wesentlicher Unterschied im Hinblick auf die Bindungswirkung der Schlusserbfolge. Während bei einem gemeinschaftlichen Testament der längerlebende Ehegatte auch bei Vorliegen von wechselbezüglichen Verfügungen seine erbrechtliche Verfügungsbefugnis durch Ausschlagung gemäß § 2271 Abs. 2 BGB wiedererlangen kann, besteht diese Möglichkeit bei einem Erbvertrag nicht. Wurde die Schlusserbfolge in einem Erbvertrag nicht einseitig, sondern erbrechtlich getroffen, kann diese Regelung grundsätzlich nur bei Vorliegen eines Änderungsvorbehalts oder eines Rücktrittsrechts beseitigt werden. Eine dem § 2271 Abs. 2 BGB vergleichbare Bestimmung besteht beim Erbvertrag nicht.

Für die Auslegung des OLG Hamm war indes gerade die Wirkung der Ausschlagung gemäß § 2271 Abs. 2 BGB das entscheidende Kriterium. Weil der ausschlagende Ehegatte beim gemeinschaftlichen Testament seinerseits nicht mehr an die Schlusserbfolge gebunden ist, kann nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass der bereits verstorbene Ehegatte diese für seinen eigenen Todesfall wünscht. Umgekehrt gilt: Ändert bei einem Erbvertrag die Ausschlagung des längerlebenden Ehegatten nichts an der Geltung der bindend angeordneten Schlusserbfolge, spricht viel dafür, dass diese auch als Ersatzerbfolge für den Erstverstorbenen gelten soll. Denn der Wille der Erblasser, dass das gemeinschaftliche Vermögen dereinst den Schlusserbgen zufallen soll, wird durch die Ausschlagung nicht gefährdet. Der ausschlagende Ehegatte verzichtet lediglich auf die zunächst ihm zustehende Zuwendung. Für die Frage, ob nach Ausschlagung durch den längerlebenden Ehegatten die bindend (erbrechtlich bzw. wechselbezüglich) getroffene Schlusserbfolge auch als Ersatzerbfolge angesehen werden kann, dürfte daher beim Erbvertrag genau ein umgekehrtes Regel-Ausnahme-Verhältnis gelten als beim gemeinschaftlichen Testament: Während beim gemeinschaftlichen Testament besondere Anhaltspunkte eine solche Auslegung rechtfertigen müssen, kann beim Erbvertrag im Regelfall, d. h. mangels Vorliegen abweichender Umstände, von einem entsprechenden Erblasserwillen ausgegangen werden. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist jedoch in dem praktisch besonders wichtigen Fall des gegenseitigen Erbvertrags zu machen, der ein freies Rücktrittsrecht der Erblasser enthält. Das Rücktrittsrecht erlischt zwar gemäß § 2298 Abs. 2 Satz 2 BGB beim gegenseitigen Erbvertrag mit dem Tod der anderen Vertragspartei. Nach § 2298 Abs. 2 Satz 3 BGB kann jedoch der Überlebende seine Verfügungen dann aufheben, wenn er das ihm zugewendete ausschlägt. Diese Regelung entspricht in ihrer Bindungswirkung weitgehend der Situation bei wechselbezüglichen Verfügungen nach § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB. Es spricht daher alles dafür, die Auslegung hinsichtlich der Ersatzerbfolge in diesem Fall in gleicher Weise wie beim gemeinschaftlichen Testament vorzunehmen.

III. Fazit

Als wichtigste Erkenntnis des Urteils des OLG Hamm bleibt festzuhalten, dass sich eine ausdrückliche und auf den Einzelfall bezogene Regelung hinsichtlich der Ersatzerbfolge bei jeder Form von Verfügung von Todes wegen dringend empfiehlt.

⁶ Vgl. OLG Bremen, Beschluss vom 1.8.2012, 5 W 18/12, MittBayNot 2013, 57 m. Anm. Soutier.

⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 12.11.2011, IV ZR 230/09, NJW 2011, 1353, 1354; Palandt/Weidlich, 73. Aufl. 2014, § 2271 BGB Rdnr. 17.

Die Gründung einer Einpersonen-GmbH durch einen vollmachtlosen Stellvertreter

Von stud. jur. *Stelios Tonikidis*, Mannheim

Handelt bei der Gründung einer Einpersonen-GmbH (Einpersonengesellschaft) ein vollmachtloser Stellvertreter, so gehen Rechtsprechung und Literatur nahezu einhellig von der Nichtigkeit der Gründungserklärung nach § 180 Satz 1 BGB aus, wohingegen im Falle der Gründung einer Mehrpersonen-GmbH (Mehrpersonengesellschaft) lediglich eine schwebende Unwirksamkeit und damit eine Genehmigungsfähigkeit der betreffenden Gründungserklärung nach § 177 Abs. 1 BGB angenommen wird. Im Folgenden soll aufgezeigt werden, dass § 180 Satz 1 BGB aufgrund teleologischer Erwägungen auf die vollmachtlose Gründung einer Einpersonengesellschaft nicht anwendbar und daher auch in diesem Fall die Genehmigungsfähigkeit der Gründungserklärung (entsprechend der Rechtslage bei der vollmachtlosen Gründung einer Mehrpersonen-GmbH) zu bejahen ist.

I. Einführung

Die Gründung einer GmbH setzt neben einem nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister nach § 7 GmbHG voraus. Zwar findet § 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG aufgrund seiner systematischen Stellung hinter § 1 GmbHG („... durch eine oder mehrere Personen errichtet ...“) sowohl auf die Gründung einer Mehrpersonengesellschaft als auch auf die Gründung einer Einpersonengesellschaft Anwendung, allerdings tritt bei Letzterer an die Stelle des Vertragsschlusses – zumindest nach heute ganz herrschende Meinung – die einseitige (nicht-empfangsbedürftige) Gründungserklärung des alleinigen Gründers,¹ welche den „Gesellschaftsvertrag“ im Sinne des § 2 Abs. 1 GmbHG darstellt.² Nach allgemeiner Auffassung können sich die Gesellschafter der zu gründenden GmbH bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages rechtsgeschäftlich vertreten lassen.³ Abweichend von der allgemeinen Regelung des § 167 Abs. 2 BGB bedarf aber die Erteilung der Vollmacht nach § 2 Abs. 2 GmbHG der notariellen Beurkundung oder notariellen Beglaubigung. Ein Verstoß gegen § 2 Abs. 2 GmbHG führt nach § 125 Satz 1 BGB zur Nichtigkeit der Vollmacht, so dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt.⁴ In der Praxis kommt es nicht selten vor, dass in der Gründungsphase der GmbH mangels Beachtung des Formerfordernisses in § 2 Abs. 2 GmbHG im Außenverhältnis ein vollmachtloser Vertreter handelt, obwohl dieser im Innenverhältnis zur Gründung der GmbH befugt ist. Besteht bei der Gründung einer Mehrpersonengesellschaft noch Einigkeit darin, dass die abgegebene Willenserklärung (und damit auch der Gesellschaftsvertrag) nach § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam ist und – abweichend von § 182 Abs. 2 BGB – durch eine der Form des § 2 Abs. 2 GmbHG genügende

Genehmigung geheilt werden kann,⁵ stellt sich die Rechtslage bei der Gründung einer Einpersonengesellschaft anders dar. Während die Rechtsprechung⁶ und nahezu das gesamte Schrifttum⁷ hier von der Nichtigkeit⁸ der betreffenden Erklärung nach § 180 Satz 1 BGB ausgehen (so dass die Gründung der GmbH nach § 141 Abs. 1 BGB wiederholt werden müsste), wird demgegenüber teilweise eine Anwendung des § 180 Satz 1 BGB abgelehnt und – entsprechend der Rechtslage bei der Mehrpersonengesellschaft – eine Genehmigungsfähigkeit der entsprechenden Erklärung nach § 177 Abs. 1 BGB bejaht.⁹ Der folgende Beitrag will die diesbezügliche Diskussion strukturieren und näher durchleuchten.

II. Praktische Bedeutung der Streitfrage

Die aufgeworfene Streitfrage ist nicht nur von akademischer Bedeutung, sondern weist auch eine erhebliche praktische Relevanz auf, da eine endgültige Unwirksamkeit der Gründungserklärung und die damit erforderliche Wiederholung der GmbH-Gründung (§ 141 Abs. 1 BGB) zu einer erheblichen zeitlichen Verzögerung führen würde.¹⁰ Unter Zugrundelegung der herrschende Meinung führt nämlich das Handeln eines Vertreters ohne Vertretungsmacht dazu, dass der Notar die nach § 2 Abs. 1 GmbHG erforderliche Beurkundung wegen § 4 BeurkG, § 14 Abs. 2 BNotO nicht vollziehen

¹ *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 2 Rdnr. 5 ff.; *BeckOK-GmbHG/Jaeger*, BeckOK-GmbHG, Stand 1.6.2014, § 2 Rdnr. 3 f.; *Henssler/Strohn/Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, § 2 Rdnr. 4 ff.; *Michalski/Michalski*, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 2 Rdnr. 4 ff.; *MünchKommGmbHG/Mayer*, 2010, § 2 Rdnr. 5 ff.; *Roth/Altmeyen/Roth*, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 2 Rdnr. 10 f.; *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 2 Rdnr. 3.

² *Henssler/Strohn/Schäfer*, Gesellschaftsrecht, § 2 Rdnr. 7; siehe auch *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG § 2 Rdnr. 7: „An Stelle der vertraglichen Einigung steht hier die einseitige, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung des alleinigen Gründers.“

³ *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 2 Rdnr. 20 und 24; *MünchKommGmbHG/Mayer*, § 2 Rdnr. 65; *Roth/Altmeyen/Roth*, GmbHG, § 2 Rdnr. 29.

⁴ *Michalski/Michalski*, GmbHG, § 2 Rdnr. 34; *MünchKommGmbHG/Mayer*, § 2 Rdnr. 72.

⁵ OLG Köln, Beschluss vom 28.3.1995, 2 Wx 13/95, NJW-RR 1996, 550; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 2 Rdnr. 22; *Henssler/Strohn/Schäfer*, Gesellschaftsrecht, § 2 Rdnr. 23; *Michalski/Michalski*, GmbHG, § 2 Rdnr. 34; *Roth/Altmeyen/Roth*, GmbHG, § 2 Rdnr. 30; *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 2 Rdnr. 8; *Hasselmann*, ZIP 2012, 1947.

⁶ OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 24.2.2003, 20 W 447/02, NZG 2003, 438; OLG Hamm, Entscheidung vom 15.8.1983, 15 W 265/83, DB 1983, 2679; LG Berlin, Beschluss vom 15.8.1995, 98 T 34/95, GmbHR 1996, 123; KG Berlin, Beschluss vom 18.5.2004, 1 W 7349/00, NZG 2004, 826; KG Berlin, Beschluss vom 14.12.2011, 25 W 48/11, RNotZ 2012, 240, 241.

⁷ *BeckOK-GmbHG/Jaeger*, § 2 Rdnr. 24; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 2 Rdnr. 22; *Michalski/Michalski*, GmbHG, § 2 Rdnr. 34; *MünchKommGmbHG/Mayer*, § 2 Rdnr. 65; *Roth/Altmeyen/Roth*, GmbHG, § 2 Rdnr. 30; *Henssler/Strohn/Schäfer*, Gesellschaftsrecht, § 2 Rdnr. 25; *Grooterhorst*, NZG 2007, 605, 610; *Wachter*, GmbHR 2003, 660, 661.

⁸ BGH, Urteil vom 12.11.2008, VIII ZR 170/07, NJW 2009, 215, 216: „Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft [...] ist Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig (§ 180 Satz 1 BGB); ein solches Rechtsgeschäft ist nichtig.“

⁹ *Dürr*, GmbHR 2008, 408, 412; *Hasselmann*, ZIP 2012, 1947, 1951.

¹⁰ *Hasselmann*, ZIP 2012, 1947, 1948.

darf.¹¹ Tut er dies dennoch, so darf das Registergericht nach § 9c Abs. 1 Satz 1 GmbHG die Gesellschaft nicht in das Handelsregister eintragen.¹² Ist die GmbH trotz allem in das Handelsregister eingetragen worden, so liegt zwar eine wirk-same Gesellschaftsgründung vor,¹³ jedoch ist umstritten, ob damit der Formmangel der Vollmacht geheilt wird. Während dies teilweise abgelehnt wird, befürwortet die herrschende Meinung¹⁴ eine Heilung des Formmangels,¹⁵ da dieser Fall im abschließenden Katalog¹⁶ der in § 75 Abs. 1 GmbHG aufgezählten Nichtigkeitsgründe nicht genannt ist.¹⁷

III. Voraussetzungen des § 180 BGB

Ob das Handeln eines Vertreters ohne Vertretungsmacht bei der Gründung einer Einpersonengesellschaft tatsächlich nicht genehmigungsfähig und die Gründungserklärung damit nichtig ist, lässt sich nur durch Auslegung des § 180 BGB feststellen. Hierbei muss zwischen streng einseitigen Rechtsgeschäften, die – unabhängig von einer Empfangsbedürftigkeit – unter § 180 Satz 1 BGB fallen und nicht genehmigungsfähig sind, und solchen, die aufgrund ihrer Empfangsbedürftigkeit gegenüber einem anderen vorzunehmen sind und unter den Voraussetzungen des § 180 Satz 2 i. V. m. § 177 Abs. 1 BGB ausnahmsweise genehmigt werden können, unterschieden werden.

¹¹ Hasselmann, ZIP 2012, 1947; im Ergebnis ebenso Grooterhorst, NZG 2007, 605, 610.

¹² BeckOK-GmbHG/Jaeger, § 2 Rdnr. 25; Grooterhorst, NZG 2007, 605, 610; Hasselmann, ZIP 2012, 1947; Wachter, GmbHR 2003, 660, 661.

¹³ Roth/Altmeyen/Roth, GmbHG, § 2 Rdnr. 34: „Wird jedoch trotz des Formmangels die Eintragung (§ 10 [GmbHG]) vorgenommen, so entsteht dadurch die GmbH und der Formmangel stellt keinen Nichtigkeitsgrund gemäß § 75 [GmbHG] dar.“; missverständlich hingegen Michalski/Michalski, GmbHG, § 2 Rdnr. 37, nach dessen Ansicht die Gesellschaft deswegen nicht nichtig sei, weil der Fall einer mangelhaften Vollmacht in dem abschließenden Katalog des § 75 Abs. 1 GmbHG nicht aufgeführt sei. Dabei wird jedoch verkannt, dass trotz Vorliegens eines Nichtigkeitsgrundes i. S. d. § 75 Abs. 1 GmbHG die Gesellschaft wirksam mit ihrer Eintragung in das Handelsregister entsteht und die Gesellschaft durch die Nichtigkeitsklage lediglich mit Wirkung für die Zukunft vernichtbar ist (richtig Michalski/Rühland, GmbHG, § 75 Rdnr. 2).

¹⁴ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 2 Rdnr. 23; BeckOK-GmbHG/Jaeger, § 2 Rdnr. 25; Henssler/Strohn/Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 2 Rdnr. 25; Michalski/Michalski, GmbHG, § 2 Rdnr. 37; MünchKommGmbHG/Mayer, § 2 Rdnr. 78; Roth/Altmeyen/Roth, GmbHG, § 2 Rdnr. 50; Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 2 Rdnr. 9; Grooterhorst, NZG 2007, 605, 611.

¹⁵ Fehlt es hingegen schon an einer Vollmachterteilung, so wird dieser Mangel trotz Eintragung in das Handelsregister nicht geheilt (Roth/Altmeyen/Roth, GmbHG, § 2 Rdnr. 50). Zwar wird auch in diesem Fall die Gesellschaft wirksam gegründet (nämlich in Form einer Scheingesellschaft; Grooterhorst, NZG 2007, 605, 611), allerdings wird der scheinbar Vertretene nicht Gesellschafter, da es aufgrund der gänzlich fehlenden Vollmacht an einer ihm zurechenbaren Beitrittserklärung mangelt, es sei denn, er erklärt die formgerechte Genehmigung (BeckOK-GmbHG/Jaeger, § 2 Rdnr. 25; Michalski/Michalski, GmbHG, § 2 Rdnr. 37; MünchKommGmbHG/Mayer, § 2 Rdnr. 78). Liegt keine Genehmigung des scheinbar Vertretenen vor, so kann die Gesellschaft nach h. M. von Amts wegen nach § 399 Abs. 4 FamFG aufgelöst werden (so Michalski/Michalski, GmbHG, § 2 Rdnr. 37; MünchKommGmbHG/Mayer, § 2 Rdnr. 78; a. A. Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 2 Rdnr. 15).

¹⁶ BGH, Beschluss vom 9.10.1956, BGHZ 21, 378, 381; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 4.12.2001, 20 W 31/01, NZG 2002, 294, 295; MünchKommGmbHG/Hillmann, § 75 Rdnr. 5 m. w. N.

¹⁷ Michalski/Michalski, GmbHG, § 2 Rdnr. 37; MünchKommGmbHG/Mayer, § 2 Rdnr. 78; Grooterhorst, NZG 2007, 605, 611.

1. Einseitiges Rechtsgeschäft im Sinne des § 180 Satz 1 BGB

Nach dem Wortlaut des § 180 Satz 1 BGB ist bei einem einseitigen Rechtsgeschäft die Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig.

a) Grammatikalische Auslegung

Da die Gründung einer Einpersonengesellschaft lediglich durch einen Gesellschafter erfolgt,¹⁸ geht die herrschende Meinung richtigerweise davon aus, dass die Gesellschaftsgründung nicht durch Vertragsschluss (und damit nicht durch ein zweiseitiges Rechtsgeschäft), sondern durch ein einseitiges Rechtsgeschäft in Form einer einseitigen Gründungserklärung des vollmachtlosen Vertreters erfolgt.¹⁹ Sofern dem von Teilen der Literatur entgegenhalten wird, dass die nach § 2 Abs. 1 GmbHG erforderliche Beurkundung des Gesellschaftsvertrages kein einseitiges, sondern ein zweiseitiges Rechtsgeschäft sei,²⁰ weil sich im Moment der Gründung der GmbH die Gesellschaft auf der einen Seite und der Gründer auf der anderen Seite gegenüberstünden,²¹ kann dem nicht gefolgt werden. Dabei wird nämlich verkannt, dass im Moment der Beurkundung weder die zu gründende Einpersonen-GmbH noch eine Vorgesellschaft existieren.²²

b) Historische Auslegung

Die Entstehungsgeschichte des § 180 Satz 1 BGB gibt keinerlei Aufschluss über die Frage, ob die Erklärung zur Gründung einer Einpersonengesellschaft ein einseitiges Rechtsgeschäft darstellt.

c) Systematische Auslegung

Zwar ließe sich aus der systematischen Zusammenschau von § 180 Satz 1 BGB („... einseitigem Rechtsgeschäft ...“) einerseits und § 2 Abs. 1 GmbHG („... Gesellschaftsvertrag ...“) – der auf die Gründung einer Mehrpersonen- und Einpersonengesellschaft gleichermaßen Anwendung findet – andererseits schließen, dass die Gründung einer Einpersonengesellschaft gerade nicht auf einem einseitigen Rechtsgeschäft, sondern einem zweiseitigen Rechtsgeschäft (nämlich dem „Gesellschaftsvertrag“) beruht,²³ jedoch wird dabei die Entstehungsgeschichte von § 2 Abs. 1 GmbHG verkannt. Dem Gesetzgeber war im Zuge der GmbH-Novelle von 1980 sehr wohl bewusst, dass der in § 2 Abs. 1 GmbHG erwähnte Begriff des „Gesellschaftsvertrages“ auf die Gründung einer Einpersonengesellschaft nicht passte.²⁴ Dass er den Begriff

¹⁸ Hasselmann, ZIP 2012, 1947, 1948.

¹⁹ So im Ergebnis OLG Hamm, Entscheidung vom 15.8.1983, 15 W 265/83, DB 1983, 2679, 2679; KG Berlin, Beschluss vom 18.5.2004, 1 W 7349/00, NZG 2004, 826, 826; LG Berlin, Beschluss vom 15.8.1995, 98 T 34/95, GmbHR 1996, 123; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 2 Rdnr. 5 ff.; BeckOK-GmbHG/Jaeger, § 2 Rdnr. 3 f.; Henssler/Strohn/Schäfer, Gesellschaftsrecht, § 2 Rdnr. 4 ff.; Michalski/Michalski, GmbHG, § 2 Rdnr. 4 ff.; MünchKommGmbHG/Mayer, § 2 Rdnr. 5 ff.; Roth/Altmeyen/Roth, GmbHG, § 2 Rdnr. 10 f.; Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 2 Rdnr. 3; Hasselmann, ZIP 2012, 1947, 1948.

²⁰ Mümmler, JurBüro, 1981, 837 ff.; Willemer, DNotZ 1981, 469 ff.; Willemer, DNotZ 1983, 257 ff.

²¹ Mümmler, JurBüro, 1981, 837 ff.

²² Hasselmann, ZIP 2012, 1947, 1948.

²³ Willemer, DNotZ 1981, 469, 470 f.

²⁴ BT-Drucks. 8/3908, S. 68: „Die Errichtung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung durch nur eine Person kann zwar nicht durch Abschluss eines Gesellschaftsvertrages erfolgen, da dieser begriffsnotwendig mindestens zwei Vertragsparteien voraussetzt, sondern nur durch eine Erklärung über die Errichtung der Gesellschaft.“.

des „Gesellschaftsvertrages“ dennoch auch für die Einpersonengesellschaft beibehalten hat, lag daran, dass diese Bezeichnung im GmbHG auch sonst für die Urkunde über die Errichtung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und ihre Grundlagen verwendet und der Gesellschaftsvertrag schon damals als ein Vertrag besonderer Art aufgefasst wurde.²⁵ Folglich sollte durch die Verwendung dieser Bezeichnung in § 2 Abs. 1 GmbHG gerade keine Aussage dahingehend getroffen werden, dass die Gründung einer Einpersonengesellschaft durch ein zweiseitiges Rechtsgeschäft erfolgt.

d) Teleologische Auslegung

Überwiegend wird auch eine teleologische Auslegung des § 180 Satz 1 BGB ins Feld geführt, um die herrschende Meinung zu stützen. Nach seinem Sinn und Zweck diene § 180 Satz 1 BGB der Rücksichtnahme auf den Erklärungsempfänger, der bis zur Genehmigung oder Verweigerung der Handlungen des Vertreters ohne Vertretungsmacht durch den Vertretenen nicht in Ungewissheit über den Wirkungseintritt bleiben solle.²⁶ Dieser Zweck soll nach herrschender Meinung auch bei der Gründung einer Einpersonengesellschaft durch einen vollmachtlosen Vertreter eingreifen, da aus der Sicht des Rechtsverkehrs die Errichtung einer juristischen Person ein wichtiger Vorgang sei, über dessen Wirksamkeit frühzeitig Klarheit herrschen müsse, so dass es dem Alleingesellschafter nicht gestattet werden könne, den Gründungsvorgang längere Zeit offenzuhalten und die Kapitalaufbringung sowie die Handlungsfähigkeit der Vor-GmbH, die Handlendenhaftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG und die Vorbelastungshaftung des Alleingesellschafters in der Schwebe zu halten.²⁷ Bei genauerem Hinsehen erweist sich diese Begründung aber als nicht tragfähig. In erster Linie wird dabei verkannt, dass der Gesellschafter die Gründung einer Einpersonengesellschaft schon dadurch hinauszögern kann, indem er die Anmeldung zur Handelsregistereintragung nach seinem Belieben hinausschiebt.²⁸ Darüber hinaus kann der von der Gegenansicht vertretene Begründungsansatz aus einem weiteren Grund nicht überzeugen: Bei der Gründung einer Mehrpersonengesellschaft durch einen vollmachtlosen Vertreter wird allgemein davon ausgegangen, dass die abgegebene Erklärung schwebend unwirksam ist (siehe Abschnitt A.). Der dadurch hervorgerufene Schwebezustand kann nun aber durch den Gesellschafter in die Länge gezogen werden, indem dieser sich lange Zeit lässt mit der Genehmigung der vom vollmachtlosen Vertreter abgegebenen Erklärung.²⁹ Warum aber der Schutz des Rechtsverkehrs vor einem Schwebezustand über den Wirkungseintritt bei der Gründung einer Einpersonengesellschaft nach § 180 Satz 1 BGB zur Nichtigkeit der abgegebenen Erklärung führen soll, bei der Gründung einer Mehrpersonengesellschaft der Zustand der schwebenden Unwirksamkeit aber unbeachtlich sein soll, leuchtet aufgrund der wertungsmäßigen Gemeinsamkeit nicht ein,³⁰ zumal der Rechtsverkehr ausreichend durch § 179 BGB ge-

schützt wird.³¹ Nicht anders stellt sich die Rechtslage hinsichtlich der vorgebrachten Einwände bezüglich der Kapitalaufbringung sowie der Handlungsfähigkeit der Vor-GmbH, der Handlendenhaftung nach § 11 Abs. 2 GmbHG und der Vorbelastungshaftung des Alleingesellschafters dar, da diese Gesichtspunkte keine Besonderheit der Einpersonengesellschaft darstellen, sondern auch bei der Mehrpersonengesellschaft Geltung beanspruchen.³² Schließlich gilt es zu beachten, dass der Gesetzgeber im Zuge der GmbH-Novelle von 1980 die Einpersonengesellschaft mit der Mehrpersonengesellschaft rechtlich weitgehend gleichstellen wollte und nur punktuell Sonderregelungen für die Einpersonengesellschaft geschaffen hatte, wobei sich keine dieser Vorschriften mit der vollmachtlosen Gründung einer Einpersonengesellschaft befasste.³³ An diesem Anliegen hat sich durch die Reform des GmbHG im Jahr 2008 (MoMiG) nichts geändert, da in diesem Zusammenhang zahlreiche dieser Sonderregelungen weggefallen sind. Aufgrund der vorgetragenen teleologischen Erwägungen passt die Anwendung des § 180 Satz 1 BGB auf die Gründung einer Einpersonengesellschaft durch einen vollmachtlosen Vertreter gerade nicht.

e) Zwischenergebnis

Zwar ist der herrschenden Meinung darin zuzustimmen, dass die Gründung einer Einpersonengesellschaft nicht durch Vertragsschluss, sondern durch ein einseitiges Rechtsgeschäft erfolgt, allerdings ist § 180 Satz 1 BGB nach richtiger Ansicht auf diese Konstellation aufgrund teleologischer Erwägungen nicht anzuwenden. In dogmatischer Hinsicht geschieht dies im Wege einer teleologischen Reduktion des § 180 Satz 1 BGB.³⁴

2. Nicht-Empfangsbedürftigkeit

Da bereits der Wortlaut des § 180 Satz 1 BGB teleologisch reduziert wird, kommt es streng genommen auf die (umstrittene) Frage, ob die Erklärung zur Gründung einer Einpersonengesellschaft empfangsbedürftig ist und daher unter den Voraussetzungen des § 180 Satz 2 i. V. m. § 177 Abs. 1 BGB genehmigt werden könnte, nicht mehr an. Dennoch soll diese Fragestellung der Vollständigkeit halber näher beleuchtet werden. Dabei ist die Empfangsbedürftigkeit richtigerweise zu verneinen.³⁵ Sofern demgegenüber die GmbH als solche, der Geschäftsführer der GmbH, der Notar, das (nach § 7 Abs. 1 GmbHG i. V. m. § 23a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 3 GVG, § 374 Nr. 1 FamFG, § 8 HGB) zur Führung des Handelsregisters sachlich zuständige AG³⁶ oder gar der Rechtsverkehr³⁷ als

²⁵ BT-Drucks. 8/3908, S. 68.

²⁶ *Mugdan*, Gesammelte Materialien zum BGB, Bd. I, 1899, S. 488; *Hk-BGB/Schulze*, 7. Aufl. 2012, § 180 Rdnr. 1; *Grooterhorst*, NZG 2007, 605, 610.

²⁷ KG Berlin, Beschluss vom 14.12.2011, 25 W 48/11, RNotZ 2012, 240, 241; *Grooterhorst*, NZG 2007, 605, 610.

²⁸ *Bachmann*, NZG 2001, 961, 969 mit Fn. 154; *Hasselmann*, ZIP 2012, 1947, 1950.

²⁹ *Dürr*, GmbHR 2008, 408, 411; *Hasselmann*, ZIP 2012, 1947, 1950.

³⁰ *Dürr*, GmbHR 2008, 408, 411; *Hasselmann*, ZIP 2012, 1947, 1950.

³¹ *Dürr*, GmbHR 2008, 408, 411.

³² *Dürr*, GmbHR 2008, 408, 411; *Hasselmann*, ZIP 2012, 1947, 1950.

³³ Siehe unter anderem die alten Fassungen zu § 7 Abs. 2 Satz 3, § 8 Abs. 2 Satz 2, § 19 Abs. 4 Satz 1, 35 Abs. 4, § 48 Abs. 3 GmbHG.

³⁴ *Hasselmann*, ZIP 2012, 1947, 1951; unklar hingegen *Dürr*, GmbHR 2008, 408, 412.

³⁵ LG Berlin, Beschluss vom 15.8.1995, 98 T 34/95, GmbHR 1996, 123; *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 2 Rdnr. 7; *BeckOK-GmbHG/Jaeger*, § 2 Rdnr. 4; *MünchKommGmbHG/Mayer*, § 2 Rdnr. 10; *Roth/Altmeyen/Roth*, GmbHG, § 2 Rdnr. 11; *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 2 Rdnr. 3; *Hasselmann*, ZIP 2012, 1947, 1949.

³⁶ Vgl. *Dürr*, GmbHR 2008, 408, 410, der aber die genannten Personen/Stellen als Erklärungsempfänger ablehnt.

³⁷ *Grooterhorst*, NZG 2007, 605, 610; widersprüchlich hingegen KG Berlin, Beschluss vom 14.12.2011, 25 W 48/11, RNotZ 2012, 240, 241, das einerseits die Gründung einer Einpersonen-GmbH als eine einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärung auffasst, andererseits aber den Rechtsverkehr als Erklärungsempfänger ansieht.

Erklärungsempfänger im Sinne des § 180 Satz 2 BGB der Gründungserklärung aufgefasst werden, kann dies nicht überzeugen. Da im Zeitpunkt der Abgabe der Gründungserklärung weder der Geschäftsführer bestellt noch die Gesellschaft als solche gegründet ist, scheiden beide denklogisch als Erklärungsempfänger aus.³⁸ Letzteres gilt auch für den Notar, da dieser lediglich Amtsperson zur Protokollierung der erforderlichen Form ist und aufgrund seiner Funktion nicht als Erklärungsempfänger³⁹, sondern als bloßer Erklärungsverwirklichter angesehen werden kann. Auch das AG hat nicht die Stellung eines Erklärungsempfängers,⁴⁰ da es an der Gründungserklärung in keiner Weise beteiligt ist. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass die Anmeldung hinsichtlich der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister nach § 7 Abs. 1, § 8 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG gegenüber dem AG vorzunehmen ist, so dass man dieses daher als Erklärungsempfänger der Gründungserklärung, „dem gegenüber ein solches Rechtsgeschäft vorzunehmen war“ (§ 180 Satz 2

BGB) ansehen könnte. Denn dabei wird verkannt, dass die Gründungserklärung einerseits und die Anmeldung der GmbH andererseits jeweils eigenständige Rechtsgeschäfte sind.⁴¹ Schließlich gibt es keinen Grund, den Rechtsverkehr als Erklärungsempfänger aufzufassen, zumal dieser ohnehin nicht die nach § 180 Satz 2 BGB eröffneten Möglichkeiten hat, die fehlende Vertretungsmacht zu beanstanden oder sich damit einverstanden zu erklären, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt.

IV. Zusammenfassung

Bei der Erklärung zur Gründung einer Einpersonengesellschaft handelt es sich um ein einseitiges nicht-empfangsbefürftiges Rechtsgeschäft, welches jedoch – entgegen der ganz herrschende Meinung – aufgrund einer teleologischen Reduktion des § 180 Satz 1 BGB nicht unter diese Vorschrift fällt. Folglich ist die Genehmigungsfähigkeit (§ 177 Abs. 1 BGB) der vom vollmachtlosen Vertreter abgegebenen Gründungserklärung – entsprechend der Rechtslage bei der Mehrpersonengesellschaft – zu bejahen.

³⁸ *Hasselmann*, ZIP 2012, 1947, 1949; im Ergebnis ebenso *Diirr*, GmbHR 2008, 408, 410.

³⁹ *MünchKommGmbHG/Mayer*, § 2 Rdnr. 74; dahingehend wohl *Diirr*, GmbHR 2008, 408, 410: „Dies entspräche weder seiner (allgemeinen) Funktion, noch den ihm nach § 2 GmbHG bei der Gründung zukommenden speziellen Aufgaben.“; im Ergebnis ebenso (jedoch mit abweichender Begründung) *Hasselmann*, ZIP 2012, 1947, 1949 sowie LG Berlin, Beschluss vom 15.8.1995, 98 T 34/95, GmbHR 1996, 123, 124: „Der beurkundende Notar kann nicht als Erklärungsempfänger angesehen werden, weil ihm die rechtliche Möglichkeit dafür fehlt, durch Fristsetzung gegenüber dem vollmachtlos Vertretenen eine Entscheidung über die Genehmigung herbeizuführen.“

⁴⁰ *Diirr*, GmbHR 2008, 408, 410; *Hasselmann*, ZIP 2012, 1947, 1949 mit Fn. 40.

⁴¹ Missverständlich hingegen *Diirr*, GmbHR 2008, 408, 410, der von Gründung und anschließender Anmeldung der GmbH als eigenständige Rechtsgeschäfte spricht. Da nach § 11 Abs. 1 GmbHG die GmbHG als solche vor Eintragung in das Handelsregister aber nicht besteht (und damit auch nicht gegründet ist), sind richtigerweise die abgegebene Gründungserklärung und die anschließende Anmeldung der Gesellschaft in das Handelsregister als jeweils eigenständige Rechtsgeschäfte der GmbH-Gründung aufzufassen.

TAGUNGSBERICHT

Die Wirkungen des Heimfalles und der Beendigung des Erbbaurechts –
Bewährungsprobe für den Erbbaurechtsvertrag

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 9.7.2014

Von Jan Barth, München

Am 9.7.2014 fand die Tagung des Sommersemesters 2014 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Das Thema der Veranstaltung lautete „Die Wirkungen des Heimfalles und der Beendigung des Erbbaurechts – Bewährungsprobe für den Erbbaurechtsvertrag“. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle für Notarrecht, Professor Dr. *Johannes Hager*, begrüßte das Auditorium und stellte sodann die Referenten, Professor Dr. *Hans-Georg Hermann*, München, Notar a.D. Dr. *Manfred Rapp*, Landsberg am Lech, sowie Professor Dr. Dres. h.c. *Harm Peter Westermann*, Tübingen, vor. *Hager* richtete einige einführende Worte an das Auditorium und wies darauf hin, dass in den kommenden Jahrzehnten zahlreiche nach dem Zweiten Weltkrieg begründete Erbbaurechte auslaufen würden. Die Wissenschaft sei daher berufen, rechtzeitig Lösungen für die anstehenden Probleme vorzuschlagen. Auch in China seien viele Bauten auf Erbbaurechten errichtet. Bereits das Erbbaurecht sei mit dem Chinesischen Bürgerlichen Gesetzbuch importiert worden; möglicherweise könnten daher auch die hiesigen Lösungen in Zukunft exportiert werden.

Sodann übergab *Hager* das Wort an *Hermann*. *Hermann* begann seine rechtshistorische Einleitung mit dem Hinweis auf das in fünf Jahren anstehende Jubiläum der ErbbauVO, durch die zum 15.1.1919 die Vorschriften zum Erbbaurecht der §§ 1012 bis 1017 BGB ausgegliedert wurden. Die erste Generation der Erbbaurechte liefe daher bereits im Jahre 2018 aus. Als Grund für die damalige Ausgliederung nannte *Hermann* das Bestreben, die Bauspekulation und den Geländeschacher zu unterbinden und den Grundwertzuwachs von der privaten in die staatliche Hand zu leiten, da der Staat oftmals selbst Grundeigentümer gewesen sei. Daneben sei die Förderung von Eigenheimen im Arbeiter- und Mittelstand aus sozialpolitischer Sicht wünschenswert gewesen, ein Motiv, das sich noch heute im Begriff der minderbemittelten Bevölkerungskreise in § 27 Abs. 2 und § 32 Abs. 2 ErbbauRG finde. Zur weiteren Förderung dieses Zwecks sei gleichzeitig mit der ErbbauVO die Verordnung zur Behebung der dringenden Wohnungsnot in Kraft getreten, die es einem Bezirkswohnungskommissar ermöglicht habe, zur Herstellung geeigneter Klein- und Mittelwohnungen Grundstückseigentümer zu enteignen. Als milderer Mittel habe dieser auch die Belastung des Grundstückes mit einem Erbbaurecht aussprechen können. An die Stelle der Entschädigung sei dann der Erbbauzins getreten. *Hermann* wandte sich dann noch der Etymologie des Begriffes „Heimfall“ zu. Damit sei nicht der Rückfall an den Ausreicher, sondern an den aktuellen Eigentümer zu verstehen, wie eine Illustration des Sachsenspiegels untermauere.

Hermann schloss sodann seine Ausführungen und übergab das Wort an *Rapp*, der zu den Wirkungen des Heimfalles, insbesondere auf Dienstbarkeiten am Erbbaurecht, referierte. *Rapp* führte zunächst aus, dass das Erbbaurecht die intensivste Belastung eines Grundstückes sei, die einem Eigentum auf Zeit sehr nahe komme. Allerdings unterscheide sich das Erbbaurecht vom Eigentum in zwei Punkten gravierend: Zum einen gebe es durch das Erbbaurecht zwei Eigentümer auf einem Grundstück. Zum anderen sei das Rechtsverhältnis

kein dauerhaftes, wohl aber ein sehr langfristiges. Mögliche Veränderungen in der wirtschaftlichen, rechtlichen und politischen Situation seien kaum antizipierbar. Diese Unterschiede bürden ein erhöhtes Konfliktpotential. So sei etwa die Lehre und Rechtsprechung zu Änderung und Wegfall der Geschäftsgrundlage am Erbbaurecht entwickelt worden.

Der Gesetzgeber habe bereits mehrfach Lösungen der Kautelarjurisprudenz aufgegriffen. So seien die Dynamisierung des Erbbauzinses und die vollstreckungsfeste Erbbauzinsrealast zunächst von der Kautelarpraxis entwickelt worden, bevor der Gesetzgeber sie in § 9 Abs. 1 und 3 ErbbauRG nachvollzogen habe. Durch zwei neuere Entscheidungen des BGH und eine des OLG Hamm sei eine weitere Problematik in den Blick gerückt, nämlich die des Verhältnisses von Grunddienstbarkeiten oder beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten zum Postulat der ersten Rangstelle für das Erbbaurecht. Diese seien für den Rechtsinhaber oftmals existenziell, etwa wenn es um Wegrechte gehe. Seien diese Rechte schon vor der Begründung des Erbbaurechts eingetragen, so komme nur ein Rangrücktritt in Betracht. Darauf, so *Rapp*, habe der Grundstückseigentümer gegenüber den Berechtigten aus Abteilung II des Grundbuchs einen Anspruch aus § 242 BGB, da zwischen ihnen ein gesetzliches Schuldverhältnis bestehe, wie auch das OLG Hamm ausgeführt habe. Dieser Anspruch sei allerdings daran geknüpft, dass das Recht in Abteilung II während der Dauer des Erbbaurechts und auch nach seiner Beendigung in der bisherigen rechtlichen Qualität und Sicherheit ausgeübt werden könne. Erste Voraussetzung für einen Anspruch auf Zustimmung zu einem Rangrücktritt sei daher, dass die zurücktretende Dienstbarkeit nunmehr am Erbbaurecht mit einer Rangstelle eingetragen werde, die derjenigen am Grundstück entspreche. Weiter, so *Rapp*, müsse gewährleistet sein, dass dieses neue Recht am Erbbaurecht auch während der gesamten Dauer des Erbbaurechts ausgeübt werden könne. Problematisch sei dies jedoch wegen der Erlöschensregelung des § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG für den Heimfall. Der Heimfall sei das vom Gesetzgeber geschaffene Institut zur Lösung der Konflikte, die aufgrund der langen Zeitdauer des Erbbaurechtsverhältnisses zwischen Grundstückseigentümer und Erbbauberechtigtem entstehen könnten. Die typischen gesetzlichen Leistungsstörungenrechte wie die Einräumung eines Rücktrittsrechts oder einer auflösenden Bedingung passten nicht, da mit dem Wegfall des Erbbaurechts auch die Grundlage für Kreditsicherheiten wegfielen. Gemäß § 33 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG blieben die Grundpfandrechte und Reallasten am Erbbaurecht bestehen, die durch sie gesicherten persönlichen Verbindlichkeiten würden durch § 33 Abs. 2 ErbbauRG auf den Grundstückseigentümer als neuem Erbbauberechtigten übergeleitet. Andere auf dem Erbbaurecht lastenden Rechte müssten jedoch gemäß § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG ersatzlos entfallen, da in § 5 Abs. 2 ErbbauRG für sie auch kein Zustimmungsvorbehalt vereinbart werden könne, um den Erbbauberechtigten nicht unnötig einzuschränken.

Die Kautelarjurisprudenz sei also bei der Entwicklung von Lösungsvorschlägen gefordert. Ein möglicher Weg sei durch v. *Oefele/Winkler* gezeichnet worden, die empfahlen, die Aus-

übung des Heimfalles davon abhängig zu machen, dass der Grundstückseigentümer gleichzeitig die Eintragungsbewilligung für die identische Dienstbarkeit vorlegt. Bei der praktischen Umsetzung, so *Rapp*, sei jedoch zu berücksichtigen, dass der Grundstückseigentümer hinsichtlich der Rangbeschaffungserklärungen bezüglich der am Erbbaurecht eingetragenen Grundpfandrechte und Reallasten auf die Mitwirkungsbereitschaft der Gläubiger angewiesen sei. Die Durchsetzung des Heimfallsanspruches hinge bei dieser Lösung – da ein Rechtsanspruch wohl nur in den seltensten Fällen bestünde – vom Wohlwollen der Gläubiger ab. Dieses Ergebnis sei vom Gesetz allerdings kaum gewollt. Es sei daher, so *Rapp* weiter, eine andere Lösung zu entwickeln, bei der die rangrichtige Neueintragung der Dienstbarkeit auch ohne Mitwirkung der Gläubiger erfolgen könne bzw. diesen gegenüber ein Anspruch auf Zustimmung bestehe. Sein Vorschlag laute daher, dass zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Dienstbarkeitsberechtigten ein Anspruch auf Neueintragung nach Ausübung des Heimfalles vereinbart und dieser durch eine Vormerkung am Erbbaurecht gesichert werde. Diese sei bei Begründung des Erbbaurechts im Gleichrange mit der neu am Erbbaurecht einzutragenden Dienstbarkeit einzutragen. Die Berechtigten der nachrangigen Rechte seien dann aufgrund von § 888 BGB verpflichtet, der Neueintragung vor den Nachrangrechten zuzustimmen. Allerdings sei natürlich fraglich, ob nicht auch diese Vormerkung der Löschung nach § 33 Abs. 1 Satz 3 BGB unterliege. Dessen Normzweck bestehe allerdings nur darin, den Eigentümer davor zu schützen, Rechte übernehmen zu müssen, die ihm hinderlich oder unangenehm seien und deren Entstehung er nicht nach § 5 Abs. 2 ErbbauRG verhindern könne. Da der Grundstückseigentümer allerdings selbst bei der Vormerkung auf Neueintragung mitgewirkt habe, würde er sich durch ein Lösungsverlangen in Widerspruch zu seinem eigenen Verhalten setzen.

Sowohl die Lösung von *v. Oefele/Winkler* als auch die seine liefern, so *Rapp*, allerdings darauf hinaus, dass die Dienstbarkeit zunächst nach § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG gelöscht und sogleich wieder eingetragen würde. Daher müsse man über eine teleologische Reduktion der Norm nachdenken, da der Zweck eine Löschung nicht zwingend erfordere. Es sei daher zulässig, im Erbbaurechtsvertrag § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG abzubedingen und einen Fortbestand der Rechte zu vereinbaren. Diese Lösung sei allerdings bislang in der Literatur praktisch nicht diskutiert und von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung auch nicht bestätigt worden. Der einen Erbbaurechtsvertrag verantwortende Notar müsse daher bis auf Weiteres vom Erlöschen der anderen Rechte nach § 33 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG ausgehen.

Mit diesem Hinweis schloss *Rapp* seine Ausführungen und übergab das Wort an *Westermann*. *Westermann* begann sein Referat zur Vorsorge für eine Beendigung des Erbbaurechts mit dem Hinweis darauf, dass sich die eigentliche Rechtsnatur eines Rechtsverhältnisses weniger bei seiner Begründung als bei seiner Beendigung und eventuellen Rückabwicklung zeige. Er wandte sich daher zunächst den Instrumenten der Beendigung eines Erbbaurechts zu. Da ein einseitiger Verzicht ebenso wie eine auflösende Bedingung gesetzlich ausgeschlossen sei, laufe alles auf die Vereinbarung eines Heimfallsrechts und vor allem einer Beendigung durch Zeitablauf hinaus. Verwunderung äußerte *Westermann* allerdings darüber, dass auch, wenn der Erbbaurechtsberechtigte hinsichtlich der Zinszahlungen säumig bleibe, weder eine Kündigung des Erbbaurechts aus wichtigem Grund noch ein Wegfall der Geschäftsgrundlage anerkannt würden. Er führte dies jedoch auf die mit der Behandlung des Erbbauzinses als Reallast einhergehende Sicherheit zurück.

Mit auffallender Intensität, so *Westermann*, befasse sich die Rechtsprechung derzeit mit der Absicherung von mit dem Erbbaurecht konkurrierenden Belastungen des Grundstücks gegen den bei Beendigung des Erbbaurechts durch Zeitablauf entstehenden Entschädigungsanspruch. Letzterer entstehe automatisch mit dem Erlöschen des Erbbaurechts und laste nunmehr an Stelle des Erbbaurechts auf dem Grundstück. Mit dieser Fortwirkung des Erbbaurechts gehe natürlich einher, dass sich die Rechte der Inhaber von Hypotheken, Grund- und Rentenschulden oder Reallasten am Erbbaurecht nunmehr am Entschädigungsanspruch fortsetzten. Allerdings sei eine Entschädigungsforderung nunmehr gegen den Grundstückseigentümer gerichtet und daher von dessen Solvenz abhängig. Gesucht sei daher eine dingliche Sicherung. Diese, so *Westermann*, habe man zeitweise in der Verpflichtung des Grundstückseigentümers gegenüber dem Erbbaurechtsberechtigten zur Bestellung einer Sicherungshypothek am Grundstück gefunden zu haben geglaubt. Nunmehr werde die Entschädigungsforderung allerdings als ein arteigenes dingliches Sicherungsmittel qualifiziert, so dass an diesem als reallastähnlichem Sicherungsmittel die vom Erlöschen bedrohten Rechte fortbestehen könnten. Grundbuchrechtlich werde dies dadurch vollzogen, so *Westermann* weiter, dass eine Löschung des abgelassenen Erbbaurechts nur bei gleichzeitiger Eintragung des Entschädigungsanspruches erfolge. Ein Selbstgeher sei diese Eintragung freilich nicht, da deren Höhe manchmal unbekannt, jedenfalls aber schwer zu ermitteln sei. Dem BGH sei daher zuzustimmen, wenn er gestatte, wie bei einer Reallast die Forderung ohne Nennung eines bestimmten Geldbetrages einzutragen, wenn sie nur bestimmbar sei. Hierfür sei es ratsam, schon bei der Bestellung des Erbbaurechts Maßstäbe und Kriterien für die Berechnung zugrunde zu legen.

Dies ver helfe allerdings nur den Inhabern solcher Rechte zu einer Sicherheit, die unter § 29 ErbbauRG fielen. Die Inhaber einer Dienstbarkeit drohten jedoch, leer auszugehen, gleich, ob ihr Recht schon bei Schaffung des Erbbaurechts bestanden habe oder zu einem späteren Zeitpunkt am Erbbaurecht begründet worden sei. Ein Weg könnte daher sein, den Entschädigungsanspruch schon bei der Begründung des Erbbaurechts unter die Bedingung einer Vorrangeinräumung für die Dienstbarkeit zu stellen. Diese rein schuldrechtliche Verpflichtung setze allerdings die Mitwirkung des Grundstückseigentümers auch beim Erlöschen des Erbbaurechts voraus. Zustimmung verdiene daher der Vorschlag von *Rapp*, der aus dem Umstand, dass auf die Entschädigungsforderung auch in Gänze verzichtet werden könne, den Schluss auf ein zulässiges Minus dahingehend ziehe, dass die im Rang nach dem Erbbaurecht eingetragenen dinglichen Rechte im Eigentümer-Grundbuch Ränge vor der Entschädigungsforderung erwürben. Dies erfolge durch eine entsprechende Vereinbarung im Erbbaurechtsvertrag, gemäß welcher dem in Rede stehenden Recht für den Augenblick nach Erlöschen des Erbbaurechts der Vorrang vor dem Entschädigungsanspruch eingeräumt werde. *Westermann* wandte sich dann noch der Fallkonstellation zu, in der sich das Erbbaurecht mit dem Grundstückseigentum vereint hatte und aufgehoben worden war. Er beschloss sodann sein Referat mit einigen Bemerkungen zu Möglichkeiten der Erneuerung und Verlängerung von Erbbaurechten.

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

BUCHBESPRECHUNGEN

Henssler/Strohn (Hrsg.): Gesellschaftsrecht. 2. Aufl., Beck, 2014. 2758 S., 269 €

Unter Arbeitsrechtlern ist der Erfurter Kommentar schon lange als preiswerte und kompakte Handkommentierung zu allen Fragen des Arbeitsrechts bekannt; im Gesellschaftsrecht ließ ein solcher Kommentierungsansatz lange auf sich warten. Dabei bietet sich eine ganzheitliche – gesetzesübergreifende – Kommentierung hier in besonderer Weise an: Die einzelnen Gesellschaftsformen sind in zahlreichen Einzelgesetzen geregelt, die vielfach aufeinander Bezug nehmen; daneben treten zahlreiche nicht gesetzlich geregelte Querverbindungen. Das Recht der Kommanditgesellschaft ohne Kenntnis des Rechts der OHG bzw. das der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu verstehen, ist schlechthin unmöglich. Dass der von *Henssler* und *Strohn* herausgegebene Kommentar in 1. Auflage dennoch erst im Jahr 2011 erschienen ist, mag an der Größe der Aufgabe liegen. Sie ist von den Herausgebern und Autoren jedenfalls in herausragender Weise erfüllt worden – dies gilt, was vorweg genommen werden kann, für die erste ebenso wie für die jüngst erschienene 2. Auflage des Werks.

Das Autorenteam des *Henssler/Strohn* setzt sich aus Vertretern der Rechtswissenschaft und -praxis zusammen, die neben den gesellschaftsrechtlich relevanten Teilen des BGB und des HGB das PartGG, das GmbH-Gesetz, das AktG, das GenG und das UmwG kommentieren; hinzu tritt eine Kommentierung einzelner Vorschriften der InsO und des AnfG und ein Abschnitt zum internationalen Gesellschaftsrecht. Neu gegenüber der 1. Auflage sind unter anderem die auszugswesisen Kommentierungen von AnfG und InsO.

In der breiten Abdeckung der für die meisten Praktiker – gerade auch Notarkollegen ohne gesellschaftsrechtlichen Schwerpunkt – wesentlichen gesellschaftsrechtlichen Themengebiete liegt die große Stärke des Werks. Die finanzielle Seite ist dabei zwar nur ein Nebenaspekt, immerhin schlägt die Anschaffung je eines Kommentars zu HGB, GmbHG, AktG, GenG und UmwG jedoch mit einem im Vergleich zum *Henssler/Strohn* in etwa dreifachen Kaufpreis zu Buche. Entscheidend ist die Möglichkeit, im Rahmen einer schnellen Recherche und Prüfung anhand nur eines Buches die rechtliche Prüfung eines Sachverhalts gewährleisten zu können – und dabei auf dem aktuellen Stand von Gesetz, Literatur und Rechtsprechung zu sein. Was hilft dem nicht ständig gesellschaftsrechtlich beratenden bzw. vertragsgestaltenden Notar der Blick in den zwar im Regal stehenden, jedoch mehrere Jahre alten Kommentar zum AktG, wenn er ad hoc eine aktienrechtliche Frage zu beantworten hat? Hier bietet der Kommentar aus der „grauen Reihe“ zuverlässige Abhilfe.

Naturgemäß kann der *Henssler/Strohn* als gesellschaftsrechtliche Gesamtdarstellung nicht die inhaltliche Tiefe eines Ein-

zelwerks aufweisen. Dennoch bietet das Werk nicht nur eine Kommentierung für die erste Orientierung, sondern auch bei der Beantwortung tiefergehender Einzelfragen eine völlig ausreichende Kommentierung. An vielen Stellen geht die Detailtiefe des Werks darüber auch deutlich hinaus und wird daher vielen Praktikern – wie der Palandt zum bürgerlichen Recht – als einziger Gesellschaftsrechtskommentar im Bestand genügen. Beispielhaft genannt seien die ebenso ausführlichen wie inhaltlich sehr gelungenen Kommentierungen von *Vorse* zu § 19 GmbHG, von *Oetker* zu § 35 GmbHG oder von *Drescher* zu §§ 241 ff. AktG. Besonders hervorzuheben sind die Abhandlungen von *Servatius* zur Publikumsgesellschaft und zur GmbH & Co KG (zu finden im Anhang zum HGB).

Anders als manch anderer Kurzkomentar beschränken sich die meisten Autoren des *Henssler/Strohn* nicht auf die Wiedergabe eines Überblicks zur wesentlichen Rechtsprechung und herrschender Meinung zur jeweiligen Thematik, sondern stellen häufig in ebenso ausführlichen wie fundierten Abwägungen Meinungsstreitigkeiten dar (vgl. zum Beispiel *Müller* in seiner Kommentierung zu § 29 UmwG).

Das Buch ist weitgehend auf dem Stand von Frühjahr 2013. Bereits berücksichtigt werden konnte die Partnerschaft mit beschränkter Berufshaftung (Kommentierung von *Hirtz*).

Grundsätzlich sehr gelungen ist auch das ausführliche Stichwortverzeichnis. An der ein oder anderen Stelle wäre eventuell die Einfügung des ein oder anderen Stichworts in die oberste Ebene des Verzeichnisses hilfreich gewesen (zum Beispiel „Corporate Governance Codex“, den man nur über den Umweg über das Oberstichwort „AG“ findet). Gegenüber der 1. Auflage hat das Verzeichnis jedoch durch die Einfügung gesellschaftsrechtlich übergreifender Stichworte (zum Beispiel „Haftung“ mit anschließender Unterteilung nach Gesellschaftsarten) an Übersichtlichkeit insgesamt gewonnen.

Insgesamt knüpfen die Herausgeber und Autoren mit der 2. Auflage des *Henssler/Strohn* nahtlos an die bereits hervorragende 1. Auflage an: Die Konzeption des Werks überzeugt ebenso wie dessen Inhalt, so dass das ausdrückliche Ziel von Verlag und Herausgebern, den *Henssler/Strohn* zum „Palandt des Gesellschaftsrechts“ zu machen, durchaus erreichbar scheint. Es kann davon ausgegangen werden, dass sich der *Henssler/Strohn* als führender Praktikerkommentar zum Gesellschaftsrecht einen festen Platz in der Handbibliothek auch des Notars erobern wird. Der – isoliert betrachtet – hohe Preis sollte dabei unter Berücksichtigung des beeindruckenden „Leistungsangebots“ des Kommentars nicht abschrecken. Die Anschaffung kann nur empfohlen werden.

Notar Dr. *Christian Fackelmann*, M.St. (Oxford),
Bad Staffelstein

Bormann/Diehn/Sommerfeldt: GNotKG – Gesetz über Kosten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für Gerichte und Notare (Gerichts- und Notarkostengesetz) – Kommentar. Beck, 2014. 1068 S., 129 €

Die Literaturlandschaft im Bereich der Kommentare zum Kostenrecht ist mit Inkrafttreten des GNotKG deutlich in Bewegung geraten: Neben dem vom Kollegen *Heinemann* und mir herausgegebenen Handkommentar zum GNotKG ist der unter Federführung der Ländernotarkasse bearbeitete Leipziger Kommentar verfügbar; auch der *Korintenberg* wird demnächst erscheinen und eine neue Auflage des *Rohs/Wedewer* ist angekündigt. Jüngst auf den Markt gekommen ist nun ein von *Bormann, Diehn* und *Sommerfeldt* herausgegebener Kurzkomentar zum GNotKG, erscheinend in der „Gelben Reihe“ des C. H. Beck-Verlags. Im handlichen Format verspricht der Kommentar schnelle Antworten auf kostenrechtliche Fragen in der notariellen ebenso wie der gerichtlichen Kostenpraxis zu geben. Gerade im Notarkosten teil nehmen sich die Autoren – neben *Diehn* als einem der publikationsstärksten Kostenrechtsautoren auch bayerische Kollegen wie *Neie* oder *Gutfried* – zum Teil auch Spezialfragen an und verschaffen mit gut lesbaren, dogmatisch ebenso wie praktisch nachvollziehbaren Argumentationen Überblick und Sicherheit in Fragen des neuen Kostenrechts.

Es versteht sich von selbst, dass ein Kurzkomentar nicht erschöpfend auf alle Fragen des Anwenders eingehen kann und sich an vielen Stellen mit kurzen, schlagwortartigen Ausführungen begnügen muss. Der „gelbe GNotKG-Kommentar“ führt den Leser aber – und das hebt ihn positiv von so manchem Kurzkomentar zu anderen Rechtsgebieten ab – stets dogmatisch sauber durch die jeweilige Regelungsmaterie und versetzt ihn unter anderem durch gute Einleitungen und präzise Definitionen (vgl. zum Beispiel *Diehn* zu Nr. 21100 KV GNotKG) in die Lage, auch die nicht ausdrücklich besprochenen Fälle durch Subsumtion unter Gesetzeswortlaut und Rechtsbegriffe lösen zu können.

Die Ausführungen zum Gerichtskostenrecht sind in der Ausführlichkeit sehr unterschiedlich: Zum Teil etwas zu knapp (zum Beispiel §§ 81 ff. GNotKG betreffend Erinnerung und Beschwerde), zum Teil deutlich über das hinausgehend, was man von einem Kurzkomentar erwarten könnte (zum Beispiel Nr. 15100 ff. KV GNotKG betreffend das landwirtschaftsgerichtliche Kostenrecht).

Sicherlich ist die ein oder andere Schlussfolgerung der Autoren durchaus diskutabel – allerdings liegt das in der Natur der Sache, fehlen doch zu vielen Fragen noch Stellungnahmen der Rechtsprechung und vertiefte Auseinandersetzungen in der Literatur. Soweit diese jedoch bereits vorhanden sind, wäre an einigen Stellen des Kommentars eine vertiefte Auseinandersetzung damit durchaus wünschenswert gewesen. So beziehen sich etwa die Ausführungen zu § 92 GNotKG (notarielle Rahmengebühren) praktisch ausschließlich auf das von *Diehn, Sikora* und *Tiedtke* bei C. H. Beck herausgegebene Lehrbuch; die bereits erschienenen Kommentare oder andere Monografien werden nicht erwähnt. Zum Teil werden dort freilich abweichende Auffassungen vertreten, beispielsweise zur Frage, welche Rolle qualitative – neben den im Gesetz genannten quantitativen (zeitlichen) – Aspekte der notariellen Tätigkeit bei der Festsetzung des konkreten Gebührensatzrahmens spielen dürfen. Zumindest als „andere Ansicht“ hätten andere Stimmen hier Erwähnung verdient.

Diese Kritik soll jedoch nicht die Anerkennung zur insgesamt sehr gelungenen Kommentierung des GNotKG schmälern. Gerade die Ausführungen zum notariellen Kostenrecht sind präzise und auf den Punkt gebracht und machen das Werk zu einem praktischen „Erste-Hilfe-Kasten“ im Arbeitsalltag. Für die notarielle Handbibliothek kann es auf jeden Fall zur Anschaffung empfohlen werden.

Notar Dr. *Christian Fackelmann*, M.St. (Oxford),
Bad Staffelstein

Müller/Stöcker/Lieber: Die Organschaft. 9. Aufl., NWB-Verlag, 2014. 544 S., 79 €

Das nunmehr in 9. Auflage vorgelegte Kompendium zur Organschaft von *Müller/Stöcker/Lieber* behandelt nicht nur die drei klassischen Organschaften im Körperschaftsteuer-, Gewerbesteuer- und Umsatzsteuerrecht, sondern erfasst auch die häufig vernachlässigte Organschaft im Grunderwerbsteuerrecht, die immer wieder zu erheblichen, aber unerwarteten Steuerbelastungen führen kann. Das Handbuch zur Organschaft befindet sich auf dem Rechtsstand von Oktober 2013 und behandelt damit auch alle praxisrelevanten Probleme der sog. „kleinen Organschaftsreform“. Neben dem Buch in Papierform besteht mit dem Erwerb des Buches auch ein Onlinezugang, so dass auf das Werk auch jederzeit von unterwegs zugegriffen werden kann.

Thematisch behandelt der *Müller/Stöcker/Lieber* ausschließlich die steuerlichen Voraussetzungen und Konsequenzen der unterschiedlichen Organschaften. Die zivilrechtlichen Grundlagen werden nur nebenbei erörtert, soweit dies zur Schilderung der steuerrechtlichen Folgen erforderlich ist.

Besonders unangenehme Auswirkungen hat die umsatzsteuerrechtliche Organschaft regelmäßig im Insolvenzfall,

wenn die Rückforderung gezogener Vorsteuer nach § 17 UStG den Organträger trifft. Ständiger Streitgegenstand war insoweit die Frage, ob bereits durch Anordnung vorläufiger Insolvenzverwaltung mit bloßem Zustimmungsvorbehalt die Organschaft endet. Leider konnte insoweit die BFH-Entscheidung vom 8.8.2013, V R 18/13, DStR 2013, 1883, in Rdnr. 1618 ff. aufgrund verzögerter Veröffentlichung der Entscheidung keine Berücksichtigung mehr finden.

Grunderwerbsteuerrechtlich sind bei der dortigen Organschaft auch schon die Besonderheiten der wirtschaftlichen Anteilsvereinigung nach § 1 Abs. 3a GrEStG geschildert (neuer RETT-Blocker-Paragraph seit 6.6.2013). Das Verhältnis des § 1 Abs. 3a GrEStG zur Grunderwerbsteuerlichen Organschaft wird dort zutreffend als ungeklärt behandelt, da dem Gesetzgeber hier wohl ein Redaktionsversehen unterlaufen ist (siehe auch *Wagner/Lieber*, DB 2013, 1387, 1389).

Als besonders instruktiv ist hervorzuheben die Darstellung der Vor- und Nachteile der Organschaft im Umsatzsteuerrecht, Rdnr. 1151 ff. Diese übersichtliche Darstellung erleichtert die Entscheidungsfindung bezüglich Anstreben und Vermeidung wesentlich. In Rdnr. 1286 ff. und Rdnr. 1368 ff. sind jeweils die umsatzsteuerrechtlichen aktuellen Entwicklungen zur mittelbaren finanziellen Eingliederung und zur organisa-

torischen Eingliederung enthalten, so dass das Werk auch insoweit auf neuestem Stand ist; lediglich das BMF-Schreiben vom 11.12.2013, DStR 2013, 2764, zur Verlängerung der Übergangsregelung des BMF-Schreibens vom 7.3.2013 konnte naturgemäß nicht mehr Berücksichtigung finden.

Besonders praxisrelevant sind die Ausführungen ab Rdnr. 651 zur Bildung und Auflösung von Rücklagen bei der Organgesellschaft. Hier kann es leicht zu Haftungsfällen kommen, die sich durch die Ausführungen im *Müller/Stöcker/Lieber* leicht vermeiden lassen.

Auch Spezialisten für Fragen der vorweggenommenen Erbfolge kommen beim *Müller/Stöcker/Lieber* auf ihre Kosten. In Rdnr. 439 ff. werden sowohl der Todesfall einer natürlichen Person als Organträger behandelt als auch die Fragen einer Schenkung bzw. gemischten Schenkung des Einzel-

unternehmens des Organträgers. Zutreffend wird hier die Ansicht vertreten, dass die entsprechenden Gestaltungen am Fortbestand der Körperschaftsteuerrechtlichen Organschaft nichts ändert, sofern der Betrieb übergeht, der unentgeltliche Anteil des Rechtsgeschäftes überwiegt und auch der Gewinnabführungsvertrag vom Erwerber fortgeführt wird. Rechtsprechung hierzu fehlt fast völlig.

Abschließend ist die „Organschaft“ von *Müller/Stöcker/Lieber* ein Produkt der Premium-Klasse, das aktuell und kompetent die entscheidenden Antworten auf die Fragen der Praxis findet. Das Buch ist sowohl als Handbuch zum Einstieg in jedem praktischen Fall geeignet als auch exzellentes Nachschlagewerk für diffizilere Fragestellungen.

Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. GrdstVG § 9 Abs. 1 Nr. 3; FamFG §§ 70 Abs. 1, 71 Abs. 1
(Keine Genehmigungsversagung bei Umgehung der Vorkaufsrechtsausübung)

1. **Die Behörde darf die Genehmigung eines Vertrags über die Veräußerung eines land- oder forstwirtschaftlichen Grundstücks auch dann nicht nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdstVG versagen, wenn sie den Vertrag, obwohl das Vorkaufsrecht nach dem Reichssiedlungsrecht hätte ausgeübt werden können, entgegen § 12 GrdstVG dem Siedlungsunternehmen nicht vorgelegt hat (Fortführung von Senat, NJW 1966, 2310).**
2. **Die Genehmigung zur Veräußerung eines landwirtschaftlichen Grundstücks zu einem im Bieterverfahren ermittelten Preis ist – ungeachtet eines von einem Gutachter ermittelten niedrigeren innerlandwirtschaftlichen Verkehrswerts – nicht nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG zu versagen, wenn um dieselbe Fläche konkurrierende Landwirte bereit sind, einen (annähernd) gleich hohen Preis zu zahlen.**

BGH, Beschluss vom 25.4.2014, BLw 5/13

Mit notariellem Vertrag vom 17.8.2010 verkaufte die Beteiligte zu 2 fünf in Thüringen belegene landwirtschaftliche Grundstücke mit einer Größe von 2,5 ha zu einem Kaufpreis von 46.000 € an den Beteiligten zu 5. Die Beteiligte zu 2, die ehemals volkseigene landwirtschaftliche Grundstücke veräußert, hatte zuvor eine öffentliche Ausschreibung durchgeführt, bei der der Beteiligte zu 5 das höchste Angebot abgegeben hatte. Der Beteiligte zu 5 ist Haupterwerbslandwirt und Inhaber eines etwa 250 km von den gekauften Grundstücken entfernten landwirtschaftlichen Betriebs; er beabsichtigt nicht, diese Grundstücke selbst zu bewirtschaften, sondern will sie an einen ortsansässigen Landwirt verpachten.

Die Beteiligte zu 3 (Genehmigungsbehörde), die den Vertrag nicht dem Siedlungsunternehmen zur Entscheidung über die Ausübung des Vorkaufsrechts vorgelegt hatte, versagte mit Bescheid vom 14.10.2010 die Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz, weil die Veräußerung zum Zwecke der Verpachtung im Hinblick auf das Erwerbssinteresse ortsansässiger landwirtschaftlicher Unternehmen eine ungesunde Verteilung des Bodens bedeute und der vereinbarte Kaufpreis in einem groben Missverhältnis zum Wert des Grundstücks stehe.

Das Landwirtschaftsgericht hat dem Antrag der Beteiligten zu 2 auf Erteilung der Genehmigung mit der Begründung stattgegeben, dass die Veräußerung auch zu einem Preis von 46.000 € der Agrarstruktur nicht widerspreche, weil bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung sich keine erwerbswilligen und aufstockungsbedürftigen Landwirte gemeldet hätten, die bereit gewesen seien, den noch angemessenen Kaufpreis (von 50 % über dem von dem Sachverständigen festgestellten innerlandwirtschaftlichen Verkehrswert von 27.200 €) zu zahlen.

Mit der gegen diesen Beschluss eingelegten Beschwerde hat die Beteiligte zu 1 (die übergeordnete Behörde) zwei Erklärungen in der Nähe ansässiger Landwirte vorgelegt, die die Grundstücke für einen Preis von bis zu 41.118 € erwerben wollen. Das OLG (Landwirtschaftssenat) hat die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Beteiligte zu 1 mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde, mit der sie die Versagung der Genehmigung erreichen will.

Aus den Gründen:

II.

Das Beschwerdegericht (dessen Entscheidung in AUR 2013, 338 ff. veröffentlicht ist) meint, die Beteiligte zu 3 hätte die beantragte Genehmigung nicht versagen dürfen.

Eine Versagung nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdstVG komme nach § 9 Abs. 5 GrdstVG schon deshalb nicht in Betracht, weil die Beteiligte zu 3 den Vertrag nicht gemäß § 12 GrdstVG dem Siedlungsunternehmen zur Entscheidung über die Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts vorgelegt habe, obwohl die Voraussetzungen für dessen Ausübung vorgelegen hätten.

Der Versagungsgrund nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG liege nicht vor, obwohl nach dem gutachterlich festgestellten innerlandwirtschaftlichen Verkehrswert ein grobes Missverhältnis zwischen dem Preis und dem Wert der Grundstücke bestehe. Eine Versagung der Genehmigung aus diesem Grund komme, wenn – wie hier – ein Landwirt Käufer sei, nur in den Ausnahmefällen in Betracht, in denen der gebotene Preis außerhalb jeder vernünftigen betriebswirtschaftlichen Kalkulation liege. Davon könne jedoch nicht ausgegangen werden, wenn zwei um die Fläche konkurrierende Landwirte einen annähernd gleich hohen Preis für den Erwerb dieser Fläche zu zahlen bereit seien.

III.

Die nach § 9 LwVG i. V. m. § 70 Abs. 1 FamFG aufgrund der Zulassung durch das Beschwerdegericht statthafte und auch im Übrigen nach § 71 Abs. 1 FamFG zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Die nach § 2 Abs. 1 GrdstVG erforderliche Genehmigung zu Veräußerungen landwirtschaftlicher Grundstücke, derer es auch bei den Verkäufen durch die Beteiligte zu 2 bedarf (Senat, Beschluss vom 27.11.2009, BLw 4/09, NJW-RR 2010, 886 ff.), ist von dem Landwirtschaftsgericht zu Recht nach § 22 Abs. 3 GrdstVG erteilt worden.

1. Rechtsfehlerfrei geht das Beschwerdegericht davon aus, dass die Beteiligte zu 3 nach § 9 Abs. 5 GrdstVG die beantragte Genehmigung nicht nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdstVG versagen durfte.

a) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde musste sich das Beschwerdegericht nicht mit der Frage befassen, ob die Veräußerung landwirtschaftlicher Grundstücke an einen Haupterwerbslandwirt eine ungesunde Verteilung des Grund und Bodens bedeutet, wenn der Käufer wegen der zu großen Entfernung von seiner Hofstelle das Kaufgrundstück nicht selbst bewirtschaften kann. Das ist hier nach § 9 Abs. 5 GrdstVG nicht zu prüfen. Diese Vorschrift bestimmt, dass dann, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen das Vorkaufsrecht nach dem Reichssiedlungsgesetz ausgeübt werden kann, jedoch nicht ausgeübt wird, die Genehmigung nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 nur versagt werden kann, falls es sich um die Veräußerung eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes handelt. Dass die Voraussetzungen für die Ausübung des Vorkaufsrechts nach § 4 Abs. 1 RSG vorlagen, hat das Beschwerdegericht rechtsfehlerfrei festgestellt.

b) Die Rechtsbeschwerde erhebt insoweit auch keine Einwendungen, sondern meint, dass § 9 Abs. 5 GrdstVG nur dann einschlägig sei, wenn ein mit einem Nichtlandwirt geschlossener Vertrag wegen des Erwerbsinteresses anderer Landwirte nicht hätte genehmigt werden können und die Behörde die Genehmigung versage, ohne das siedlungsrechtliche Vorkaufsrecht geprüft zu haben.

aa) Das widerspricht indessen dem Regelungsinhalt der Norm. Der Senat hat bereits entschieden, dass bei Nichtausübung des Vorkaufsrechts, falls ein Versagungsgrund nach § 9

Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 GrdstVG nicht vorliegt, die Genehmigung eines Vertrags über die Veräußerung landwirtschaftlicher Grundstücke ohne weitere Prüfung zu erteilen ist, also auch dann, wenn der Erwerber schon genug Land hat oder das Grundstück zu anderen als landwirtschaftlichen Zwecken verwendet werden soll oder Landwirte das Grundstück dringend brauchen und auch erwerben wollen (BGH, Beschluss vom 7.7.1966, V BLw 9/66, NJW 1966, 2310). An dieser Rechtsprechung, die von den OLG (vgl. OLG Stuttgart, RdL 1970, 232; OLG Frankfurt, RdL 2005, 274, 275; OLG Jena, AuR 2013, 340, 341) und im Schrifttum (*Netz*, GrdstVG, 6. Aufl., § 9 Anm. 4.10.7, S. 559) geteilt wird, hält der Senat fest.

bb) Die in § 9 Abs. 5 GrdstVG bestimmte Rechtsfolge tritt auch dann ein, wenn wegen eines erheblich über dem innerlandwirtschaftlichen Verkehrswert liegenden Kaufpreises die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht zu erwarten war. Da das Siedlungsunternehmen den Vertrag nur als Ganzes oder überhaupt nicht übernehmen kann, ist es nicht zulässig, bei der Auslegung des § 9 Abs. 5 GrdstVG danach zu differenzieren, ob das Siedlungsunternehmen das Vorkaufsrecht wegen der Höhe des Kaufpreises oder aus anderen Gründen nicht ausübt hat (Senat, Beschluss vom 7.7.1966, V BLw 9/66, a. a. O.).

cc) Die Behörde darf die Genehmigung des Vertrags auch dann nicht nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdstVG versagen, wenn sie den Vertrag, obwohl das Vorkaufsrecht nach dem Reichsiedlungsrecht hätte ausgeübt werden können, entgegen der Bestimmung in § 12 GrdstVG dem Siedlungsunternehmen nicht vorgelegt hat. Die Behörde kann durch ein solches gesetzwidriges Verhalten weder dem Antragsteller die Vorteile entziehen, die sich für ihn nach § 9 Abs. 5 GrdstVG bei Nichtausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts ergeben, noch den ihr zustehenden Prüfungsrahmen auf den in § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdstVG bezeichneten Versagungsgrund erweitern (vgl. OLG Koblenz, RdL 1964, 292, 293; OLG Oldenburg, RdL 1976, 52).

2. Das Vorliegen des in § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG bezeichneten Versagungsgrunds verneint das Beschwerdegericht ohne Rechtsfehler. Nach dieser Vorschrift darf die Genehmigung versagt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen sich ergibt, dass der Gegenwert in einem groben Missverhältnis zum Wert des Grundstücks steht.

a) Nach den auf einem Sachverständigengutachten beruhenden Feststellungen zum Verkehrswert wäre allerdings von einem solchen Missverhältnis auszugehen.

aa) Der Wert des Grundstücks im Sinne dieser Vorschrift ist der innerlandwirtschaftliche Verkehrswert. Er wird durch den Preis bestimmt, der bei einem Verkauf von einem Landwirt an einen anderen erzielt wird (Senat, Beschluss vom 2.6.1968, V BLw 10/68, BGHZ 50, 297, 300; Beschluss vom 27.4.2001, BLw 14/00, WM 2001, 1569, 1570). Dieser Wert entspricht in der Regel dem durchschnittlichen Preis, der sich aus den Kaufpreissammlungen über die bei Verkäufen landwirtschaftlicher Grundstücke in der näheren Umgebung in den vergangenen Jahren erzielten Preise ergibt (vgl. Senat, Beschluss vom 2.6.1968, V BLw 10/68, a. a. O.; OLG Frankfurt, RdL 2005, 274, 276; *Ehrenforth*, Reichsiedlungsgesetz und Grundstücksverkehrsgesetz, § 9 GrdstVG S. 452; *Netz*, GrdstVG, 6. Aufl., § 9 Anm. 4.12.2.1, S. 603). Auf dieser Grundlage hat der gerichtliche Sachverständige den innerlandwirtschaftlichen Verkehrswert ermittelt.

Den Einwand der Beteiligten zu 2, die Rechtsprechung zur Bestimmung eines innerlandwirtschaftlichen Verkehrswerts sei überholt, jedenfalls aber auf die neuen Länder nicht ohne Weiteres übertragbar, ist unbegründet. Der Senat hat bereits

entschieden, dass das Grundstücksverkehrsgesetz bundeseinheitlich anzuwenden und den besonderen Marktverhältnissen in den neuen Ländern auf sachverständiger Ebene bei der Ermittlung des innerlandwirtschaftlichen Verkehrswerts Rechnung zu tragen ist (BGH, Beschluss vom 29.11.2013, BLw 2/12, BzAR 2014, 104 Rdnr. 58). Die Anwendung von § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG auch auf die im Bieterverfahren erzielten Preise entspricht dem Zweck des Versagungsgrunds. Die Vorschrift soll Erschwerungen des zur Verbesserung der Agrarstruktur erforderlichen Landerwerbs durch interessierte Land- und Forstwirte infolge überhöhter Preise verhindern (BVerfGE 21, 87, 90; BGH, Beschluss vom 2.6.1968, V BLw 10/68, BGHZ 50, 297, 299 und Beschluss vom 3.6.1976, V BLw 16/75, WM 1976, 849, 851). Dem widerspräche es, wenn die Beteiligte zu 2 als größte Anbieterin solcher Flächen in den neuen Ländern bei ihren Verkäufen Preise durchsetzen könnte, welche die landwirtschaftlichen Betriebe mit Anschaffungskosten für den Grunderwerb belasteten, die ihren Bestand oder ihre Wirtschaftlichkeit bedrohten.

bb) Danach wäre hier von einem groben Missverhältnis zwischen dem Preis (46.600 €) und dem Verkehrswert (27.300 €) auszugehen. Ein Missverhältnis im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG liegt in der Regel dann vor, wenn der vereinbarte Preis den nach den Kaufpreissammlungen ermittelten Verkehrswert um mehr als 50 vom Hundert übersteigt (BGH, Beschluss vom 2.6.1968, V BLw 10/68, BGHZ 50, 297, 304; OLG Frankfurt, RdL 2005, 274, 275; OLG Jena, NJOZ, 2012, 1400, 1401; OLG Stuttgart, NJW-RR 2011, 1385, 1387).

b) Hier nicht zu entscheiden ist die Frage, ob die zur Veräußerung landwirtschaftlicher Grundstücke erforderliche Genehmigung nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG auch bei einem durch öffentliche Ausschreibung zustande gekommenen Verkaufspreis versagt werden darf, wenn der Verkäufer ein dem Staat zuzurechnendes Unternehmen ist, das für dessen Rechnung landwirtschaftliche Grundstücke verkauft. In diesen Fällen stoßen die auf gesamtwirtschaftlichen und sozialen Gründen beruhende preisrechtliche Regelung in § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG (BVerfGE 21, 87, 90) und das europarechtliche Verbot staatlicher Beihilfen (Art. 107 Abs. 1 AEUV) möglicherweise aneinander. Diese Rechtsfrage ist Gegenstand eines Vorlagebeschlusses des Senats an den Gerichtshof der Europäischen Union (BGH, Beschluss vom 29.11.2013, BLw 2/12, BzAR 2014, 104 ff.). Sie ist allerdings dann nicht entscheidungserheblich, wenn der sich aus dem Verhältnis von Kaufpreis und Grundstückswert ergebende Versagungsgrund nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG nicht anzuwenden ist, weil durch die Veräußerung zu diesem Preis ungünstige Auswirkungen auf die Agrarstruktur nicht zu erwarten sind (vgl. BGH, Beschluss vom 3.6.1976, V BLw 16/75, WM 1976, 849, 851). So liegt es hier.

c) Das Beschwerdegericht verneint im Ergebnis zutreffend den Versagungsgrund nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG unter Hinweis darauf, dass der Beteiligte zu 5 im Hauptberuf Landwirt ist und dass die um die verkauften Flächen konkurrierenden ortsnahen Betriebe mit 41.118 € einen Preis zu zahlen bereit sind, der nicht wesentlich unter dem vereinbarten Kaufpreis von 46.000 € liegt.

aa) Für den Versagungsgrund nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG kommt es – anders als die Rechtsbeschwerde meint – nicht darauf an, ob der das Grundstück erwerbende Landwirt dieses selbst bewirtschaften oder verpachten will. Das ist – wie das Beschwerdegericht zutreffend darlegt – allein für die Prüfung des Versagungsgrunds nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdstVG von Bedeutung, wenn das Erwerbsinteresse des künftigen Verpächters in Konkurrenz zu dem Erwerbsinteresse eines Landwirts tritt, der das Grundstück zur Aufstockung seines Be-

triebs dringend benötigt und zum Erwerb bereit und in der Lage ist (vgl. Senat, Beschluss vom 6.7.1990, BLw 8/88, BGHZ 112, 86, 88 m. w. N.). Mit dem Versagungsgrund nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG soll dagegen verhindert werden, dass durch Veräußerungen zu überhöhten Preisen Nachteile für die Agrarstruktur eintreten (Senat, Beschluss vom 5.6.1976, V BLw 16/75, AgrarR 1977, 65, 66). Nach dem Zweck dieser Vorschrift kommt es nicht darauf an, ob der Erwerber, der den hohen Preis zu zahlen bereit ist, beabsichtigt, das Grundstück selbst zu bewirtschaften oder es zu verpachten. Maßgebend ist vielmehr, dass die Veräußerung zwecks weiterer landwirtschaftlicher Nutzung des Grundstücks erfolgt und dass der vereinbarte Kaufpreis aus dem Betriebsertrag eines Berufslandwirts erwirtschaftet werden muss. Ist beides der Fall, ist davon auszugehen, dass der Preis nach Auffassung des Erwerbers nicht zu einer Belastung führt, die die Existenz oder die Wirtschaftlichkeit seines Betriebes gefährdet.

bb) Ob deswegen der Versagungsgrund des § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG schon dann entfällt, wenn der Erwerber Vollerwerbslandwirt ist, ist allerdings umstritten.

(1) Einige OLG (OLG Stuttgart, NJW-RR 2011, 1385, 1387, und OLG Jena, AuR 2013, 341, 342) vertreten unter Hinweis auf *Netz* (GrdstVG, 6. Aufl., § 9 Anm. 4.12.6., S. 610), mit Rücksicht auf den gesetzgeberischen Zweck dürfe der Preis, den ein hauptberuflicher Landwirt zu zahlen bereit sei, nur in Ausnahmefällen nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG von der Behörde beanstandet werden. Es sei nämlich grundsätzlich Sache des erwerbenden Landwirts, zu überlegen, ob der angebotene Preis für ihn und seinen Betrieb sinnvoll sei. Die Behörde und das Gericht hätten diese eigenständige Kalkulation nicht zu überprüfen.

(2) Demgegenüber vertritt das OLG Schleswig (AuR 1980, 254; dieser Entscheidung ebenfalls zustimmend *Netz*, a. a. O., Anm. 4.12.2.2, S. 604), dass bei der Prüfung des Versagungsgrunds auf die Gesamtheit der Landwirte, insbesondere im örtlichen Bereich, abzustellen sei. Überpreise führten im Falle der behördlichen Genehmigung der Verträge zur Erhöhung des Mittelwerts als Richtschnur des Verkehrswerts und hätten dadurch eine allgemeine Anhebung des genehmigungsfähigen Preisvolumens zur Folge. Das sei eine Gefahr, die vor allem finanzschwache Landwirte träfe. Diese Gefahr laufe konkreten Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur zuwider und sei von dem Schutzbereich des § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG erfasst.

(3) Beide Auffassungen sind in ihrer Allgemeinheit nicht richtig.

(a) Die auf die Kalkulation nur eines Landwirts gestützten Erwägungen des Beschwerdegerichts treffen so nicht zu. Der Versagungsgrund entfällt nicht schon deswegen, weil ein Landwirt den Preis als für seinen Betrieb noch tragbar erachtet. Der mit dem Versagungsgrund in § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG verfolgte gesamtwirtschaftliche und soziale Zweck ist auf die Gesamtheit der erwerbswilligen und erwerbsbereiten Land- und Forstwirte bezogen. Durch die Genehmigung der Veräußerung eines landwirtschaftlichen Grundstücks zu einem Preis, der weit über dem innerlandwirtschaftlichen Verkehrswert liegt, sind ungünstige Auswirkungen auf die Agrarstruktur auch dann zu erwarten, wenn der zur Zahlung eines solchen Preises bereite Erwerber Landwirt ist. Die Genehmigung solcher Veräußerungen führt zu einer Erschwerung des Grunderwerbs durch interessierte Landwirte. An diesen negativen Auswirkungen, welche die Genehmigungen von Veräußerungen zu überhöhten Preisen für die Agrarstruktur insgesamt haben, ändert der Umstand grundsätzlich nichts, dass

der einen solchen Preis zu zahlen bereite Erwerber Landwirt ist.

(b) Im Ergebnis ist die angefochtene Entscheidung dennoch richtig. Die Genehmigung zur Veräußerung eines landwirtschaftlichen Grundstücks zu einem im Bieterverfahren ermittelten Preis ist – ungeachtet des von einem Gutachter ermittelten innerlandwirtschaftlichen Verkehrswerts – dann nicht nach § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG zu versagen, wenn die um dieselbe Fläche konkurrierenden erwerbswilligen landwirtschaftlichen Unternehmen – wie hier – ebenfalls bereit sind, einen (annähernd) gleich hohen Preis zu zahlen. In diesem Fall ist nämlich vor dem Hintergrund, dass Berufslandwirte keine aus dem Betriebsertrag nicht zu erwirtschaftende Kaufpreisangebote abzugeben pflegen, die Annahme begründet, dass der nach einem Bieterverfahren bestimmte Preis nicht überhöht ist. Von der Veräußerung eines landwirtschaftlichen Grundstücks zu einem Preis, der nach der Einschätzung mehrerer (auch ortsansässiger) Landwirte aus dem Betriebsertrag erwirtschaftet werden kann, sind die ungünstigen Auswirkungen auf die Agrarstruktur, die mit dem in § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG bestimmten Versagungsgrund abgewehrt werden sollen, nicht zu erwarten.

(...)

2. BGB § 147 Abs. 2, § 308 Nr. 1, § 812 Abs. 1 Satz 1 (*Überlange Angebotsbindungsfrist in Bauträgervertrags-AGB*)

Eine von dem Bauträger vorformulierte Bindungsfrist, nach der der Erwerber an sein Angebot auf Abschluss eines Bauträgervertrags für sechs Wochen oder länger gebunden ist, überschreitet die regelmäßige gesetzliche Frist des § 147 Abs. 2 BGB von vier Wochen wesentlich; sie ist nur dann nicht unangemessen lang im Sinne von § 308 Nr. 1 BGB, wenn der Verwender hierfür ein schutzwürdiges Interesse geltend machen kann, hinter dem das Interesse des Kunden an dem baldigen Wegfall der Bindung zurückstehen muss (Fortführung von Senat, NJW 2014, 854 = WM 2013, 2315).

BGH, Urteil vom 17.1.2014, V ZR 5/12

Mit notarieller Erklärung vom 26.5.2008 bot die Klägerin der Beklagten den Kauf einer Eigentumswohnung an. Bei dem verwendeten Text handelte es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen der gewerblich handelnden Beklagten. Danach bezog sich das Kaufangebot auf einen „Bauträgerkaufvertrag über eine noch zu sanierende Eigentumswohnung“. Die Sanierung sollte durch die Beklagte erfolgen. Eine Vertragsbedingung lautet wie folgt:

„An das Angebot hält sich der Anbietende bis zum Ablauf von sechs Wochen von heute an gerechnet unwiderruflich gebunden. Nach Ablauf dieser Frist kann das Angebot schriftlich widerrufen werden. Ist das Angebot schriftlich widerrufen worden, kann es nicht mehr angenommen werden und erlischt mit dem Ablauf von weiteren sechs Wochen, nachdem der Widerruf dem Angebotsempfänger zugegangen ist, es sei denn, der Angebotsempfänger hat innerhalb von weiteren sechs Wochen den Widerruf schriftlich zurückgenommen. Nach Rücknahme des Widerrufs kann das Angebot nur innerhalb der weiteren sechs Wochen angenommen werden. Nach Ablauf dieser Frist erlischt das Angebot endgültig.“

Am 4.7.2008, also fünf Wochen und fünf Tage später, erklärte die Beklagte die Annahme des Angebots. Der Kaufpreis betrug 146.820 €. Gezahlt wurden nur 119.660 €; die Beklagte behauptet, der Kaufpreis sei aufgrund von nachträglichen Verhandlungen reduziert worden. Die Klägerin hat in den Tatsacheninstanzen erfolglos die Rückabwicklung des Kaufs, die Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten für weitere Vermögensschäden und den Ersatz vorgericht-

licher Rechtsanwaltskosten begehrt. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihr Klageziel weiter.

Aus den Gründen:

II.

Das Berufungsgericht meint, der Kaufvertrag sei zustande gekommen, weil das Angebot der Klägerin im Zeitpunkt der Annahme noch nicht erloschen gewesen sei. Die Annahme sei innerhalb der Frist von sechs Wochen erfolgt. Die hinsichtlich der Annahmefrist verwendete Klausel sei nicht gemäß § 308 Nr. 1 BGB unwirksam. Eine Frist von sechs Wochen überschreite den in § 147 Abs. 2 BGB bestimmten Zeitraum nur unwesentlich; dieser sei bei dem finanzierten Kauf einer bereits fertiggestellten Eigentumswohnung nach dem Urteil des Senats vom 11.6.2010 (V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 ff.) mit vier Wochen zu bemessen. Ob bei einem Bauträgervertrag, von dem vorliegend wohl auszugehen sei, ohnehin eine längere Frist angemessen sei, könne dahinstehen. Eine vier Wochen überschreitende Frist sei jedenfalls wegen besonderer Umstände berechtigt. Denn eine Gesellschafterin der Beklagten habe ihren Sitz in den Niederlanden, und die Klägerin habe davon ausgehen müssen, dass ihr Angebot erst übersetzt und ins Ausland übermittelt werden müsse. Die nachfolgenden Regeln über den Widerruf beeinflussten die Wirksamkeit der Klausel nicht. Diese sei insoweit teilbar und benachteilige den Käufer zudem nicht unangemessen. Schließlich scheitere die Klage auch daran, dass die Klägerin die von ihr gezogenen Nutzungen trotz mehrmaliger Aufforderung durch die Beklagte nicht beziffert habe.

III.

Das angefochtene Urteil hält einer revisionsrechtlichen Nachprüfung im Wesentlichen nicht stand.

1. Soweit die Klägerin die Rückzahlung des Kaufpreises von 119.660 € nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückübergang und Rückgabe der Eigentumswohnung verlangt, verneint das Berufungsgericht zu Unrecht einen Anspruch gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB. Zwischen den Parteien ist kein Kaufvertrag zustande gekommen, so dass die Kaufpreiszahlung ohne Rechtsgrund erfolgte. Die Beklagte hat das Angebot der Klägerin vom 26.5.2008 nicht rechtzeitig angenommen. Zwar hat sie die Annahme innerhalb der in dem Angebot enthaltenen sechswöchigen Bindungsfrist erklärt. Aber die Klausel über diese Frist, die sich – wie der Senat für eine vergleichbare Klausel bereits entschieden hat – aus ihrem Wortlaut heraus verständlich und sinnvoll von der nachfolgenden Fortgeltungsklausel trennen lässt, so dass es auf deren Wirksamkeit oder Unwirksamkeit nicht ankommt (vgl. Senat, Urteil vom 27.9.2013, V ZR 52/12, WM 2013, 2315 Rdnr. 8), ist gemäß § 308 Nr. 1 BGB unwirksam. Das hat nach § 306 Abs. 2 BGB zur Folge, dass für die Annahmefrist die gesetzliche Regelung in § 147 Abs. 2 BGB gilt. Danach erfolgte die Annahme des Angebots nicht rechtzeitig. Gemäß § 146 BGB war es in diesem Zeitpunkt bereits erloschen.

a) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts handelt es sich bei dem verwendeten Angebot um eine von der Beklagten vorformulierte Erklärung, die der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle unterliegt. Das legen auch die Parteien ihrer rechtlichen Beurteilung zugrunde. Folglich ist der Weg für eine Inhaltskontrolle dieser Vertragsabschlussklausel nach § 308 Nr. 1 BGB frei (vgl. Senat, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rdnr. 7).

b) Unter Berücksichtigung der für den Vertragsgegenstand typischen Umstände ergibt die Abwägung der Interessen der

Verhandlungspartner, dass die in dem Angebot enthaltene Bindungsfrist von sechs Wochen die Klägerin unangemessen in ihrer Dispositionsfreiheit beeinträchtigt hat und deshalb nach § 308 Nr. 1 BGB unwirksam ist.

aa) Ausgangspunkt für die Prüfung der Unangemessenheit nach § 308 Nr. 1 BGB ist § 147 Abs. 2 BGB. Nach dieser Vorschrift kann der einem Abwesenden gemachte Antrag nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Für die Bemessung dieses Zeitraums ist unerheblich, ob es sich – was die Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat in Abrede gestellt hat – tatsächlich um einen Bauträgerkaufvertrag handelt. Denn bei dem finanzierten Kauf einer bereits fertiggestellten Eigentumswohnung beträgt die gesetzliche Frist des § 147 Abs. 2 BGB regelmäßig vier Wochen (Senat, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rdnr. 12 ff.); der Senat hat – allerdings erst nach Erlass des Berufungsurteils – entschieden, dass für einen Bauträgerkaufvertrag nichts anderes gilt (Urteil vom 27.9.2013, V ZR 52/12, WM 2013, 2315 Rdnr. 12 f.).

bb) Ob bei der Bestimmung, welche Frist angemessen im Sinne von § 308 Nr. 1 BGB ist, im konkreten Fall absehbare Verzögerungen zu berücksichtigen sind oder ob insoweit allein eine generalisierende und typisierende Betrachtung geboten ist (vgl. Senat, Urteil vom 27.9.2013, V ZR 52/12, WM 2013, 2315 Rdnr. 13), kann dahinstehen. Denn die Beklagte führt insoweit allein die nicht sichergestellte Finanzierung auf Seiten der Klägerin an. Diese kann die gesetzliche Frist des § 147 Abs. 2 BGB jedoch nicht verlängern. Wird nämlich das Angebot – wie hier – auf Veranlassung des Empfängers abgegeben, obwohl diesem die ungesicherte Finanzierung bekannt ist, kann der Anbietende eine Annahme innerhalb der üblichen Frist erwarten. Er muss nicht damit rechnen, dass ein Hindernis auf seiner Seite, das seinem potentiellen Vertragspartner von vornherein bekannt ist, eine überlange einseitige Bindung zur Folge hat; so hätte es der Beklagten freigestanden, die Klägerin erst nach einer Finanzierungszusage zu der Abgabe des Angebots zu bewegen.

cc) Die danach maßgebliche gesetzliche Frist von vier Wochen ist wesentlich überschritten. Allerdings ist höchstrichterlich bislang nicht geklärt, ab welcher relativen Fristüberschreitung die Wesentlichkeitsgrenze erreicht ist. Bei einer vierwöchigen gesetzlichen Frist entscheidet der Senat diese Frage nunmehr dahingehend, dass (nur) eine Überschreitung um 50 % oder mehr als wesentlich anzusehen ist; davon ist also auszugehen, sobald die Frist – wie hier – sechs Wochen (oder mehr) beträgt. Ob es zusätzlich eine absolute Grenze für die Unwesentlichkeit gibt (so *Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Dammann*, AGBG, 6. Aufl., § 308 Nr. 1 Rdnr. 11), kann dahinstehen; eine absolute Obergrenze dürfte allerdings nicht allgemein, sondern nur bezogen auf den jeweiligen Vertragsgegenstand und die maßgebliche gesetzliche Frist zu bestimmen sein und wäre bei einer auf einen Immobilienkaufvertrag bezogenen vierwöchigen Frist (erst) bei einer Überschreitung – wie hier – um zwei Wochen erreicht.

dd) Geht die Bindungsfrist wesentlich über den in § 147 Abs. 2 BGB bestimmten Zeitraum hinaus, stellt dies nur dann keine unangemessene Benachteiligung dar, wenn der Verwender hierfür ein schutzwürdiges Interesse geltend machen kann, hinter welchem das Interesse des Kunden an dem baldigen Wegfall seiner Bindung zurückstehen muss (Senat, Urteile vom 11.6.2010, V ZR 85/09, NJW 2010, 2873, Rdnr. 8 und vom 27.9.2013, V ZR 52/12, WM 2013, 2315 Rdnr. 14 f.). Solche schutzwürdigen Interessen der Beklagten sind nicht

ersichtlich. Insbesondere kann sie sich nicht darauf berufen, dass eine ihrer Gesellschafterinnen ihren Sitz in den Niederlanden hat. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts liegt es fern, dass der Beklagten durch die Übersetzung des immerhin von ihr selbst vorformulierten Angebots ein besonderer zeitlicher Aufwand entstand. Auch erschließt es sich nicht, warum eine Übermittlung in die Niederlande angesichts einer möglichen Versendung per E-Mail oder Telefax längere Zeit beanspruchen sollte.

c) Die Klägerin hat die verspätete Annahmeerklärung der Beklagten, die gemäß § 150 Abs. 1 BGB als neues Angebot gilt, nicht angenommen. Der Senat hat bereits mehrfach ausgeführt, dass eine Annahme der verspäteten Annahmeerklärung durch Schweigen bei beurkundungsbedürftigen Grundstücksgeschäften nicht in Betracht kommt und dass die von dem anderen Teil zur Erfüllung vorgenommenen Handlungen (insbesondere die Kaufpreiszahlung) grundsätzlich nicht als schlüssige Annahmeerklärung auszulegen sind (Urteile vom 11.6.2010, V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rdnr. 16; vom 7.6.2013, V ZR 10/12, ZNotP 2013, 226 Rdnr. 27; vom 27.9.2013, V ZR 52/12, WM 2013, 2315 Rdnr. 19).

d) Insoweit erweist sich das Urteil auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Die weitere Begründung des Berufungsgerichts, die Klage sei auch deshalb abzuweisen, weil die Klägerin keine Angaben über die von ihr gezogenen Nutzungen gemacht habe, trägt das Ergebnis nicht. Zwar müssen die gezogenen Nutzungen im Rahmen des Bereicherungsausgleichs grundsätzlich in Abzug gebracht werden; den notwendigerweise pauschalen Vortrag der insoweit beweisbelasteten Beklagten hätte die Klägerin substantiiert bestreiten müssen (vgl. BGH, Urteil vom 25.10.1989, VIII ZR 105/88, NJW 1990, 314, 316), indem sie die gezogenen Nutzungen darlegt. Jedenfalls teilweise hätte die Klage aber deshalb Erfolg haben müssen, weil sich die maximale Höhe der in Abzug zu bringenden Nutzungen gemäß § 287 Abs. 1 ZPO schätzen lässt (vgl. zu einem Bereicherungsanspruch BGH, Urteil vom 25.6.2002, X ZR 83/00, NJW 2002, 3317, 3320; zur Schätzung eines Mindestschadens BGH, Urteil vom 1.2.2000, X ZR 222/98, NJW-RR 2000, 1340 f.). Das Berufungsgericht lässt nämlich unberücksichtigt, dass die Klägerin in der Klageschrift jedenfalls die in den Jahren 2007 und 2008 erzielten Mieten und die in diesem Zeitraum gezahlten nicht umlagefähigen Nebenkosten mitgeteilt hat. Werden die dort genannten Beträge auf den Zeitraum bis zu der letzten mündlichen Verhandlung hochgerechnet und in voller Höhe abgezogen, ergibt sich selbst unter Berücksichtigung eines zu schätzenden Zuschlags für mögliche Mietsteigerungen ein Abzugsbetrag, der weit unter der Klageforderung liegt.

2. Ein Anspruch auf Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten ergibt sich zwar nicht nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsschluss (§ 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 BGB). Denn nach dem Schutzzweck des § 308 Nr. 1 Hs. 1 BGB sind nur solche Schäden erfasst, die gerade und lediglich durch die überlange Bindung des Vertragspartners verursacht worden sind (Senat, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rdnr. 24 f.; Urteil vom 27.9.2013, V ZR 52/12, WM 2013, 2315 Rdnr. 34). Das ist bei vorgerichtlichen Anwaltskosten nicht der Fall; denn sie sind nicht durch die Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit der Klägerin in dem überlangen Bindungszeitraum verursacht worden, sondern allein durch deren frühere Annahme, ein Kaufvertrag sei wirksam zustande gekommen. In Betracht kommt aber ein Anspruch aus Verzug (§ 280 Abs. 2, § 286 BGB), der allerdings voraussetzt, dass der Verzug bereits eingetreten war, als die Klägerin ihren Prozessbevollmächtigten beauftragte.

3. Im Übrigen hat das Berufungsgericht die Abweisung der Klage zu Recht bestätigt.

a) Soweit die Klägerin die Ersatzpflicht der Beklagten für weitere Vermögensschäden feststellen lassen will, fehlt es an einer Anspruchsgrundlage für den Ersatz denkbarer Schäden.

aa) Im Hinblick auf etwaige Erwerbsnebenkosten scheidet ein Bereicherungsausgleich schon aufgrund der Wertung des § 448 Abs. 2 BGB aus (näher Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rdnr. 21 m. w. N.). Das gilt auch für etwaige Finanzierungskosten, die allein im Risikobereich und wirtschaftlichen Interesse der Klägerin liegen und für die sie (auch deshalb) das Entreicherungsrisiko trägt, weil ihr gemäß § 818 Abs. 1 BGB die von der Beklagten gezogenen Nutzungen zustehen (Senat, Urteile vom 6.12.1991, V ZR 311/89, BGHZ 116, 251, 256 f.; vom 14.7.2000, V ZR 82/99, BGHZ 145, 52, 56; vom 27.9.2013, V ZR 52/12, WM 2013, 2315 Rdnr. 32). In den bereicherungsrechtlichen Ausgleich einzubeziehen sind allerdings die erzielten Mieterträge abzüglich nicht umlagefähiger Nebenkosten (Senat, Urteil vom 27.9.2013, V ZR 52/12, WM 2013, 2315 Rdnr. 32); ein eigenständiger Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen scheidet dagegen schon deshalb aus, weil es sich um unselbständige Positionen des einheitlichen Bereicherungsanspruchs handelt (siehe nur Senat, Urteil vom 14.7.2000, V ZR 82/99, BGHZ 145, 52, 54 f.).

bb) Auch Ansprüche nach den Grundsätzen des Verschuldens bei Vertragsschluss (§ 311 Abs. 2, § 241 Abs. 2, § 280 BGB) stehen der Klägerin nicht zu. Von dem Schutzzweck des § 308 Nr. 1 Hs. 1 BGB sind weder Erwerbsnebenkosten noch die laufenden Finanzierungskosten erfasst (Senat, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rdnr. 24 f.; Urteil vom 27.9.2013, V ZR 52/12, WM 2013, 2315 Rdnr. 34); ebenso wenig werden die laufenden Kosten der Unterhaltung von dieser Anspruchsgrundlage erfasst. Dass der Klägerin gerade im Hinblick auf die Bindungsfrist Finanzierungskosten oder andere Schäden entstanden sind, ist nicht ersichtlich.

3. Soweit die Revision Erfolg hat, unterliegt das Berufungsurteil der Aufhebung (§ 562 ZPO). Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Der Rechtsstreit ist nicht im Sinne von § 563 Abs. 3 ZPO zur Endentscheidung reif, weil das Berufungsgericht – von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig – bislang keine Feststellungen zu der Höhe des Zahlungsanspruchs und zu dem Eintritt des Verzuges getroffen hat.

Anmerkung:

In seiner ersten Entscheidung zu den formularmäßigen Bindungsfristen beim Immobilienkaufvertrag vom 11.6.2010¹ hat der V. Zivilsenat des BGH eine formularmäßige Bindungsfrist für unangemessen lange im Sinne von § 308 Nr. 1 Alt. 1 BGB und damit für unwirksam erachtet, wenn diese „wesentlich“ über den in § 147 Abs. 2 BGB bestimmten Zeitraum (Regelbindungsfrist) hinausgeht. Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn der Verwender hierfür ein schutzwürdiges Interesse geltend machen kann, hinter dem das Interesse des Kunden an dem baldigen Wegfall seiner Bindung zurückstehen muss.² Bis zur vorliegenden Entscheidung war allerdings unklar, ab welcher Länge der Bindungsfrist eine derartige wesentliche Überschreitung der Regelbindungsfrist anzunehmen ist.

¹ BGH, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, DNotI-Report 2010, 142 = DNotZ 2010, 913.

² BGH, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, DNotZ 2010, 913 Tz. 8.

I. Bisheriger Meinungsstand

Einvernehmen bestand insoweit, als eine wesentliche Überschreitung jedenfalls bei einer Verdoppelung der Regelbindungsfrist anzunehmen ist.³ Im Übrigen wurde im notariellen Schrifttum ganz überwiegend eine Bindungsfrist von bis zu sechs Wochen noch als akzeptabel angesehen.⁴ *Brambring*⁵ und *Stresemann*⁶ haben jedoch darauf hingewiesen, dass eine Überschreitung der Regelbindungsfrist um 50 % begrifflich durchaus erheblich sei.

II. Aktuelle Entscheidung

Angesichts dessen kam es nicht überraschend, dass der BGH mit Urteil vom 17.1.2014 eine formularmäßige Bindungsfrist von sechs Wochen mangels überwiegender schutzwürdiger Interessen des Klauselverwenders als unangemessen lang und damit als nach § 308 Nr. 1 Alt. 1 BGB unwirksam angesehen hat. Erwähnenswert sind allerdings vor allem die weiteren Ausführungen des Senats:

„Bei einer vierwöchigen gesetzlichen [Regelbindungs-] Frist [...] [ist] (nur) eine [relative] Überschreitung um 50 % oder mehr als wesentlich anzusehen [...]; davon ist also auszugehen, sobald die Frist [...] sechs Wochen (oder mehr) beträgt.“ (Hervorhebung durch Verf.)

Während man nach den Äußerungen insbesondere von *Stresemann* auf der 11. Jahresarbeitstagung des Notariats aus dem vergangenen Jahr Anlass zur Befürchtung hatte, dass bereits eine Überschreitung der Regelbindungsfrist um nur wenige Tage zur Unwirksamkeit nach § 308 Nr. 1 Alt. 1 BGB führen könnte⁷ – weshalb im Schrifttum zwischenzeitlich sogar eine relative strenge Orientierung an der vierwöchigen Regelbindungsfrist empfohlen wurde⁸ –, hat der V. Zivilsenat nunmehr klargestellt, dass eine formularmäßige Bindungsfrist bis zu fünf Wochen und sechs Tagen nicht unangemessen lange im Sinne von § 308 Nr. 1 Alt. 1 BGB ist. Selbst wenn man neben der relativen Grenze der Unwesentlichkeit (< 50 %) zusätzlich eine absolute Grenze annehmen würde,⁹ dürfe nach Ansicht des BGH

„eine absolute Obergrenze [...] nicht allgemein, sondern nur bezogen auf den jeweiligen Vertragsgegenstand und die maßgebliche gesetzliche Frist zu bestimmen sein und wäre bei einer auf einen Immobilienkaufvertrag bezogenen vierwöchigen Frist (erst) bei einer Überschreitung [...] um zwei Wochen erreicht.“¹⁰ (Hervorhebung durch Verf.)

III. Bewertung

Es ist müßig, darüber zu diskutieren, ob man eine unangemessene Bindungsfrist – wie der BGH – schon bei einer Überschreitung der Regelbindungsfrist um relativ 50 % bzw. einer absoluten Überschreitung von zwei Wochen oder erst bei einer Überschreitung um mehr als 50 % bzw. absolut um mehr als zwei Wochen hätte annehmen sollen. Mit der vorliegenden Entscheidung hat der V. Zivilsenat in jedem Fall einen maßvollen Kompromiss gefunden, der der Privatautonomie Rechnung trägt,¹¹ und vor allem für die Praxis Rechtssicherheit geschaffen. Der Senat hat sich gerade nicht darauf beschränkt, eine sechswöchige Bindungsfrist als unangemessen lange im Sinne von § 308 Nr. 1 Alt. 1 BGB zu qualifizieren, sondern erfreulicherweise klargestellt, dass eine Unwirksamkeit der formularmäßigen Bindungsfrist erst ab einer relativen Überschreitung der Regelbindungsfrist von 50 % und einer absoluten Überschreitung von zwei Wochen droht.

Für die Vergangenheit steht damit fest, dass sich eine auf das Nichtzustandekommen des Kaufvertrags gestützte Klage bei formularmäßigen Bindungsfristen von weniger als sechs Wochen nicht lohnt.¹² Auch für die Zukunft verfügt die notarielle Praxis nunmehr über verlässliche Leitlinien, wie formularmäßige Bindungsfristen gestaltet werden können. Angesichts der sehr klaren Aussagen des V. Zivilsenats bestehen meines Erachtens keine Bedenken dagegen, eine formularmäßige Bindungsfrist von fünf Wochen und sechs Tagen vorzusehen. Wenngleich die Generalklausel des § 307 BGB neben § 308 Nr. 1 Alt. 1 BGB Anwendung findet, dürfte – von ganz außergewöhnlich gelagerten Fällen abgesehen – eine fünfwöchige und sechstägige Bindungsfrist vom BGH auch nicht als unangemessen benachteiligend im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB qualifiziert werden und ist somit zulässig.

Ob es wirklich ratsam bzw. zweckmäßig ist, dem Klauselverwender die Ausschöpfung der Maximaldauer der zulässigen formularmäßigen Bindungsfrist naheulegen, steht auf einem anderen Blatt. Schon um nicht den Eindruck zu erwecken, zu sehr die Interessen des Klauselverwenders bei der Gestaltung des Angebots bzw. des Vertrags zu berücksichtigen,¹³ sollten die für eine längere Bindungsfrist sprechenden Beweggründe meines Erachtens unabhängig davon, ob sie geeignet sind, eine längere Regelbindungsfrist im Sinne von § 147 Abs. 2 BGB zu rechtfertigen oder ob sie in der Interessenabwägung nach § 308 Nr. 1 Alt. 1 BGB von Relevanz sind,¹⁴ in jedem Fall knapp im Angebot skizziert werden.

Notar *Sebastian Herrler*, München

³ Vgl. *Kessler*, RNotZ 2010, 533, 534.

⁴ Vgl. nur *Herrler/Suttman*, DNotZ 2010, 883, 884; *Kessler*, RNotZ 2010, 533, 534; *Basty*, Der Bauträgervertrag, 7. Aufl. 2012, Rdnr. 173; *Walter*, NotBZ 2012, 81, 83.

⁵ *Brambring* in DAI-Skript, Aktuelle Brennpunkte in der notariellen Praxis, 14.9.2012, S. 167, 178.

⁶ *Stresemann* in DAI-Skript, 11. Jahresarbeitstagung des Notariats, 19.-21.9.2013, S. 1, 11.

⁷ *Stresemann* in DAI-Skript, 11. Jahresarbeitstagung des Notariats, 2013, S. 1, 11 unter Hinweis auf *Dammann*, in: *Wolff/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, 5. Aufl. 2009, § 308 Nr. 1 BGB Rdnr. 11 (Überschreitung absolut maximal ein bis zwei Tage und relativ maximal 20 %).

⁸ *Herrler*, DNotZ 2013, 887, 904; *Hertel*, ZfIR 2013, 769, 771.

⁹ So *Dammann*, in: *Wolff/Lindacher/Pfeiffer*, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 308 Nr. 1 BGB Rdnr. 11.

¹⁰ BGH, Urteil vom 17.1.2014, V ZR 5/12, DNotZ 2014, 358 Tz. 10.

¹¹ Anders wäre dies gewesen, wenn schon eine Verlängerung der vierwöchigen Regelbindungsfrist um drei, vier oder fünf Tage schädlich gewesen wäre.

¹² Sofern die Bindungsfrist allerdings nicht datumsmäßig bezeichnet, sondern abstrakt in Wochen ab Abgabe des Angebots angegeben wurde, dürfte die vorliegende Entscheidung nicht selten zur Unwirksamkeit der formularmäßigen Bindungsfrist führen, da eine Frist von mindestens sechs Wochen verbreitet war und wohl niemand auf die Idee gekommen ist, die abstrakt formulierte Bindungsfrist beispielsweise mit fünf Wochen und fünf Tagen anzugeben.

¹³ Unter Umständen stehen noch weitere Klauseln auf dem Prüfstand der §§ 307-309 BGB.

¹⁴ Vgl. hierzu *Schmidt-Räntsch*, ZfIR 2014, 113, 119; *Herrler*, MittBayNot 2014, 109, 111 f.

3. BGB §§ 1090, 1061 Satz 2; FamFG § 394 Abs. 1 Satz 2; GBO § 22 Abs. 1, § 29 (*Kein Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs durch Handelsregisterauszug, der Löschung einer juristischen Person wegen Vermögenslosigkeit ausweist*)

1. **Mit einem Handelsregisterauszug, der nach Durchführung des Insolvenzverfahrens die Löschung einer juristischen Person wegen Vermögenslosigkeit ausweist, ist die Unrichtigkeit des Grundbuchs hinsichtlich eines für diese bestellten Rechts (beschränkte persönliche Dienstbarkeit) nicht bereits nachgewiesen.**
2. **Ist ein Recht (Golfanlagen-Dienstbarkeit) unter der auflösenden Bedingung bestellt, dass es endet, wenn für eine Dauer von mehr als einem Monat kein Pachtvertrag mehr besteht, ist der Nachweis des Bedingungseintritts gegenüber dem Grundbuchamt durch öffentliche Urkunde zu erbringen.**

OLG München, Beschluss vom 10.6.2014, 34 Wx 167/14; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Mit Urkunden vom 13.9. und 12.12.1996 bestellten die Beteiligten als Eigentümer je eines Grundstücks (Bl. 828 und Bl. 419) der Beteiligten zu 3, ihrer Pächterin, je eine identische, durch Nichtfortbestehen des Pachtvertrags auflösend bedingte Golfanlagen-Dienstbarkeit als beschränkte persönliche Dienstbarkeit. Das Recht wurde in Abt. II unter Nr. 2 am 13. bzw. 27.1.1997 in den Grundbüchern eingetragen.

Über ihren notariellen Vertreter haben die Beteiligten zu 1 und 2 im März 2014 Grundbuchberichtigung in Form der Löschung der beiden Dienstbarkeiten beantragt und dies unter Vorlage eines chronologischen Handelsregisterauszugs damit begründet, dass die Beteiligte zu 3 am 27.2.2013 nach Durchführung eines Insolvenzverfahrens wegen Vermögenslosigkeit gemäß § 394 FamFG im Handelsregister gelöscht worden sei.

Das Grundbuchamt hat den (jeweiligen) Antrag am 2.4.2014 zurückgewiesen. Der Unrichtigkeitsnachweis sei nicht erbracht. Die berechnete juristische Person sei zwar im Handelsregister wegen Vermögenslosigkeit gelöscht worden. Die Eintragung der Golfanlagenrechte beinhalte jedoch – unabhängig davon, ob sie noch Vermögenswert besäßen – eine formale Rechtsposition, deren angestrebte Beseitigung (Löschung) eine Nachtragsliquidation erfordere. Die fehlende Löschungsbewilligung eines zu bestellenden Nachtragsliquidators könne nicht durch Zwischenverfügung angefordert werden.

Hiergegen richten sich die Beschwerden der Beteiligten zu 1 und 2. Hinsichtlich der Berechtigung aus einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit stehe die Löschung im Handelsregister dem Tod der natürlichen Person gleich. Die Vorschrift des § 1061 Satz 2 BGB hätte keinen Anwendungsbereich, wenn man fordern würde, dass neben der Löschung der juristischen Person auch das ihr eingeräumte Recht – die Buchposition – weggefallen sei. Hier komme noch die Bestellung der Dienstbarkeiten unter der auflösenden Bedingung hinzu, dass länger als ein Monat zwischen der Berechtigten und dem Eigentümer des dienenden Grundstücks kein Pachtvertrag mehr bestehe. Sei die Berechnete als Rechtsperson aber weggefallen, könne auch kein Pachtvertrag mehr mit ihr bestehen.

Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen. Es führt noch ergänzend aus, dass der Eintritt der Bedingung in der Form des § 29 GBO nicht nachgewiesen werden könne. Das Grundbuchamt sei nicht in der Lage zu prüfen, ob sich ein möglicher Rechtsübergang nach § 1092 Abs. 2, § 1059a bis d BGB auf den Pachtvertrag erstrecke; zudem könnten die Parteien auch beliebige Vereinbarungen zum Pachtvertrag, auch zur Person des Pächters oder zur Übertragbarkeit von Ansprüchen, getroffen haben. Der Verweis auf die Löschung der Berechtigten im Handelsregister reiche daher als Nachweis des Bedingungseintritts nicht aus.

Aus den Gründen:

II.

Das nach § 71 Abs. 1, § 73 GBO, § 10 Abs. 2 Nr. 3 FamFG – eine entsprechende Vollmacht findet sich im notariellen Be-

richtigungsantrag – je zulässige Rechtsmittel hat keinen Erfolg. Auch der Beschwerdesenat erachtet den Unrichtigkeitsnachweis (§ 22 Abs. 1 Satz 1 GBO), an den strenge Anforderungen zu stellen sind (etwa BayObLGZ 1986, 317/320; *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 22 Rdnr. 37), als nicht erbracht.

1. Nachträgliche Unrichtigkeit des Grundbuchs tritt ein, wenn die juristische Person, für die die beschränkte persönliche Dienstbarkeit bestellt ist, erlischt; in diesem Fall erlischt auch die Dienstbarkeit (vgl. § 1090 Abs. 2, § 1061 Satz 2 BGB; OLG Schleswig, FGPrax 2011, 71; *Demharter*, § 22 Rdnr. 18). Das Erlöschen der juristischen Person muss dann aber dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden (OLG Schleswig, a. a. O.).

Erlöschen ist die in den Grundbüchern als Berechnete ausgewiesene GmbH (§ 13 Abs. 1 Abs. 1 GmbHG) nicht bereits mit deren Auflösung (durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens). Vielmehr erlöschen die juristische Person und die für diese bestellten Dienstbarkeiten erst im Augenblick der tatsächlichen Beendigung ihrer Liquidation (RGZ 159, 193/199; OLG Düsseldorf, FGPrax 2011, 9/10; BayObLG, BB 1983, 82; *Demharter*, § 19 Rdnr. 103; *Stalinski*, Rpfleger 2012, 657/661).

Aus dem als Urkundennachweis verwertbaren Handelsregisterauszug ergibt sich, dass das Insolvenzverfahren durch gerichtlichen Beschluss vom 12.10.2012 nach Schlussverteilung aufgehoben wurde. Die Gesellschaft wurde sodann wegen Vermögenslosigkeit nach § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG gelöscht und die Löschung von Amts wegen am 27.2.2013 im Handelsregister eingetragen. Dies genügt als Nachweis des Erlöschens der juristischen Person jedenfalls für das Grundbuchverfahren nicht (OLG Düsseldorf, Rpfleger 2011, 26; siehe auch OLG München, Beschluss vom 6.3.2012, 34 Wx 39/12). Belegt ist mit dem Handelsregisterauszug erst recht nicht das Erlöschen von Rechten der Gesellschaft (OLG München, a. a. O.; *Hügel/Kral*, GBO, 2. Aufl., Gesellschaftsrecht Rdnr. 78), ohne dass es noch darauf ankäme, ob allein die Buchposition schon einen nachträglich zu liquidierenden Vermögenswert darstellt.

Die nach § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG zwingende Löschung beruht auf der Überlegung, dass im Regelfall davon ausgegangen werden kann, nach Durchführung eines Insolvenzverfahrens sei kein Gesellschaftsvermögen mehr vorhanden (*Keidell/Heinemann*, FamFG, 18. Aufl., § 394 Rdnr. 2; *Stalinski*, Rpfleger 2012, 657/658). Auch wenn die Norm das Registergericht nicht gänzlich von der Prüfung befreit, ob wider Erwarten doch Anhaltspunkte für das Vorhandensein von Vermögen vorliegen (*Stalinski*, a. a. O.), schließen es eine negative Prüfung und in deren Folge die anschließende Löschung nicht aus, dass Vermögen doch noch später auftaucht (*Stalinski*, Rpfleger 2012, 657/661). Diese Möglichkeit ist gerade dann nicht völlig unwahrscheinlich, wenn der Abschluss des Insolvenzverfahrens erst verhältnismäßig kurze Zeit zurückliegt. Es kann sich so die Notwendigkeit einer Nachtragsverteilung ergeben (§ 203 InsO; *Keidell/Heinemann*, § 394 Rdnr. 9 a), was bedeutet, dass ein Erlöschen der beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten auf der Grundlage des Handelsregisterauszugs nicht mit der im Grundbuchverfahren erforderlichen Sicherheit bewiesen ist.

Unrichtigkeit des Grundbuchs läge auch vor, wenn die Rechte selbst erloschen wären, nämlich durch Eintritt der auflösenden (§ 158 Abs. 2 BGB) Bedingung – „wenn für eine Dauer von mehr als einem Monat kein Pachtvertrag mehr besteht“ –, unter der sie jeweils bestellt worden sind. Ein derartiger Bedingungseintritt ist jedoch regelmäßig in öffentlicher Urkunde (§ 29 Abs. 1 Satz 2 GBO) nachzuweisen (BayObLG,

NJW-RR 1997, 1173; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. Rdnr. 156; siehe zum Unrichtigkeitsnachweis auch *Demharter*, § 22 Rdnr. 42). Daran fehlt es.

Mit dem Handelsregisterauszug ist das Erlöschen eines Pachtvertrags nicht belegbar. Die Insolvenz lässt Pachtverhältnisse über unbewegliche Gegenstände, ungeachtet des Kündigungsrechts des Insolvenzverwalters, wenn der Schuldner Pächter ist, unberührt (vgl. §§ 108, 109 Abs. 1 Satz 1 InsO). Wie das Grundbuchamt zutreffend ausführt, ist auch nicht auszuschließen, dass sich ein möglicher Rechtsübergang nach § 1092 Abs. 2 mit § 1059a bis d BGB auf den Pachtvertrag erstreckt hat.

(...)

4. GBO §§ 19, 29; WEG § 10 Abs. 3, § 15 Abs. 1; BGB § 878 (*Nachträgliche Eintragung bisher nicht gebuchten [schuldrechtlichen] Sondernutzungsrechts*)

Zur nachträglichen Eintragung eines bisher nicht gebuchten (schuldrechtlichen) Sondernutzungsrechts ist grundsätzlich die Mitwirkung aller Wohnungseigentümer notwendig; dies gilt auch dann, wenn der teilende Eigentümer zugleich mit der Zuweisung des Sondernutzungsrechts an den Ersterwerber einen noch nicht erledigten Eintragungsantrag gestellt hat (Ergänzung zu OLG München, NJW-RR 2013, 135 und NJOZ 2013, 1484).

OLG München, Beschluss vom 27.5.2014, 34 Wx 149/14; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Der Rechtsvorgänger der Beteiligten zu 1 erwarb vom Bauträger Teileigentum. Im notariellen Kaufvertrag vom 25.11.1994 ist unter II („Verkauf“) geregelt:

Mitverkauft und im Kaufpreis enthalten ist das Sondernutzungsrecht an dem Kellerraum Nr. AK 4 sowie an den oberirdischen Kfz-Stellplätzen Nr. 3, 4, 5 und 6, ...

Unter XVIII. („Sondernutzungszuweisung“) ist ausgeführt:

Der Verkäufer weist hiermit das unter Ziffer II. mitverkaufte Sondernutzungsrecht an dem Kellerraum Nr. AK 4 und an den oberirdischen Kfz-Stellplätzen Nr. 3, 4, 5 und 6 der kaufgegenständlichen Gewerbeeinheit A 03 zu und bewilligt und alle Vertragsteile beantragen die Eintragung der Zuweisung im Grundbuch. Dieser Antrag ist selbständig.

Mit Schreiben vom 30.11.1994 wurde gemäß § 15 GBO die Eintragung der ebenfalls bewilligten Eigentumsvormerkung beantragt. Am 22.2.1995 wurde die Auflassung erklärt. Der Eintragungsantrag vom 27.2.1995 nahm Bezug (auch) auf die bei den Grundakten befindliche Urkunde vom 25.11.1994 und umfasste den Vollzug „aller in der/den Urkunde/n enthaltenen noch nicht vollzogenen Eintragungsanträge“.

Die Eintragung der Zuweisung des Sondernutzungsrechts als Inhalt des Sondereigentums erfolgte nicht.

Mit notarieller Urkunde vom 22.4.2013 veräußerte die Beteiligte zu 1 das Teileigentum an den Beteiligten zu 2. Vermerkt ist die Einräumung des genannten Sondernutzungsrechts als Bestandteil des Kaufgegenstandes.

Unter dem 23.4.2013 hat der Notar gemäß § 15 GBO die Eintragung der Eigentumsvormerkung und der Zuweisung des Sondernutzungsrechts aus Ziffer XVIII. des Vertrags vom 25.11.1994 beantragt. Die Eigentumsvormerkung hat das Grundbuchamt am 5.6.2013 eingetragen, schließlich am 4.10.2013 den Eigentumsübergang. Seit dem 4.10.2013 ist aufgrund einer weiteren Auflassung als Eigentümerin die Ehefrau des Beteiligten zu 1 eingetragen.

Das Grundbuchamt hat den Antrag vom 23.4.2013 auf Eintragung der Zuweisung des Sondernutzungsrechts mit Beschluss vom 28.3.2014 kostenpflichtig zurückgewiesen, da die nachträgliche Ein-

tragung eines bisher nicht gebuchten Sondernutzungsrechts unzulässig sei. Es könne nicht in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO durch öffentliche Urkunde nachgewiesen werden, dass das Recht nicht außerhalb des Grundbuchs übertragen wurde. Die angebotene eidesstattliche Versicherung reiche im Grundbuchverfahren nicht aus. Zur Eintragung des Sondernutzungsrechts sei daher die Bewilligung sämtlicher Eigentümer sowie die Zustimmung sämtlicher Gläubiger der an den Einheiten lastenden Rechte erforderlich. Unerheblich sei, ob im Jahr 1995 ein wirksamer Eintragungsantrag gestellt wurde, da dies nichts an der Tatsache ändere, dass das Sondernutzungsrecht in einem Zeitraum von fast 20 Jahren ohne Verlautbarung im Grundbuch an einen anderen Wohnungseigentümer übertragen worden sein könnte. Am 27.2.1995 sei aber schon kein wirksamer Eintragungsantrag gestellt worden.

Die dagegen vom Notar im Namen der Beteiligten eingelegte Beschwerde wird damit begründet, dass der aufteilende Eigentümer seinerzeit den Eintragungsantrag gestellt habe, als er noch zur Zuweisung des Sondernutzungsrechts ermächtigt war. Die Ermächtigung bestehe entsprechend § 878 BGB auch jetzt noch fort. Andernfalls könne trotz rechtzeitigen Antrags die unterbliebene Eintragung einer Zuweisung im Zusammenhang mit der Auflassung nach Veräußerung der letzten Einheit bereits eine juristische Sekunde nach Eintragung des Eigentumswechsels nicht mehr nachgeholt und geheilt werden. Der Eintragungsantrag sei wirksam gestellt worden. In der Grundbuchvorlage vom 27.2.1995 werde Bezug auf die bei den Grundakten befindliche Urkunde vom 25.11.1994 genommen und gemäß § 15 GBO Vollzug aller in der/den Urkunde/n enthaltenen, noch nicht vollzogenen Eintragungsanträge beantragt.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

(...)

2. Es ist jedoch nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen, dass zum veräußerten Teileigentum auch das beschriebene Sondernutzungsrecht gehört.

a) 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. Es ist auch möglich, in der Teilungserklärung den teilenden ursprünglichen Alleineigentümer zu ermächtigen, Sondernutzungsrechte, die keinem bestimmten Sondereigentum zugeordnet sind, ohne die Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer einem Sondereigentum zuzuweisen.

Der Eigentümer des Sondereigentums kann das ihm zugewiesene Sondernutzungsrecht, auch ohne dass dies im Grundbuch verlaubar wird, durch Abtretung nach § 398 BGB an ein anderes Mitglied der Gemeinschaft übertragen (h. M.; vgl. OLG München, Beschluss vom 11.5.2012, NJW-RR 2013, 135, und Beschluss vom 18.4.2013, Rpfleger 2013, 514; *Bärmann/Klein*, WEG, 12. Aufl., § 13 Rdnr. 121; *Kümmel* in *Niederführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, § 13 Rdnr. 35; *Riecke* in *Rieckel/Schmid*, WEG, 3. Aufl., Anhang zu § 13 Rdnr. 164; *Böttcher*, ZNotP 2014, 47, 56).

Die Weiterveräußerung des Sondereigentums führt auch grundsätzlich – ohne dass die Abtretung im Kaufvertrag ausdrücklich verlaubar sein müsste (vgl. OLG Hamm, FGPrax 1998, 175; OLG Schleswig, FGPrax 1996, 56; *Hüggel/Kral*, GBO, 2. Aufl., Wohnungseigentum Rdnr. 140) – zum Übergang des schuldrechtlichen Sondernutzungsrechts nach § 746 BGB (a. A. *Bärmann/Klein*, § 13 Rdnr. 122).

b) Dazu kommt es aber nicht, wenn der jeweilige Voreigentümer das Sondernutzungsrecht ganz oder teilweise auf andere Miteigentümer übertragen hat. Denn dann steht das

Recht – etwa an der Stellfläche – einem anderen Wohnungseigentümer als gerade dem hiesigen Verkäufer zu. Da sich der Vorgang außerhalb des Grundbuchs abspielt, ist dessen Publizität insoweit eingeschränkt.

c) Mangels bisheriger Eintragung (vgl. § 10 Abs. 3 WEG) spricht deshalb auch keine Vermutung (§ 891 BGB) für die Zugehörigkeit des – einmal zugewiesenen – Sondernutzungsrechts an dem Kellerraum und den Stellplätzen gerade zum gegenständlichen Teileigentum, eben weil das Recht zwischen den Wohnungs-/Teileigentümern ein und derselben Gemeinschaft regelmäßig ohne Zustimmung der anderen außerhalb des Grundbuchs wirksam übertragen werden kann. Es ist weder auszuschließen noch gänzlich unwahrscheinlich, dass dies in der Vergangenheit auch geschehen ist. Das Grundbuch verlaublich bislang eine Zuordnung des Sondernutzungsrechts zu einem Sondereigentum nicht, so dass für die begehrte Buchung des Rechts beim Teileigentum der Rechtsnachfolgerin des Beteiligten zu 2 als Erwerber die Mitwirkung aller Miteigentümer in Form einer Bewilligung oder Zustimmung notwendig ist. Es steht nämlich nach der erstmaligen Zuweisung im Jahre 1994 nicht fest, ob und ggf. wem das Sondernutzungsrecht abgetreten wurde. Ebenso bedarf es zur Buchung des bis jetzt lediglich schuldrechtlichen Sondernutzungsrechts der Zustimmung der Gläubiger nach Maßgabe von § 5 Abs. 4 Satz 2 WEG.

d) Ein Nachweis durch eidesstattliche Versicherung ist von hier nicht vorliegenden Sonderfällen abgesehen im Eintragungsverfahren unzulässig (*Demharter*, § 29 Rdnr. 23).

e) Auch eine Antragstellung zugleich mit der Zuweisung des Sondernutzungsrechts beim Erwerb durch den Rechtsvorgänger der Beteiligten zu 1 würde hieran nichts ändern, so dass dahingestellt bleiben kann, ob die Grundbuchvorlage vom 27.2.1995 diesen Antrag umfasst. Gemäß § 878 BGB wird eine vom Berechtigten abgegebene Erklärung zwar nicht dadurch unwirksam, dass dieser in der Verfügung beschränkt wird, nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden und Eintragungsantrag gestellt ist. Die in der notariellen Urkunde vom 25.11.1994 enthaltenen Erklärungen des Bauträgers hätten trotzdem ihre Wirksamkeit verloren. Denn § 878 BGB schützt nicht davor, dass der Erklärende die Rechtsinhaberschaft verliert (*Palandt/Bassenge*, BGB, 73. Aufl., § 878 Rdnr. 2). Der Bauträger konnte noch bei Zuweisung des Sondernutzungsrechts über dieses verfügen, der Erwerber zwar grundsätzlich ebenfalls bis zur Veräußerung des Sondereigentums, aber nicht, wenn – was gerade nicht auszuschließen ist – er oder sein Rechtsnachfolger über das Sondernutzungsrecht – getrennt vom Sondereigentum – gemäß § 398 BGB verfügt hat. In diesem Fall hätten die ursprünglichen Erklärungen ihre Wirkungen verloren.

(...)

5. WEG § 21 (*Verkauf der „Anteile“ an der Instandhaltungsrücklage*)

Die Berechtigung an der Instandhaltungsrücklage geht kraft Gesetzes mit Übertragung des Eigentums an der Wohnung auf den Erwerber über. Dies hindert die Parteien nicht, für den Übergang einen gesonderten Kaufpreis zu vereinbaren.

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Köln, Beschluss vom 19.12.2013, 19 U 133/13

(...)

Aus den Gründen:

Die Berufung des Beklagten hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO). Es ist nicht ersichtlich, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Rechtsverletzung beruht (§ 546 ZPO) oder nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen (§ 513 Abs. 1 ZPO). Die Rechtssache hat auch keine grundsätzliche Bedeutung (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO). Ebenso wenig ist eine Entscheidung des Senats durch Urteil zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO) oder aus anderen Gründen eine mündliche Verhandlung geboten (§ 522 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO).

Das LG hat den Beklagten zu Recht verurteilt, an den Kläger 8.821,10 € nebst Zinsen i. H. v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 3.11.2010 zu zahlen. Die Angriffe der Berufung haben keinen Erfolg.

Es kann dahinstehen, ob der schadensersatzrechtliche Ansatz des LG im Hinblick auf § 280 Abs. 1 BGB tatsächlich zutrifft. Denn jedenfalls ergibt sich ein Anspruch des Klägers auf Zahlung der geltend gemachten Summe aus §§ 453 Abs. 1, 437 Nr. 2, 441 BGB.

Ausweislich des notariellen Kaufvertrages hat der Beklagte dem Kläger seinen Anspruch an der Instandhaltungsrücklage gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft mitverkauft. Denn die Instandhaltungsrücklage ist in § 3 des notariellen Vertrages ausdrücklich gesondert berücksichtigt und mit einem eigenen Kaufpreisteil versehen worden. Dies ergibt sich aus dem klaren Wortlaut der notariellen Urkunde, für welche die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit gilt. Ob es zur üblichen Beurkundungspraxis gehört, die Instandhaltungsrücklage als Preisbestandteil auszuweisen, um Grunderwerbsteuer zu sparen, ist unerheblich. Denn selbst in diesem Falle änderte sich nichts an der Tatsache, dass die Parteien zur Herbeiführung eben dieser Rechtsfolge rechtsgültig einen Kaufpreis allein für die Instandhaltungsrücklage vereinbart haben. Daran muss sich auch der Beklagte festhalten lassen, dem es frei gestanden hätte, es bei dem gesetzlichen oder dem in § 5 Nr. 4 Notarvertrag vereinbarten rechtsgeschäftlichen Forderungsübergang ohne Ausgleich durch einen Kaufpreis zu belassen.

Dieser Auslegung steht auch nicht entgegen, dass die Berechtigung an der Instandhaltungsrücklage gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft nach der Rechtsprechung auch ungeachtet des erwähnten rechtsgeschäftlichen Forderungsübergangs kraft Gesetzes mit Übertragung des Eigentums an der Wohnung auf den Erwerber übergeht, was aus § 27 Abs. 1 Nr. 4 WEG i. V. m. § 21 Abs. 5 Nr. 4 WEG hergeleitet wird (vgl. dazu KG, Beschluss vom 15.2.1988, 24 W 3007/87, NJW-RR 1988, 844 f., str.). Denn dieser Tatbestand hindert die Parteien nicht, für den Übergang dieses Anspruches einen gesonderten Kaufpreis zu vereinbaren (OLG Saarbrücken, Urteil vom 13.10.1999, 1 U 157/99, MDR 2000, 515 f.) und demzufolge – wie hier in § 5 Nr. 4 des Notarvertrages geschehen – im Gegenzug eine rechtsgeschäftliche Abtretung des Anteils an der Instandhaltungsrücklage. Dies entspricht auch der Interessenlage, da der Veräußerer der Wohnung zur Bildung der Instandhaltungsrücklage durch die Hausgelder in der Vergangenheit entsprechend seiner Beteiligung beigetragen, indes gegenüber der Miteigentümergeinschaft keinen außerordentlichen Abfindungsanspruch hat (KG a. a. O.).

Mit der Vereinbarung eines Kaufpreises für die Instandhaltungsrücklage haben die Parteien mithin einen Rechtskauf

vereinbart, § 453 Abs. 1 BGB: Gegen Zahlung des Kaufpreises gehen die Rechte an der Rücklage gegenüber der Miteigentümergeinschaft auf den Käufer über, § 5 Nr. 4 des Notarvertrages. Auf dieses Rechtsgeschäft finden die Vorschriften über den Kauf von Sachen entsprechende Anwendung.

Indem die tatsächlich für die Wohnung vorhandene Instandhaltungsrücklage unstreitig wesentlich niedriger liegt als die von den Parteien in den notariellen Vertrag aufgenommene Beschaffenheit derselben, haftet dem Recht ein Mangel an, da es nicht in dem nach dem Vertrag vereinbarten Umfang besteht (vgl. dazu *Weidenkaff* in *Palandt*, BGB, 72. Aufl., § 453 Rdnr. 18). Die Parteien gingen nach ihrem insoweit übereinstimmenden Vortrag davon aus, dass der Preis der tatsächlichen Höhe der Rücklage entsprechen sollte. Hierfür ist unerheblich, wer letztlich dem Notar den Betrag zur Eintragung in der Urkunde genannt hat. Der vorliegende Mangel berechtigt den Kläger zur Minderung des Kaufpreises in Höhe der Differenz. Einer vorherigen Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung bedurfte es insoweit nicht, da der Mangel von dem Beklagten nicht behoben werden kann.

Das LG hat auch zu Recht darauf hingewiesen, dass die Gewährleistung im Hinblick auf die Instandhaltungsrücklage auch nicht durch § 5 des notariellen Vertrages ausgeschlossen ist. § 5 Nr. 1 des notariellen Vertrages bezieht sich nach seinem Wortlaut nur auf Sachmängel des Grundstückes und des Gebäudes sowie der mitverkauften beweglichen Gegenstände. Die Parteien haben damit ausdrücklich nicht den Ausschluss jeglicher Gewährleistung vereinbart. Das LG hat zu Recht darauf hingewiesen, dass sich aus der Inbezugnahme der Besichtigung des Kaufobjektes und dessen gegenwärtigen altersbedingten Zustandes ergibt, dass der Gewährleistungsausschluss allein den baulichen Zustand der Wohnung, nicht aber die mit dem Eigentumserwerb verbundenen rechtlichen Beziehungen zur Miteigentümergeinschaft umfasst.

Die Gewährleistung des Beklagten ist daneben nicht deshalb ausgeschlossen, weil der Kläger den Mangel selbst gekannt hätte. Für eine solche Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Klägers ist der Beklagte in der Darlegungs- und Beweislast. Der Kläger hat in Abrede gestellt, noch vor Beurkundung des Kaufvertrages darüber in Kenntnis gesetzt worden zu sein, wie sich die Instandhaltungsrücklage im Einzelnen aufschlüsselt; vielmehr habe der Beklagte den beurkundeten Betrag genannt. Auf den insoweit durch das LG erteilten Hinweis vom 19.3.2013 hat der Beklagte indessen keinen Beweis angetreten.

(...)

Anmerkung:

Der Fall betrifft – soweit für das Notariat von Interesse – vor allem die Frage, wie die Instandhaltungsrückstellung im Sinne von § 21 Abs. 5 Nr. 4 WEG (Mittel, die der Erhaltung des gemeinschaftlichen Eigentums dienen) bei der Abwicklung eines Kaufvertrages über ein Wohnungseigentum zu behandeln ist. Dies ist vor allem die Frage danach, in wessen Eigentum die Instandhaltungsrückstellung steht.

1. Überblick zum Eigentum in einer Wohnungseigentumsanlage

Im Wohnungseigentumsrecht ist seit dem Sommer 2005 – und seitdem rückwirkend – zwischen verschiedenen Eigentümern und verschiedenen Gegenständen des Eigentums zu unterscheiden.

a) Vor allem gibt es das gemeinschaftliche Eigentum. Gemeinschaftliches Eigentum sind das Grundstück sowie alle Räume, wesentlichen Gebäudeteile, Anlagen und Einrichtungen, die nicht durch Teilungserklärung/Teilungsvertrag i. V. m. § 5 Abs. 1 und 2 WEG im Sondereigentum stehen. Das gemeinschaftliche Eigentum steht im Miteigentum der Miteigentümer als Wohnungseigentümer (Gemeinschaft nach Bruchteilen).

b) Ferner gibt es das Sondereigentum. Die Wohnungseigentümer sind jeweils auch Eigentümer – „Sondereigentümer“ – des zu ihrem Miteigentumsanteil gehörenden Sondereigentums. Isoliertes/substanzloses Sondereigentum gibt es grundsätzlich nicht und kann rechtsgeschäftlich nicht begründet werden.

c) Weiter gibt es – und nur das ist neu seit 2005 – das Verwaltungsvermögen (§ 10 Abs. 7 WEG). Das Verwaltungsvermögen steht nicht im Eigentum der Wohnungseigentümer. Es steht weder im gemeinschaftlichen Eigentum noch im Sondereigentum. Das Verwaltungsvermögen steht vielmehr im Eigentum der von den Wohnungseigentümern dogmatisch streng zu unterscheidenden Gemeinschaft der Wohnungseigentümer im Sinne von § 10 Abs. 6 Satz 1 WEG. Am Verwaltungsvermögen haben die Wohnungseigentümer keinen Anteil – auch keinen „ideellen“.¹ Zwar kann man darüber nachdenken, wie das Verwaltungsvermögen „verteilt“ wird, wenn die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer im Sinne von § 10 Abs. 6 Satz 1 WEG untergeht (kein unmittelbarer Fall des § 17 Satz 1 WEG!). Diese Frage ist aber sehr akademisch – und wird noch „kunterbunt“ beantwortet.

d) Schließlich gibt es schlicht Eigentum, zum Beispiel an einem Schrank, einem Blumentopf oder einem Bett; auch hier gibt es jeweils einen Eigentümer. Das kann ein Wohnungseigentümer, aber auch jeder Dritte und natürlich auch die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer sein; aufzupassen ist bei Zubehör.²

2. Instandhaltungsrückstellung: Gegenstand des Verwaltungsvermögens

a) Zum Verwaltungsvermögen gehören insbesondere die Ansprüche der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer aus Rechtsverhältnissen mit Dritten und mit Wohnungseigentümern sowie die eingenommenen Gelder, § 10 Abs. 7 Satz 3 WEG. Die Instandhaltungsrückstellung im Sinne von § 21 Abs. 5 Nr. 4 WEG ist – ausnahmsweise einmal völlig unstreitig – also Teil dieses Verwaltungsvermögens.³ Formaljuristisch ist also die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer Eigentümerin der Instandhaltungsrückstellung. Jeder Gläubiger der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ist berechtigt, in dieses Vermögen wegen einer titulierten Forderung gegen die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu vollstrecken.

b) „Wirtschaftlich“ gesehen ist es freilich richtig, die Wohnungseigentümer als (mittelbare) Inhaber der Instandhaltungsrückstellung anzusehen. Die Wohnungseigentümer sind die Mitglieder der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und sind damit – wie die Gesellschafter einer GmbH oder Mitglieder eines Vereins – gleichsam ihre Eigentümer. Ferner sind die Mittel der Instandhaltungsrückstellung nicht für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, sondern für die

¹ *Elzer*, ZWE 2014, 255; einen ideellen Anteil vertreten allerdings *Greiner*, IMR 2014, 4089, und *Jennißen*, Die Verwalterabrechnung nach dem Wohnungseigentumsgesetz: WEG, 7. Aufl. 2013, Rdnr. 580.

² § 311c BGB: Verpflichtet sich jemand zur Veräußerung oder Belastung einer Sache, so erstreckt sich diese Verpflichtung im Zweifel auch auf das Zubehör der Sache.

³ Für alle BeckOK-WEG/*Elzer*, Stand: 1.5.2014, § 21 Rdnr. 325.

Erhaltung des gemeinschaftlichen Eigentums – Eigentum der Wohnungseigentümer – einzusetzen. Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ist mithin insoweit als gesetzliche „Treuhänderin“ der Wohnungseigentümer anzusehen.

3. Veräußerung eines Wohnungseigentums (oder Teileigentums)

a) Veräußert ein Wohnungseigentümer Wohnungseigentum, überträgt er dem Käufer seinen Miteigentumsanteil, also sein gemeinschaftliches Eigentum und sein Sondereigentum (und als Inhalt des Sondereigentums ggf. ein Sondernutzungsrecht). Ferner kann der Wohnungseigentümer dem Käufer „Eigentum“ veräußern, etwa einen Schrank.

b) Einen Anteil an der Instandhaltungsrückstellung kann der Wohnungseigentümer hingegen nicht veräußern. Einen solchen hat er zivilrechtlich⁴ betrachtet nicht. Bürgerlich-rechtliche Eigentümerin ist (wie unter 2. a) ausgeführt) formal betrachtet allein die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer. Selbst wenn man – anders als hier – meinte, der veräußernde Wohnungseigentümer hätte an der Instandhaltungsrückstellung jedenfalls einen „ideellen Anteil“, könnte dieser dem Käufer zwar veräußert werden. Hierzu besteht aber nie ein Anlass, denn der Käufer wird von Gesetzes wegen Mitglied der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und wird daher ohne Weiteres an der Instandhaltungsrückstellung „mitberechtigt“ (= die Instandhaltungsrückstellung ist wie schon ausgeführt für die Erhaltung des gemeinschaftlichen Eigentums einzusetzen und damit stets auch für den Käufer als neuen Miteigentümer; die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer wird von Gesetzes wegen auch für den Käufer insoweit gesetzliche „Treuhänderin“).

4. Nennung der Instandhaltungsrückstellung im Kaufvertrag aus steuerlichen Gründen

Es ist vorstellbar und durchaus sinnvoll, den – wie gesagt zivilrechtlich nicht vorhandenen – Anteil des veräußernden Wohnungseigentümers an der Instandhaltungsrückstellung im Kaufvertrag ausdrücklich zu nennen. Wird nämlich der „Anspruch“ eines Wohnungseigentümers an der Instandhaltungsrückstellung gesondert als Teil des Kaufpreises ausgewiesen, gelang es vielen Käufern, die Grunderwerbsteuer über diesen Weg zu „drücken“.⁵ Die Verringerung der Grunderwerbsteuer gelingt auch heute noch vielfach. Es darf zwar nicht verschwiegen werden, dass die Finanzämter und -gerichte insoweit zurzeit umdenken. Etwa das FG Leipzig entschied zuletzt mehrfach, dass die Gegenleistung für die Festsetzung der Grunderwerbsteuer bei Erwerb eines Wohnungseigentums im Zwangsversteigerungsverfahren nicht um eine bestehende Instandhaltungsrückstellung zu mindern ist.⁶ *Spanke* zieht hieraus nachvollziehbar den Schluss, für die Praxis sei deshalb bis auf Weiteres davon auszugehen, dass sich eine Instandhaltungsrückstellung auch beim Kauf eines Wohnungseigentums nicht auf die Höhe der Grunderwerbsteuer auswirkt.⁷ Den Ausgang der Revision zum BFH gegen eines der Urteile des FG Leipzig sollte daher jeder Notar bei der

⁴ Zur steuerrechtlichen Sichtweise siehe unter 4. b.

⁵ Grundlegend für das alte Recht BFH, Urteil vom 9.10.1991, II R 20/89, NJW-RR 1992, 656; Beim Erwerb einer Eigentumswohnung ist der gleichzeitige Erwerb eines in der Instandhaltungsrückstellung nach § 21 Abs. 5 Nr. 4 WEG angesammelten Guthabens durch den Erwerber nicht in die Grunderwerbsteuerrechtliche Gegenleistung einzubeziehen.

⁶ FG Sachsen, Urteil vom 25.6.2014, 6 K 193/12, Mietrecht kompakt 2014, 127 und FG Sachsen, Urteil vom 2.4.2014, 2 K 1663/13, BeckRS 2014, 95631.

⁷ JurisPR-SteuerR 35/2014.

Gestaltung seiner Verträge sorgfältig im Auge behalten,⁸ auch wenn sich die Revision nur darüber verhält, was bei der Zwangsversteigerung gilt, da der 2. Senat des FG Leipzig anders als dessen 6. Senat zwischen dem Erwerb von Wohnungseigentum im Wege der Zwangsversteigerung und dem rechtsgeschäftlichen Erwerb unterscheiden will. Nach einer – freilich etwas wenig durchdachten – Entscheidung des BFH aus 2011 ist im Übrigen jeder Wohnungseigentümer an der Instandhaltungsrückstellung „beteiligt“.⁹ Sie vermittele dem Wohnungseigentümer einen „geldwerten Anspruch“ auf Bezahlung von Aufwendungen aus der Instandhaltungsrückstellung (was der hier unter 2. b) erwähnten wirtschaftlichen Sichtweise bzw. der erwähnten „Treuhänder“ entspricht). Der „Anspruch“ könne übertragen werden.¹⁰

Solange die Finanzämter überwiegend akzeptieren, dass sich der Kaufpreis teilweise auch anhand der Instandhaltungsrückstellung errechnet,¹¹ ist es jedenfalls vertretbar, für die Instandhaltungsrückstellung einen „fiktiven“ Kaufpreis im notariellen Kaufvertrag anzugeben. Es muss freilich allen klar sein, dass die Nennung der Instandhaltungsrückstellung als Teil des Kaufpreises im Kaufvertrag nur steuerlichen Gründen gilt, nicht aber ein Rechtskauf gewollt ist.

5. Notarielle Gestaltung

Wird – wie es (noch) rechtskonform und gut vertretbar ist – im notariellen Kaufvertrag über ein Wohnungseigentum ein „Kaufpreis“ für den „Anteil“ des Veräußerers an der Instandhaltungsrückstellung ausgewiesen (Offenlegung der Kalkulationsgrundlage des Kaufpreises), sollte der Kaufvertrag nicht – wie im Besprechungsfall – eine Abtretung vorsehen. Notwendig, aber auch ausreichend ist es, im Kaufvertrag auszuweisen, wie sich der Gesamtkaufpreis errechnet und wie hoch daran die Instandhaltungsrückstellung – die „Mitberechtigung“ des Veräußerers daran – beteiligt ist.

Richter am KG Dr. *Oliver Elzer*, Berlin

⁸ Gegen FG Sachsen, Urteil vom 2.4.2014, 2 K 1663/13, BeckRS 2014, 95631, hat der Steuerpflichtige die zugelassene Revision zum BFH (II R 27/14) eingelegt.

⁹ BFH, Urteil vom 5.10.2011, I R 94/10, NJW-RR 2012, 527 Rdnr. 10.

¹⁰ Die hierfür angegebene Fundstelle *„Bärmann/Pick/Merle, WEG, 9. Aufl., § 16 Rdnr. 20“* ist freilich veraltet.

¹¹ So ausdrücklich auch FG Sachsen, Urteil vom 2.4.2014, 2 K 1663/13, BeckRS 2014, 95631 unter Hinweis auf BFH, Urteil vom 17.4.2013, II R 1/12, BFH/NV 2013, 1188.

6. BGB § 428; GBO §§ 19, 47 (*Bewilligungsbefugnis zur Löschung des in Gesamtgläubigerschaft bestehenden Rechts im Grundbuch*)

Aus der materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis eines Gesamtgläubigers folgt auch seine Befugnis, die Löschung des in Gesamtgläubigerschaft bestehenden Rechts im Grundbuch zu bewilligen.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 4.9.2013, 3 W 52/13

Die Beteiligten zu 1 sind die Eigentümer des im Betreff genannten Grundstücks. Zugunsten der Beteiligten zu 2 und ihres am 29.10.2004 gestorbenen Ehemannes ist in Abteilung III des Grundbuchs eine Sicherungshypothek über 10.000 € eingetragen. In der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung vom 8.5.2003 ist die Eintragung der Hypothek „in Gesamtgläubigerschaft“ bewilligt worden.

Mit notarieller Urkunde vom 4.10.2012 hat die Beteiligte zu 2 die Löschung der Hypothek bewilligt und die Beteiligten zu 1 als Eigentümer der Löschung zugestimmt.

Mit dem angegriffenen Beschluss hat die Rechtspflegerin bei dem AG den Löschantrag zurückgewiesen. Zur Begründung ist ausgeführt, dass es nach § 19 GBO der Bewilligung der Erben des mit eingetragenen Gesamtgläubigers bedürfe.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1.

Aus den Gründen:

II.

(...)

In der Sache führt das Rechtsmittel zum Erfolg.

Es entspricht der in Rechtsprechung und Literatur ganz überwiegend vertretenen Auffassung, dass aus der alleinigen materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis eines Gesamtgläubigers (§ 428 BGB) folgt, dass er auch ohne Mitwirkung der anderen Gesamtgläubiger die Löschung eines im Grundbuch eingetragenen Pfandrechts bewilligen kann (KG, JW 1937, 3158; OLG Bremen, OLGZ 87, 29; BayObLG, RPfl 1996, 21; Demharter, GBO, 28. Aufl., § 19 Rdnr. 57). In einer weiteren Entscheidung (KG, OLGZ 65, 92) hat das KG Zweifel hieran nur für den Fall geäußert, dass eine Hypothek auch nur für einen von mehreren Gesamtgläubigern eingetragen sein könne, so dass einem anderen, durch die Hypothek nicht berechtigten Gesamtgläubiger die Bewilligungsbefugnis fehlen und es auf die Erteilung einer lösungsfähigen Quittung ankommen könnte. Um einen solchen Fall handelt es sich hier nicht.

Dieser Auffassung schließt sich der Senat an. Die Bewilligungsbefugnis des einzelnen Gesamtgläubigers beruht unmittelbar auf seiner sich aus dem Gesetz ergebenden materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis.

Aus der Tatsache, dass die Gesamtgläubigerschaft hier entgegen der Sollvorschrift des § 47 Abs. 1 GBO nicht auf dem Grundbuchblatt eingetragen war, ergibt sich nichts anderes. Die Eintragung im Grundbuch hat die Bewilligungserklärung ausdrücklich in Bezug genommen, aus der sich wiederum die Gesamtgläubigerschaft ergibt.

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von Amann, MittBayNot 2014, 508 (in diesem Heft).

7. BGB § 1821 Abs. 1 Nr. 5 (*Erfordernis der familiengerichtlichen Genehmigung der Übertragung eines Grundstücks auf einen Minderjährigen*)

Die schenkweise Übertragung eines Grundstücks ist nicht allein deshalb als teilentgeltlich zu behandeln, weil die schuldrechtliche Vereinbarung den Hinweis darauf enthält, dass der Minderjährige künftig kraft Gesetzes in bestehende Vertragsverhältnisse aus der Vermietung des übertragenen Grundbesitzes eintreten wird.

OLG Hamm, Beschluss vom 6.8.2014, I-15 W 94/14; mitgeteilt von Helmut Engelhardt, Richter am OLG Hamm

Die Beteiligte zu 1 ist eingetragene Eigentümerin des eingangs genannten Grundstücks (Blatt ...) bzw. Miteigentumsanteils (Blatt ...); die Immobilien sind vermietet. Die Grundstücke sind belastet mit einem Nießbrauchsrecht für G, das dieser sich bei einer früheren Übertragung an die Beteiligte zu 1 vorbehalten hat. In notarieller Urkunde vom 18.7.2013 (URNr. .../2013 Notar Dr. T in F) hat die Beteiligte zu 1 den Grundbesitz an den minderjährigen Beteiligten zu 2 verschenkt und aufgelassen. Der Beteiligte zu 2 ist bei der Beur-

kundung durch seine Eltern gesetzlich vertreten worden. Der Vertrag sieht die Übernahme bestehender Belastungen einschließlich des vorerwähnten Nießbrauchs durch den Beteiligten zu 2 vor. Ziffer 6.2. des Vertrages lautet:

„Die Schenkungsempfänger haben von den bestehenden Mietverhältnissen Kenntnis. Sie wurden darauf hingewiesen, dass sie erst nach Beendigung der Nießbrauchsrechte in diese Mietverhältnisse eintreten. Die Vertragsparteien sind sich darüber einig, dass der Erschienene zu 4 (G) als Nießbraucher auch zukünftig Vermieter bleibt bzw. wird.“

Der Urkundsnotar hat mit Schreiben vom 13.8.2013 bei dem Grundbuchamt beantragt, die in der Urkunde vom 18.7.2013 bewilligte Auflassungsvormerkung für den Beteiligten zu 2 einzutragen. Diesen Antrag hat das Grundbuchamt mit mehreren Zwischenverfügungen beanstandet. Zuletzt hat das Grundbuchamt mit Verfügung vom 11.2.2014 an seiner Beanstandung festgehalten, es fehle der Nachweis der Erteilung einer familiengerichtlichen Genehmigung, die sowohl nach § 1821 Nr. 5 BGB als auch nach § 1822 Nr. 5 BGB zur Wirksamkeit des Vertrages erforderlich sei.

Gegen diese Zwischenverfügung richtet sich die Beschwerde der Beteiligten, die sie mit Schriftsatz des Urkundsnotars vom 17.2.2014 bei dem Grundbuchamt eingelegt haben.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde gegen die angefochtene Zwischenverfügung ist nach den §§ 71 Abs. 1, 73 GBO zulässig. Die Beschwerdebefugnis der Beteiligten folgt aus ihrem Antragsrecht.

In der Sache ist das Rechtsmittel begründet. Der Antrag ist auf die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs des Beteiligten zu 2 auf Eigentumsübertragung gerichtet, der sich aus dem notariellen Schenkungsvertrag vom 18.7.2013 ergibt. Dieser Eintragung steht als Hindernis nicht entgegen, dass auf der Grundlage der Auffassung des Grundbuchamtes dieser Vertrag zu seiner Wirksamkeit der familiengerichtlichen Genehmigung bedarf. Diese Auffassung als richtig unterstellt, wäre der Vertrag derzeit schwebend unwirksam. Schwebend unwirksame Ansprüche werden hinsichtlich ihrer Vormerkungsfähigkeit wie künftige Ansprüche behandelt (BayObLG, DNotZ 1990, 297; KG, FGPrax 2011, 79, 81; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 1490). Künftige Ansprüche können nach § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB durch eine Vormerkung geschützt werden, wenn eine bestimmte Grundlage für die Gestaltung (Rechtsboden) des Anspruchs bereits vorhanden ist und eine vorläufige Bindung des Verpflichteten bereits begründet ist, die dieser nicht einseitig beseitigen kann, die Entstehung des Anspruchs nur noch von dem Willen des künftigen Berechtigten abhängt. Eine solche vorläufige Bindung ist insbesondere dann gegeben, wenn die wirksame Entstehung des Anspruchs nur noch von der Erteilung einer familiengerichtlichen Genehmigung abhängt und dem Verpflichteten keine Möglichkeit eingeräumt ist, sich einseitig vom Vertrag lösen zu können (BayObLG, DNotZ 1994, 182; KG, a. a. O.). So liegen die Dinge hier. Dem Antrag auf Eintragung der Auflassungsvormerkung hätte schon aus diesem Grund entsprochen werden müssen.

Auch sachlich vermag der Senat die Auffassung des Grundbuchamtes nicht zu teilen, dass der Vertrag vom 18.7.2013 einer familiengerichtlichen Genehmigung bedarf.

1) Das Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung ergibt sich zunächst nicht aus den § 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 5 BGB. Genehmigungspflichtig ist danach ein Miet- oder Pachtvertrag, durch den der Mündel zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet wird, wenn das Vertragsverhältnis länger als ein Jahre nach dem Eintritt der Volljährigkeit fort-

dauern wird. Diese Vorschrift ist hier bereits deshalb nicht anwendbar, weil die Vertragsbeteiligten inhaltlich keine Vereinbarung über einen Eintritt des Beteiligten zu 2 in bestehende Mietverhältnisse getroffen haben. Vielmehr kommt ein Eintritt des Beteiligten zu 2 in bestehende Mietverhältnisse nur aufgrund der gesetzlichen Vorschriften der § 1056 Abs. 1, § 566 BGB in Betracht, wenn der Nießbrauch des Berechtigten G erlischt. Darauf wird in Ziffer 6.2. der notariellen Urkunde lediglich hingewiesen. Für diese gesetzliche Folge des Eigentumserwerbs gilt § 1822 Nr. 5 BGB nicht. Denn diese Vorschrift verlangt eine rechtsgeschäftliche Begründung eines Mietverhältnisses. Eine analoge Gesetzesanwendung auf Fälle eines gesetzlichen Eintritts in ein Mietverhältnis scheidet aus Gründen der Rechtssicherheit aus (BGH, NJW 1983, 1780, 1781).

2) Eine familiengerichtliche Genehmigung ist ferner nicht auf der Grundlage der § 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 10 BGB erforderlich. Diese Vorschrift erfasst die Übernahme einer fremden Verbindlichkeit insbesondere zur Eingehung einer Bürgschaft. Nach gefestigter Rechtsprechung greift diese Vorschrift nur dann ein, wenn eine fremde Schuld zwar nach außen hin als eigene übernommen wird, im Innenverhältnis jedoch allein der Erstschuldner haftet und ersatzpflichtig bleibt. Der Zweck der Vorschrift beschränkt sich darauf, zu verhindern, dass eine Schuld nur wegen der rechtlichen Möglichkeit eines Rückgriffsanspruchs und deshalb als vermeintlich risikolos übernommen wird (BGHZ 60, 385 = NJW 1973, 1276; NJW 1983, 1780, 1781). Da mit dem Erlöschen des Nießbrauchs der Beteiligte zu 2 nach den genannten gesetzlichen Vorschriften ohne Rückgriffsmöglichkeit in die Mietverhältnisse eintritt, kommt eine Anwendung des § 1822 Nr. 10 BGB hier nicht in Betracht.

3) Ein Genehmigungserfordernis lässt sich auch nicht aus den § 1643 Abs. 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB ableiten. Danach bedarf der Genehmigung ein Vertrag, der auf den entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks gerichtet ist. Hier kann indessen nicht festgestellt werden, dass das schuldrechtliche Geschäft auf eine auch nur teilweise entgeltliche Eigentumsübertragung gerichtet ist. Die Frage der Entgeltlichkeit eines Rechtsgeschäfts ist gemäß § 516 Abs. 1 BGB nach dem Inhalt des von den Beteiligten geschlossenen Vertrages zu beurteilen. Es muss sich also um eine Zuwendung handeln, die sowohl objektiv als auch nach dem Willen der Vertragsparteien unabhängig von einer Gegenleistung erfolgt (BGH, NJW 2009, 2737). Zur Genehmigungspflicht nach § 1825 Abs. 1 Nr. 5 BGB führt jede Gegenleistung des Minderjährigen. Dabei kann im Einzelfall die Abgrenzung von Beschränkungen des Vermögenserwerbs, die lediglich den wirtschaftlichen Wert des übertragenen Gegenstandes mindern, problematisch sein. Zu solchen Beschränkungen sind hier zweifelsfrei die bestehenden und übernommenen Rechte in Abt. II des Grundbuchs sowie die durch Rückübertragungsansprüche mit Vormerkungsschutz gesicherten Schenkungsaufgaben zu rechnen. Inwieweit eine Übernahme von Verbindlichkeiten des Schenkers die Annahme einer Gegenleistung rechtfertigen kann, bedarf keiner allgemeinen Entscheidung. Maßgebend ist hier, dass der Vertrag vom 18.7.2013 keine vertraglichen Regelungen zur Übernahme von Verbindlichkeiten der Beteiligten zu 1 durch den Beteiligten zu 2 enthält, sich vielmehr in Ziffer 6.2. auf den Hinweis beschränkt, dass die Beschenkten mit der Beendigung des Nießbrauchs in die bestehenden Mietverhältnisse eintreten. Die Vertragsbeteiligten haben es also bei der bereits dargestellten gesetzlichen Regelung belassen wollen. Auf dieser Grundlage ist es aber ausgeschlossen, den künftigen Eintritt des Beteiligten zu 2 in die bestehenden Mietverhältnisse als Gegenleistung zu qualifi-

zieren, weil die Beteiligten selbst dieses Ergebnis nicht als vertraglich zu erbringende Gegenleistung, sondern als gesetzliche Folge des Eigentumserwerbs des Beteiligten zu 2 verstanden haben. In diesem Punkt unterscheidet sich der hier vorliegende Fall maßgeblich von einer Konstellation, in dem über die gesetzliche Folge hinausgehend der Schenkungsvertrag eine Übernahme von Verpflichtungen aus bestehenden Mietverhältnissen durch den Beschenkten vorsieht (vgl. den der Entscheidung des KG, FGPrax 2011, 79, zugrunde liegenden Sachverhalt). Die Auffassung des Grundbuchamtes, die eine pauschale Ausdehnung des Genehmigungserfordernisses auf alle Fälle für erforderlich hält, in denen der verschenkte Gegenstand vermietet ist, läuft auf eine analoge Anwendung der Gesetzesvorschrift hinaus, die aus Gründen der Rechtssicherheit bedenklich erscheint. Eine Ausweitung des Minderjährigenschutzes muss dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben.

(...)

8. BGB § 1374 Abs. 2, § 1375 Abs. 2 Nr. 3, § 1378 Abs. 1 (*Berücksichtigung von Schenkungen der Eltern eines Ehegatten beim Zugewinnausgleich*)

1. **Schenkungen naher Angehöriger sind gemäß § 1374 Abs. 2 BGB nur dann in das Anfangsvermögen einzustellen, wenn sie die Vermögensbildung fördern sollen, wie dies bei Zuschüssen zur Finanzierung des Erwerbs von Grundeigentum der Fall ist. Demgegenüber bleiben Schenkungen unberücksichtigt, durch die laufende Kosten des Lebensbedarfs gedeckt werden sollen.**
2. **Dabei ist von einer Zuwendung an das jeweilige Kind und nicht auch an dessen Ehegatten auszugehen, wenn es den Eltern allein um dessen Besserstellung ging. Hiervon ist etwa bei Zuwendungen im Wege eines vorgeweggenommenen Erbausgleichs auszugehen.**

(*Leitsätze der Schriftleitung*)

OLG Brandenburg, Beschluss vom 27.3.2014, 9 UF 177/13

Die Beteiligten streiten in der Beschwerdeinstanz noch um die Folgen des Zugewinnausgleichs.

(...)

Während der Ehe schenkten die Eltern des Antragstellers mehrere Geldbeträge, die sie auf das den Beteiligten gemeinsam zustehende Konto bei der Sparkasse überwiesen. Die erste dieser Schenkungen erfolgte am 26.6.1997 über 1.500 DM, insoweit ausdrücklich für den Polterabend der Beteiligten. Die weiteren Schenkungen standen im Zusammenhang mit dem Bau des Familienwohnheims, so am 27.8.1998 zunächst 3.000 DM, am 24.9.1999 weitere 20.000 DM, am 3.11.1999 weitere 10.000 DM und sodann am 8.12.1999 weitere 12.000 DM.

Am 29.2.2000 schenkte der Bruder des Antragstellers einen Betrag von 10.000 DM für das Grundstück; die Überweisung erfolgte ebenfalls auf das den Beteiligten gemeinsam zustehende Konto bei der Sparkasse.

Insoweit streiten die Beteiligten, ob es sich bei den vorgenannten Schenkungen um solche allein an den Antragsteller oder an beide Eheleute handelte.

Nachfolgend haben die Eltern am 11.12.2000 und am 19.12.2000 jeweils weitere 10.000 DM (insgesamt daher 20.000 DM) auf das gemeinsame Konto der Beteiligten überwiesen. Der Grund ist zwischen den Beteiligten streitig. Diese Gelder wurden nicht für den Bau des Familienheims verwandt und nachfolgend von dem Antragsteller angelegt.

(...)

Ferner hat die Antragsgegnerin behauptet, die durch die Eltern/den Bruder des Antragstellers im Verlaufe der Ehe zugewandten Beträge seien den Beteiligten jeweils gemeinsam zugewandt worden.

(...)

Der Antragsteller bekräftigt erneut, die durch seine Eltern geleisteten Schenkungen seien allein ihm gewährt worden. Gleiches gelte für die Schenkung seines Bruders. Diese Zuweisung allein an ihn gelte auch für die letzten beiden Zahlungen seiner Eltern am 11.12.2000 und am 19.12.2000, wobei es sich um eine Schenkung, zumindest aber um ein ihm allein gewährtes Darlehen handele. Ferner hat er im Einzelnen nochmals Positionen betreffend der Abbuchungen von dem Tagesgeldkonto bei C. substantiiert und näher belegt.

(...)

Aus den Gründen:

II.

(...)

b. Dem Anfangsvermögen des Antragstellers sind zudem nach § 1374 Abs. 2 BGB die durch seine Eltern am 27.8.1998 (3.000 DM), am 24.9.1999 (20.000 DM), am 3.11.1999 (10.000 DM) und am 8.12.1999 (12.000 DM) bzw. seinen Bruder am 29.2.2000 (10.000 DM) zugewandten Geldbeträge zuzurechnen.

Nach § 1374 Abs. 2 BGB ist ein Vermögen, das ein Ehegatte nach Eintritt des Güterstandes von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder als Ausstattung erwirbt, seinem Anfangsvermögen hinzuzurechnen und damit vom Zugewinnausgleich ausgenommen. Diese Ausnahmevorschrift ist abschließend, eine analoge Anwendung scheidet aus (BGH, FamRZ 2014, 24).

Der Begriff der Schenkung im Sinne von § 1374 Abs. 2 BGB entspricht einer Vermögensbewegung im Sinne von § 516 Abs. 1 BGB und setzt damit eine Zuwendung voraus, durch die der Schenker die Substanz seines Vermögens vermindert und das Vermögen des Beschenkten entsprechend vermehrt, wobei beide Teile darüber einig sind, dass die Zuwendung unentgeltlich erfolgt (BGH, FamRZ 2014, 98; FamRZ 2005, 1660, 1661). Schenkungen naher Angehöriger sind nach § 1374 Abs. 2 BGB nur dann in das Anfangsvermögen einzustellen, wenn sie die Vermögensbildung des/der Beschenkten fördern sollen (BGH, FamRZ 2014, 98; FamRZ 1987, 910, 911), wie dies auf Zuschüsse zur Finanzierung des Erwerbs von Grundeigentum zutrifft. Dient die Schenkung dagegen der Deckung laufender Kosten des Lebensbedarfs, wie zum Beispiel bei Haushaltszuschüssen, Zahlungen zur Finanzierung eines Urlaubs, eines Führerscheins, ist sie im Sinne des § 1374 Abs. 2 BGB den Umständen nach zu den Einkünften zu rechnen und erhöht daher nicht das Anfangsvermögen (OLG Frankfurt, FamRZ 2009, 1065; OLG Koblenz, FamRZ 2006, 1839).

Maßgebliche Kriterien für die Einordnung als Einkommen (weil bedarfsdeckend) oder Vermögen (weil vermögensbildend) sind der Anlass der Schenkung, die Willensrichtung des Schenkers und die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschenkten (BGH, FamRZ 2014, 98; FamRZ 1987, 910; OLG Frankfurt, FamRZ 2009, 1065). Die Darlegungs- und Beweislast für einen privilegierten Erwerb im Sinne von § 1374 Abs. 2 BGB – und damit für das Vorliegen einer Schenkung – trägt derjenige Ehegatte, der den angeblichen Schenkungsanteil der Zuwendung in sein positives Anfangsvermögen einstellen möchte (vgl. BGH, FamRZ 2014, 98; FamRZ 2005, 1660, 1661), hier daher der Antragsteller, soweit er hinsichtlich der vorgenannten Schenkungen einen über den hälftigen Schenkungsanteil hinausgehenden Teil seinem Anfangsvermögen zugerechnet haben will.

Nicht nach § 1374 Abs. 2 BGB zu erfassen ist zunächst die ausdrücklich für den Polterabend geleistete Zahlung von 1.500 DM. Die Voraussetzungen einer Vermögensbildung liegen hier nicht vor. Die Zahlung des Geldes diene vielmehr der Deckung der Kosten des Polterabends und damit der Deckung eines laufenden Lebensbedarfs. Eine Hinzurechnung nach § 1374 Abs. 2 BGB scheidet aus.

Bei den übrigen finanziellen Zuwendungen steht dagegen die Vermögensbildung im Vordergrund, da der Aufbau des Familienheims gefördert werden sollte. Leistungsempfänger dieser Schenkungen war jeweils allein der Antragsteller. Dies steht zur Überzeugung des Senats im Ergebnis der persönlichen Anhörung der Beteiligten und der Beweisaufnahme in der mündlichen Verhandlung vom 27.3.2014 fest.

Die Bestimmung des Leistungsempfängers hängt von dem Willen des Zuwendenden ab, soweit dieser tatsächlich nach außen in Erscheinung tritt. Eine tatsächliche Vermutung oder ein Erfahrungssatz, dass bei Leistungen an Eheleute Leistungsempfänger nur derjenige ist, der dem Leistenden nahesteht oder mit ihm verwandt ist, besteht nicht (OLG Celle, FamRZ 2003, 233, OLG Köln, FamRZ 2009, 1064; *Büte*, Zugewinnausgleich, 4. Aufl. 2012, Rdnr. 540). Eher spricht der erste Anschein bei der Hingabe von Geld an Ehegatten für gemeinsame Anschaffungen dafür, dass regelmäßig beide Ehegatten beschenkt werden sollen; indiziell spricht dafür auch, wenn der Geldbetrag auf ein gemeinsames Konto gezahlt wird, da insoweit – soweit keine näheren Angaben getätigt werden – grundsätzlich beide Ehegatten gesamtgläubigerisch berechtigt werden (OLG Frankfurt, FamRZ 2009, 1065; *Büte*, Zugewinnausgleich, 4. Aufl. 2012, Rdnr. 540).

Dieser Beweis des ersten Anscheins ist aber nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung, insbesondere der dabei durchgeführten Beweisaufnahme, entkräftet und es steht zur Überzeugung des Senats fest, dass sämtliche geleisteten Geldbeträge allein dem Antragsteller und nicht den beiden Beteiligten zugutekommen sollten.

Dafür spricht bereits das eigene Vorbringen der Antragsgegnerin. Bei ihrer persönlichen Anhörung konnte sie keine Gründe dafür vorbringen, dass es sich tatsächlich um eine Leistung an beide Beteiligte und insbesondere auch an sie gehandelt hatte. Sie erklärte lediglich, dass ihr niemand gesagt habe, dass die Leistung nicht an beide damaligen Eheleute erfolgen sollte. Sie konnte auch auf Nachfrage des Senats nicht näher ausführen, dass ihr gegenüber ausdrücklich oder konkludent zum Ausdruck gebracht worden sei, die Leistungen hätten auch ihr zukommen sollen. Dies deckt sich im Übrigen auch mit den Aussagen der Zeugen E und K W.

So haben die drei Zeugen in ergiebiger Weise übereinstimmend bekundet, dass jeder von ihnen die Leistung an den Antragsteller, nicht dagegen auch an die Antragsgegnerin bezweckt habe. Alle drei Zeugen haben übereinstimmend erklärt, dass es ihnen allein um die Besserstellung des Antragstellers als des Sohnes bzw. Bruders ging. Insbesondere verfolgten E und K W das Ziel, ihre Söhne gleichmäßig zu bedenken. Der Antragsteller sollte in einer Art vorweggenommener Erbfolge durch Zuwendung der entsprechenden Geldbeträge bedacht werden. Der weitere Sohn Ka sollte als Ausgleich das vorhandene eigene Grundvermögen der Eltern erhalten.

Die Zeugenaussagen waren glaubhaft. Im Kerngehalt waren die Aussagen in sich stimmig und im Wesentlichen widerspruchsfrei. Soweit sich die Zeugen E und K W in ihren Aussagen hinsichtlich der weiteren Zahlungen vom 11. und 19.12.2000 über jeweils 10.000 DM widersprochen haben, führt dies nicht dazu, dass der Senat den Angaben insgesamt nicht folgen konnte. Denn der Widerspruch betrifft den Umstand, ob es sich bei diesen beiden Zahlungen um Schenkun-

gen oder um Darlehen handelte und nicht um die Frage, an wen geleistet werden sollte. Außerdem handelt es sich um einen erklärbaren Widerspruch, da beide Zeugen, vor allem aber die Zeugin E W die Begriffe Darlehen und Schenkung laienhaft beschrieben hat. Im Kern übereinstimmend und widerspruchsfrei blieben die Zeugen E und K W aber dabei, dass die Zahlungen am 27.8.1998 (3.000 DM), am 24.9.1999 (20.000 DM), am 3.11.1999 (10.000 DM) und am 8.12.1999 (12.000 DM) ebenso wie – darauf sei bereits jetzt hingewiesen – die weiteren Zahlungen vom 11. und 19.12.2000 über jeweils 10.000 DM allein dem Antragsteller zugutekommen sollten, weshalb der Senat keine Bedenken an der Glaubhaftigkeit der Angaben hat.

Dass es sich bei der Schenkung des Zeugen Ka W um eine Schenkung an den Antragsteller allein gehandelt hat, folgt auch aus dem Inhalt des in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vorgelegten Kontoauszuges (Bl. 368 a HA), der ausdrücklich als Zahlungsempfänger den Antragsteller ausweist. Soweit die Antragsgegnerin demgegenüber behauptet hat, die durch den Zeugen Ka W geleisteten 10.000 DM stammen ihrer Ansicht nach von den Eltern des Antragstellers, kommt es darauf nicht an. Wesentlich ist allein, dass diese Zahlung ausweislich des Kontobelegs und der stimmigen Aussage durch den Zeugen Ka W geleistet wurde und daher auch dessen Wille maßgebend für die Bestimmung, wem diese Zahlung zugutekommen sollte, ist. Rein vorsorglich sei im Übrigen darauf hingewiesen, dass der Zeuge Ka W überzeugend dargetan hat, zu damaliger Zeit trotz seines noch jungen Alters von rund 19 Jahren über diese Mittel (infolge einer Erbschaft) verfügt zu haben, weshalb auch insoweit keine Bedenken an der Glaubhaftigkeit seiner Angaben bestehen.

Die Zeugen waren glaubwürdig. Zwar handelt es sich jeweils um enge Familienangehörige des Antragstellers. Der Senat hat jedoch keine Anhaltspunkte gesehen, die an der Glaubwürdigkeit der Zeugen Zweifel aufkommen lassen. Sie haben unabhängig voneinander das Ziel einer Zuwendung allein an den Antragsteller kundgetan. Als nachvollziehbare Begründung haben sie angegeben, es sei für sie eben darauf angekommen, den eigenen Sohn bzw. Bruder zu bedenken, auch wenn das Geld in das gemeinsame Haus des damaligen Ehepaars fließen würde. Sie haben dieses Detail sicher und überzeugend dargelegt. Belastungstendenzen gegenüber der Antragsgegnerin waren nicht erkennbar. Insbesondere E und K W haben übereinstimmend bekundet, damals kein schlechtes Verhältnis zu der Antragsgegnerin gehabt zu haben und dass es erst im Zuge der Trennung der Beteiligten zu einem Streit gekommen sei, der die Rückforderung der zeitlich letzten beiden Zahlungen der Eltern vom 11. und 19.12.2000 betraf. Die Antragsgegnerin hat bei ihrer mündlichen Anhörung durch den Senat diese Angaben auch bestätigt. Der Zeuge Ka W hat ebenso wenig eine Begünstigungs- oder Belastungstendenz erkennen lassen, vielmehr frei seine Überzeugung kundgetan.

Auch von den übrigen Umständen her ergeben sich keine zwingenden Anzeichen dafür, dass tatsächlich eine Leistung an beide Eheleute gewollt war. Soweit die Tatsache der Zahlung auf das gemeinsame Konto der Beteiligten vom ersten Anschein her für eine solche Zuweisung an beide spricht, steht dem entgegen, dass nach den übereinstimmenden Erklärungen der Beteiligten bei ihrer mündlichen Anhörung vor dem Senat es sich zu damaliger Zeit um ihr einziges Verkehrskonto gehandelt hat.

(...)

9. BGB §§ 2084, 1096, 2269 (*Keine Ersatzerbeneinsetzung bei Ausschlagung der Erbschaft durch überlebenden Ehegatten*)

Setzen Ehegatten sich in einem gemeinschaftlichen Testament gegenseitig als Erben sowie jeweils einseitig mit ihnen verwandte Personen gemeinsam als Erben des Letztversterbenden ein und schlägt der überlebende Ehegatte nach dem Tode des Erstversterbenden aus, kann die Schlusserebeneinsetzung regelmäßig nicht als Ersatzerbeneinsetzung auf den Nachlass des Erstversterbenden ausgelegt werden; für seinen Nachlass tritt dann gesetzliche Erbfolge ein.

OLG Hamm, Beschluss vom 14.3.2014, I 15 W 136/13

Die Beteiligte zu 1 ist die aus der ersten Ehe des Erblassers hervorgegangene Tochter. Der Beteiligte zu 2 ist ein Neffe der zweiten Ehefrau des Erblassers, der Frau C2.

Als maßgebliche letztwillige Verfügung hat der Erblasser ein gemeinsam mit seiner zweiten Ehefrau errichtetes, eigenhändig geschriebenes und unterschriebenes Testament vom 30.3.2005 hinterlassen, in dem die folgenden Verfügungen getroffen werden:

„Wir setzen uns gegenseitig zu alleinigen Erben ein.

Als Erben des zuletzt Versterbenden von uns setzen wir zu gleichen Teilen ein:

S., geborenen C., ...

H., ...“

Mit einer am 26.10.2012 beim Nachlassgericht eingegangenen Erklärung hat Frau C2 die Erbschaft nach dem Erblasser aus allen gesetzlichen und testamentarischen Berufsgründen ausgeschlagen (AG Bocholt 37 VI 400/12). Am 30.10.2012 ist die letztwillige Verfügung des Erblassers eröffnet worden (AG Bocholt 37 IV 743/12). Unter dem 7.1.2013 hat die Beteiligte zu 1 die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der sie als Alleinerbin nach gesetzlicher Erbfolge ausweist.

Der Beteiligte zu 2 ist dem Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 entgegen getreten und hat die Auffassung vertreten, dass er neben der Beteiligten zu 1 aufgrund der letztwilligen Verfügung vom 30.3.2005 Erbe zu ½ geworden sei.

Durch Beschluss vom 19.2.2013 hat das AG – Nachlassgericht – in Bezug auf den Antrag der Beteiligten zu 1 die zur Erteilung des Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet.

Gegen diesen dem Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten zu 2 am 27.2.2013 zugestellten Beschluss hat der Beteiligte zu 2 durch Schriftsatz seines Verfahrensbevollmächtigten vom 26.3.2013 Beschwerde eingelegt. In dem Beschwerdeschriftsatz hat der Beteiligte zu 2 die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins, der die beiden Beteiligten als Erben zu je ½ Anteil ausweist, beantragt.

Die Beschwerdeschrift ist am 26.3.2013 beim AG eingegangen.

Das AG hat durch Beschluss vom 8.4.2013 das Verfahren über den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 2 ausgesetzt, der Beschwerde nicht abgeholfen und selbige dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten und des übrigen Sachverhaltes wird auf den gesamten Akteninhalt Bezug genommen.

Aus den Gründen:

II.

(...)

In der Sache hat die Beschwerde keinen Erfolg.

Die Beteiligte zu 1 ist als einziger Abkömmling des Erblassers dessen Alleinerbin geworden (§§ 1922, 1924 BGB). Ein gesetzliches Erbrecht der Ehefrau des Erblassers besteht nicht, da Frau C2 die Erbschaft aus allen Berufsgründen wirksam ausgeschlagen hat (§§ 1944, 1945 BGB).

Dem gesetzlichen Erbrecht der Beteiligten zu 1 steht auch keine letztwillige Verfügung des Erblassers entgegen.

Die in dem formwirksam errichteten Ehegattentestament vom 30.3.2005 von dem Erblasser zur Alleinerbin berufene Frau C2 hat die ihr zugedachte Erbschaft wirksam ausgeschlagen.

Die in dem Ehegattentestament vom 30.3.2005 weiter ausdrücklich geregelte Konstellation, dass die Beteiligten zu 1 und 2 zu gleichen Teilen Schlusserben nach dem Letztversterbenden werden, ist vorliegend nicht gegeben, da der Erblasser der Ehegatte ist, der als erster verstorben ist.

Die Beteiligten zu 1 und 2 sind in dem Ehegattentestament auch nicht zu Ersatzerben für den Fall berufen, dass der überlebende Ehegatte die ihm zufallende Erbschaft ausschlägt. Eine ausdrückliche Berufung der Beteiligten zu 1 und 2 zu Ersatzerben enthält die letztwillige Verfügung nicht. Dass die Beteiligten zu 1 und 2 als Ersatzerben für den Fall der Ausschlagung durch den überlebenden Ehegatten berufen sein sollen, kann der letztwilligen Verfügung auch nicht im Wege der Auslegung entnommen werden.

Die Testamentsauslegung hat zum Ziel, den wirklichen Willen des Erblassers zu erforschen. Dabei ist vom Wortlaut auszugehen. Dieser ist jedoch nicht bindend. Vielmehr sind der Wortsinn und die vom Erblasser benutzten Ausdrücke zu hinterfragen, um festzustellen, was er mit seinen Worten hat sagen wollen und ob er mit ihnen genau das wiedergegeben hat, was er zum Ausdruck bringen wollte (BGH, NJW 1993, 256 m. w. N.). Maßgeblich ist insoweit allein sein subjektives Verständnis der von ihm verwendeten Begriffe (BGH, FamRZ 1987, 475, 476; *Palandt/Weidlich*, BGB, 73. Aufl., § 2084 Rdnr. 1). Zur Ermittlung des Inhalts der testamentarischen Verfügungen ist der gesamte Inhalt der Testamentsurkunde einschließlich aller Nebenumstände, auch solcher außerhalb des Testaments, heranzuziehen und zu würdigen (BGH, NJW 1993, 256 m. w. N.). Solche Umstände können vor oder auch nach der Errichtung des Testaments liegen. Dazu gehört das gesamte Verhalten des Erblassers, seine Äußerungen und Handlungen (*Palandt/Weidlich*, a. a. O., § 2084 BGB Rdnr. 2 m. w. N.). Kann sich der Richter auch unter Auswertung aller Umstände von dem tatsächlich vorhandenen wirklichen Willen des Erblassers nicht überzeugen, muss er sich mit dem Sinn begnügen, der dem Erblasserwillen mutmaßlich am ehesten entspricht (BGH, NJW 1993, 256).

Sinn und Zweck eines Ehegattentestaments mit Einsetzung des überlebenden Ehegatten als Alleinerben und weiteren Personen als Schlusserben ist es, dass das gemeinsam erwirtschaftete Vermögen der Ehegatten zunächst dem überlebenden Ehegatten ohne jede Einschränkung zukommen zu lassen, um das gemeinsame Vermögen nach dem Tode des Letztversterbenden den Schlusserben zukommen zu lassen. Dem liegt regelmäßig die Erwartung zugrunde, dass der überlebende Ehegatte das ihm Zugewandte auch annimmt. Diesen Zweck hat die Ehefrau des Erblassers im vorliegenden Fall unterlaufen, indem sie das ihr Zugewandte gerade ausgeschlagen hat, um die Verfügungsbefugnis über ihr eigenes Vermögen zurückzuerlangen (§ 2271 Abs. 2 BGB). Dass der Erblasser für diese Konstellation den Willen haben soll, die als Schlusserben für das gemeinsame Vermögen ausgewählten Personen als (Ersatz-)Erben für sein Vermögen zu bestimmen, kann regelmäßig nicht angenommen werden. Auch im vorliegenden Fall spricht nichts für einen derartigen Willen des Erblassers. Denn mit der Ausschlagung der überlebenden Ehefrau verliert die Beteiligte zu 1 die mit erbrechtlicher Bindungswirkung ausgestattete Aussicht, nach deren Tod zur Schlusserbin berufen zu sein. Darin liegt ein Unterschied mit tragender Bedeutung gegenüber der Fallgestaltung, in der die Ehegatten ihre Regelung in einem Erbvertrag getroffen haben, deren vertragliche Bindungswirkung durch eine Aus-

schlagung des überlebenden Ehegatten nicht berührt wird. Es spricht deshalb nichts dafür, dass der Erblasser auch für den Fall des Erlöschens der Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments das gesetzliche Erbrecht seiner Tochter in der Weise hat beschränken wollen, dass sie aus seinem eigenen Nachlass wertmäßig nur den Pflichtteil erhält, während sie von der Schlusserbfolge insgesamt ausgeschlossen wird. Das konkrete Vorbringen der Beteiligten rechtfertigt keine andere Beurteilung. Dass das Verhältnis des Erblassers zum Beteiligten zu 2 gut gewesen sein soll, und dass der Erblasser zunächst nicht willens gewesen sein soll, die Beteiligte zu 1 als Schlusserbin einzusetzen, lässt keinen Schluss darauf zu, dass er die Beteiligten zu 1 und 2 zu seinen Erben berufen hätte, wenn ihm die Ausschlagung durch seine Ehefrau bekannt gewesen wäre.

Auf die vom AG behandelte Frage einer wirksamen Testamentsanfechtung kommt es danach nicht an.

Zu einer Bescheidung des Erbscheinsantrags des Beteiligten zu 2 war der Senat nicht berufen, da das AG die Bescheidung dieses Antrags sachgerecht bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens über den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 ausgesetzt hat.

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Soutier*, MittBayNot 2014, 511 (in diesem Heft).

10. FamFG § 63 Abs. 1, §§ 84, 354, 352 Abs. 1 Satz 1; BGB § 2270 Abs. 1 (*Auslegung eines Änderungsvorbehalts, der einem Schlusserben eine Mindesterbquote sichert*)

Die Klausel „Dem Längstlebenden von uns bleibt vorbehalten, abweichend insoweit von Todes wegen zu verfügen, als dadurch der Erbteil eines Abkömmlings nicht um mehr als ein Viertel verkürzt wird.“ erlaubt es dem überlebenden Ehegatten, sowohl den Erbteil entsprechend zu kürzen als auch Testamentsvollstreckung anzuordnen (keine Abweichung zu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.1.2007, I-3 Wx 256/06, ZEV 2007, 275, und OLG München, Beschluss vom 3.6.2008, 34 Wx 29/08, ZEV 2008, 340).

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Köln, Beschluss vom 16.10.2013, 2 Wx 252/13

Die Erblasserin hatte mit ihrem am 2.9.1996 vorverstorbenen Ehemann am 14.8.1986 ein gemeinschaftliches privatschriftliches Testament errichtet, in welchem sich die Eheleute gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt hatten; weiter heißt es:

„Der Überlebende von uns setzt hiermit ggf. unsere drei gemeinschaftlichen Kinder zu gleichen Teilen zu seinen Erben ein. Dem Längstlebenden von uns bleibt vorbehalten, noch abweichend von diesem Erbvertrag insoweit von Todes wegen zu verfügen, als dadurch der Erbteil eines Abkömmlings nicht um mehr als ein Viertel verkürzt wird.“

Am 11.12.2012 ließ die Erblasserin ein Testament notariell beurkunden (URNr. ... des Notars ..., Bonn), worin sie „abweichend von meinem Testament vom 14.8.1986“ zu ihren Erben ihre Kinder, nämlich den Beteiligten zu 2 zu $\frac{3}{12}$ -Anteil, den Beteiligten zu 3 zu $\frac{3}{12}$ -Anteil und die Beteiligte zu 4 zu $\frac{6}{12}$ -Anteil einsetzte. Des Weiteren führte sie aus, dass der Beteiligte zu 3 ihr einen Betrag in Höhe von ca. 70.000 € schulde, der zum Nachlass eingezogen und, falls die Summe von ihm nicht bezahlt werden könne, bei der Erbteilung zu seinen Lasten berücksichtigt werden solle. Zudem ordnete sie Testa-

mentvollstreckung mit dem Aufgabenkreis der Ausführung der Verfügungen sowie der Auseinandersetzung des Nachlasses an und ernannte die Beteiligte zu 1, ihre Schwester, zur Testamentsvollstreckerin.

Die Beteiligte zu 1 hat gegenüber dem Nachlassgericht die Annahme des Testamentsvollstreckeramtes erklärt und einen mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 31.7.2013 eingereichten Antrag auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses gestellt. Zu diesem Antrag hat das AG die Beteiligten zu 2 bis 4 schriftlich angehört; die Beteiligte zu 4 hat daraufhin mitgeteilt, keine Einwände bezüglich der Testamentsvollstreckerin zu haben; der Beteiligte zu 2 und der Beteiligte zu 3 haben die Zurückweisung des Antrages mit der Begründung beantragt, die Anordnung der Testamentsvollstreckung durch die Erblasserin sei wegen der Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments unwirksam.

Der Richter des Nachlassgerichts hat durch am 5.9.2013 erlassenen Beschluss vom 4.9.2013, in dessen Rubrum lediglich die Beteiligten zu 1 bis 3 aufgeführt sind, die Tatsachen, die zur Begründung des Antrages der Beteiligten zu 1 auf Ausstellung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses erforderlich sind, für festgestellt erachtet und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, der Anordnung der Testamentsvollstreckung stehe die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments nicht entgegen.

Gegen den Beschluss, der dem Beteiligten zu 2 zu Händen seiner Verfahrensbevollmächtigten am 9.9.2013 zugestellt worden ist, hat der Beteiligte zu 2 mit Schriftsatz seiner Verfahrensbevollmächtigten vom 12.9.2013, der ausweislich der Eingangskennung auf dem Telefaxschreiben bei dem AG am 12.9.2013, ausweislich eines vom AG angebrachten Eingangsstempels hingegen erst am Folgetag eingegangen ist, Beschwerde eingelegt. Das AG hat der Beschwerde durch Beschluss nicht abgeholfen und die Sache dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

(...)

In der Sache hat das Rechtsmittel keinen Erfolg.

Das AG hat mit Recht die Tatsachen für festgestellt erachtet, die zur Erteilung des von der Beteiligten zu 1 beantragten Testamentsvollstreckerzeugnisses erforderlich sind (§§ 354, 352 Abs. 1 Satz 1 FamFG).

Die im gemeinschaftlichen Testament vom 14.8.1986 getroffenen Verfügungen stehen der Wirksamkeit der Anordnung der Testamentsvollstreckung im Einzeltestament der Erblasserin nicht entgegen.

Dabei kann als Voraussetzung der Bindungswirkung der Schlusserebeneinsetzung im gemeinschaftlichen Testament der Eheleute unterstellt werden, dass sie wechselbezüglich im Sinne des § 2270 Abs. 1 BGB ist. Anerkannt ist auch, dass es sich als mit der Bindungswirkung nicht zu vereinbarende Beeinträchtigung des durch eine wechselbezügliche Verfügung Bedachten darstellen kann, wenn nach dem Tod des Erstversterbenden der überlebende Ehegatte eine Testamentsvollstreckung anordnet (OLG Köln, FamRZ 1990, 1402; BayObLG, FamRZ 1991, 111). Indes können die Eheleute im gemeinschaftlichen Testament die Bindungswirkung einschränken, indem sie dem Überlebenden durch einen Änderungsvorbehalt die Möglichkeit einräumen, abweichende letztwillige Verfügungen zu treffen. Ob ein Änderungsvorbehalt im gemeinschaftlichen Testament nach dem Willen der Eheleute dem Überlebenden die Anordnung einer Testamentsvollstreckung erlaubt, ist durch Auslegung zu ermitteln. Im Streitfall ergibt die Auslegung, dass der Änderungsvorbehalt die Anordnung der Testamentsvollstreckung umfasst. Im gemeinschaftlichen Testament heißt es: „Dem Längstlebenden von uns bleibt vorbehalten, noch abweichend von diesem Erbvertrag insoweit von Todes wegen zu verfügen, als da-

durch der Erbteil eines Abkömmlings nicht um mehr als ein Viertel verkürzt wird.“ Dies bedeutet nicht, dass dem Längstlebenden ausschließlich Änderungen der vorangehend festgelegten Erbquoten erlaubt sein sollen; vielmehr enthält die Klausel keine Einschränkung hinsichtlich der Art einer späteren letztwilligen Verfügung des Überlebenden, sondern nur eine Beschränkung insoweit, als dass sie nicht zu einer Minderung der Erbteile über die genannte Grenze hinaus führen darf. Mit anderen Worten ist der Änderungsvorbehalt nur insoweit eingeschränkt, als Änderungen die Höhen der Erbquoten betreffen; insoweit sollte den Kindern als Schlusserebene eine Mindestteilhabe am Nachlass des Längstlebenden gesichert werden. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung zum Zwecke der Auseinandersetzung des Nachlasses fällt nicht unter diese Beschränkung.

Ohne Erfolg beruft sich die Beschwerde – wie das AG im Nichtabhilfebeschluss zutreffend ausgeführt hat – auf die Entscheidungen des OLG Düsseldorf vom 29.1.2007, I-3 Wx 256/06, und des OLG München vom 3.6.2008, 34 Wx 29/08. Ihnen lagen letztwillige Verfügungen zugrunde, die in jeweils maßgeblicher Hinsicht von dem vorliegenden Ehegattentestament abweichen. In dem vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall ging es nicht um die Anordnung einer Testamentsvollstreckung, sondern um die Enterbung eines Abkömmlings, wobei es nach Auffassung des OLG Düsseldorf nicht mit dem angeordneten Änderungsvorbehalt, der eine anderweitige Festlegung der Erbquoten zuließ, zu vereinbaren war, einen der Erben mit der „Quote“ null zu bedenken. Der vom OLG München entschiedene Fall war dadurch geprägt, dass der Änderungsvorbehalt die Abänderung oder Ergänzung der Schlusserebeneinsetzung vorsah und dem Überlebenden die Möglichkeit einräumte, die Erbquoten zu ändern oder einen anderen Abkömmling einzusetzen, Abkömmlingen Vermächtnisse zuzuwenden, andere auf den Pflichtteil zu setzen oder den Pflichtteil zu entziehen. In jenem Fall also waren bestimmte Arten letztwilliger Verfügungen aufgezählt, die dem Längstlebenden zu Gebote stehen sollten, was – insbesondere da es sich anders als im vorliegenden Streitfall um eine notariell beurkundete letztwillige Verfügung handelte – nahelegt, dass die Testierenden andere Arten beschränkender letztwilliger Verfügungen, wie etwa die Anordnung einer Testamentsvollstreckung, nicht zulassen wollten; das OLG München hat insoweit ausgeführt, dass die als Ausnahme formulierte Abänderungsbefugnis nach ihrem Wortlaut nicht die Einsetzung eines Testamentsvollstreckers erlaube und dies gegen eine über die im Einzelnen festgelegte Änderungsbefugnis hinausgehende erweiternde Interpretation spreche. Im vorliegenden gemeinschaftlichen Testament hingegen ist der Änderungsvorbehalt, wie ausgeführt, nicht hinsichtlich bestimmter Arten letztwilliger Verfügungen konkretisiert, sondern lediglich insoweit eingeschränkt, als dass die Erbquoten berührende Änderungen die festgelegte Grenze nicht überschreiten dürfen.

(...)

Anmerkung:

Die Wechselbezüglichkeit und die daraus resultierenden Bindungen sind ein zentrales Thema (wenn nicht das zentrale Thema) des gemeinschaftlichen Testaments. Haben Ehegatten zwei Verfügungen errichtet, die zueinander wechselbezüglich sind, können sie ihre eigene Verfügung einseitig nur noch eingeschränkt aufheben oder abändern. Zu Lebzeiten des anderen Ehegatten erfolgt die Aufhebung, sofern nicht gemeinschaftlich, grundsätzlich durch Widerruf der eigenen Verfügung nach § 2271 Abs. 1 BGB. Dieser hat die durchaus einschneidende Folge, dass auch die wechselbezügliche Ver-

fügung des anderen Ehegatten unwirksam wird, § 2270 Abs. 1 BGB. Mit dem Tod des anderen Ehegatten ist kein Widerruf mehr möglich. Nach § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB kann sich der überlebende Ehegatte die Widerrufsmöglichkeit sichern, wenn er das ihm Zugewendete ausschlägt. Mit Ablauf der nicht üppig bemessenen Ausschlagungsfrist entfällt (von den Ausnahmen des § 2271 Abs. 2 Satz 2 BGB abgesehen) grundsätzlich die Möglichkeit, sich von der eigenen bindenden Verfügung von Todes wegen zu lösen.

Die allgemeine Meinung geht davon aus, dass die Vorschrift des § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB auf die mit dem Tod des Erstversterbenden beim gemeinschaftlichen Testament eintretende Bindung analog anwendbar ist.¹ Einseitige Verfügungen, die zeitlich nach einem gemeinschaftlichen Testament errichtet wurden, sind daher zwar nicht nichtig; sie entfalten jedoch in dem Umfang, in dem sie eine wechselbezügliche Verfügung beeinträchtigen, keine Wirkung. Der überlebende Ehegatte kann somit einen im gemeinschaftlichen Testament wechselbezüglich bedachten Schlusserven durch eine neue Verfügung nicht schlechter stellen, als dies im gemeinschaftlichen Testament vorgesehen ist. Auch die erstmalige Anordnung einer Testamentsvollstreckung ist eine derartige Schlechterstellung.²

Die Bindung tritt unabhängig davon ein, ob sie von den Ehegatten ausdrücklich angeordnet wurde oder nicht.³ Eine abweichende Verfügung durch den länger lebenden Ehegatten ist daher, wenn man sich nicht allein auf die Hilfe der ergänzenden Auslegung im Rahmen der Ermittlung der Wechselbezüglichkeit verlassen will, nur möglich, wenn die Ehegatten diese Situation ausdrücklich bedacht haben. Allgemein anerkannt ist nämlich, dass der Umfang der Wechselbezüglichkeit und damit auch der erbrechtlichen Bindung der Bestimmung der Beteiligten unterliegt. Den Ehegatten steht es nicht nur frei, zu bestimmen, ob eine im gemeinschaftlichen Testament enthaltene Verfügung wechselbezüglich oder einseitig ist. Sie können auch bestimmen, dass die Änderung einer Verfügung über die in § 2271 BGB vorgesehenen Möglichkeiten hinaus erweitert bzw. zugelassen wird. Gegen diesen sogenannten Änderungsvorbehalt bestehen keine rechtlichen Bedenken.⁴ Die Ausgestaltung und der Umfang des Änderungsvorbehaltes unterliegen der freien Vereinbarung der Ehegatten. Ist allerdings der Umfang nicht eindeutig, so ist er durch Auslegung zu ermitteln. Bei der (ergänzenden) Auslegung ist insoweit der (hypothetische) Erblasserwille beider Ehegatten im Zeitpunkt der Testamenterrichtung maßgeblich;⁵ das durch Auslegung gefundene Ergebnis muss dabei, wie im Erbrecht üblich, im Testament wenigstens angedeutet sein.

Die den Ehegatten zur Verfügung stehenden Möglichkeiten lassen sich vereinfacht in drei Kategorien zusammenfassen (wobei Kombinationen natürlich denkbar sind). Die Änderungsbefugnis kann zeitlichen Vorgaben unterliegen. Den Ehegatten kann zum Beispiel daran gelegen sein, dass das Änderungsrecht erst nach dem Tod des Erstversterbenden ausgeübt werden kann, also nur die Vorgaben des § 2271

Abs. 2 BGB gelockert werden. Weiter kann die Ausübung des Änderungsvorbehaltes an bestimmte Kriterien geknüpft sein. Dies ist dann der Fall, wenn dem länger lebenden Ehegatten die Reaktion auf ein bestimmtes Verhalten des Bedachten ermöglicht werden soll. Schließlich kann der Änderungsvorbehalt inhaltlichen Beschränkungen unterworfen sein, so dass nur bestimmte Änderungen zulässig sind.⁶

In diese letzte Kategorie ist auch der in dem vom OLG Köln entschiedenen Fall enthaltene Änderungsvorbehalt einzuordnen. Dem Längerlebenden war vorbehalten, abweichend zu verfügen, aber nur insoweit, „als dadurch der Erbteil eines Abkömmlings nicht um mehr als ein Viertel verkürzt wird“. Das OLG Köln hat daher völlig zu Recht entschieden, dass auch die Anordnung einer Testamentsvollstreckung zulässig war. Die Ehegatten hatten nicht, wie in der im Beschluss angeführten Entscheidung des OLG München,⁷ eine bestimmte „Positivliste“ von Änderungsmöglichkeiten vorgegeben. Der im Testament enthaltene Änderungsvorbehalt definiert vielmehr „nur“ die äußerste Grenze der Änderungsmöglichkeiten. Innerhalb dieser Grenze hat der Längerlebende freie Hand, solange eine bestimmte (quantitative, nicht qualitative) Mindestbeteiligung der Kinder sichergestellt ist.

Notar *Christian Braun*, Erlangen

⁶ Dazu nur *Nieder/Kössinger/R. Kössinger* § 11 Rdnr. 87.

⁷ OLG München, Beschluss vom 3.6.2008, 34 Wx 29/08, MittBayNot 2009, 53.

11. BGB §§ 2186, 2176, § 2169 Abs. 1, § 2171 Abs. 1 (*Bindung an ein Untervermächtnis trotz zu Lebzeiten vorweggenommener Erfüllung des Hauptvermächtnisses*)

Nimmt der Bedachte die unentgeltliche Leistung des Erblassers auf den erst künftig mit dem Anfall des Vermächtnisses zur Entstehung gelangten Anspruchs als vorweggenommene Erfüllung an, so bleibt das angeordnete Vermächtnis als Rechtsgrund der lebzeitigen Verfügung bestehen. Ein angeordnetes Untervermächtnis kann in diesem Fall entgegen §§ 2186, 2176, 2169 Abs. 1, § 2171 Abs. 1 BGB wirksam bleiben.

OLG Köln, Urteil vom 31.7.2013, 2 U 153/12; mitgeteilt von *Werner Sternal*, Richter am OLG Köln

Die Erblasserin, die am ... 2011 verstorbene K I, geborene B, verwitwete P, hatte 4 Töchter. Aus ihrer ersten Ehe stammt die Tochter In G, geborene P, aus der Ehe mit dem vorverstorbenen H I stammen die Parteien des vorliegenden Rechtsstreites sowie Frau A Pe.

In einem Erbvertrag vom 23.10.1980 (URNr. 1945/1980 des Notars H Sp in K-Mü) hatten die Eheleute K und H I unter anderem Folgendes verfügt (Blatt 1 ff. des Anlagenheftes):

„ (...)

Wir setzen uns gegenseitig, der Erstversterbende den Überlebenden, zum alleinigen unbeschränkten Erben ein ohne Rücksicht darauf, ob und welche Pflichtteilsberechtigten beim Tode des Erstversterbenden von uns vorhanden sein sollten.

(...)

Zum Erben des Längstlebenden von uns bestimmen wir unsere gemeinsamen Töchter U und R und die Tochter I aus der ersten Ehe der Ehefrau, unter sich zu gleichen Teilen.

(...)

Unsere Tochter A erhält als Vermächtnis aus dem Nachlass des Längstlebenden von uns einen Leib-Rentenanspruch, dergleichmäßig zulasten der drei Erben bzw. Erbstämme zu erfüllen ist.

(...)

¹ Vgl. nur OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.6.1994, 20 W 108/94, NJW-RR 1995, 265, 266.

² *Burandt/Rojahn/Braun*, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, § 2271 Rdnr. 38; *Reimann/Bengel/J. Mayer/J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, § 2271 BGB Rdnr. 24.

³ *Kanzleiter*, ZEV 2014, 225, 231, spricht plakativ davon, dass die Bindung eintritt, „auch wenn die Eltern bei der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments an eine solche weitgehende Bindung nicht gedacht, ja wenn sie über eine eventuelle Bindung des überlebenden Ehegatten überhaupt nicht nachgedacht haben“.

⁴ Vgl. nur MünchKommBGB/*Musielak*, § 2271 Rdnr. 31 m. w. N.

⁵ *Reimann/Bengel/J. Mayer/J. Mayer*, § 2271 BGB Rdnr. 59 ff.

Eine der Töchter U und R hat das Recht der Alleinübernahme des Hauses und Grundstücks S-Straße ... aus dem Nachlass des Längstlebenden von uns unter den folgenden Voraussetzungen:

Nur diejenige von ihnen hat das Recht, die für die Abfindungsleistungen an die drei Geschwister volle Sicherheit leisten kann, ohne hierzu Kredit in Anspruch nehmen zu müssen. Wird diese Voraussetzung von beiden erfüllt, hat die Tochter U das Übernahmerecht, falls R keine Kinder hat. Sollten beide Kinder haben, entscheidet die Mehrzahl der Kinder, haben beide die gleiche Kinderzahl, entscheidet das Los.

Die Übernehmerin hat allein die Rentenpflicht zugunsten der Schwester A zu tragen, an jede der beiden Miterbinnen je $\frac{1}{4}$ des Verkehrswertes des Hausgrundbesitzes im Todeszeitpunkt des Längstlebenden von uns binnen eines Jahres zu vergüten. Der Verkehrswert ist im Streitfall zu schätzen durch den Gutachterausschuss nach Bundesbaugesetz.

(...)

Dem Längstlebenden von uns bleiben Änderungen durch anderweitige Verfügungen bis zu ein Viertel seines gesamten Nachlasses vorbehalten. Dabei darf er keinem der Abkömmlinge das ihm Zugeschriebene um mehr als ein Viertel verkürzen.

(...)"

Nachdem der Vater der Parteien verstorben war, übertrug die Erblasserin der Beklagten das in dem Erbvertrag bezeichnete Hausgrundstück mit notariellem „Übertragungsvertrag“ vom 2.7.2002 (Blatt 5 ff. des Anlagenheftes). Der Verkehrswert des Grundstücks wurde von den damaligen Vertragsparteien auf ca. 155.000–160.000 € geschätzt.

Der Übertragungsvertrag enthält u. a. folgende Regelungen:

„(...)

II.

Für die vorstehende Übertragung übernimmt die Erwerberin hiermit folgende Gegenleistung:

Die Veräußerin behält sich hiermit ein lebenslangliches Wohnungsrecht vor und zwar zur Alleinnutzung, unter Ausschluss des Eigentümers, sämtlicher Räumlichkeiten des mitübertragenen Wohnhauses S-str. ..., einschließlich des Rechts auf freien Zugang in Hof und Garten, betreffend damit die Parzellen 159 und 308, nicht die Parzellen 237 (Garagenparzelle und $\frac{1}{27}$ -Anteil an Parzelle 233 = Garagenzufahrt). Die Überlassung des Wohn- und Nutzungsrechtes an Dritte in entgeltlicher wie in unentgeltlicher Weise ist nicht gestattet.

Der jeweilige Eigentümer ist verpflichtet, die Gebäulichkeiten und die zum Gebrauch der Wohnungsberechtigten bestimmten Anlagen und Einrichtungen zu unterhalten, soweit es das Interesse der Wohnungsberechtigten erfordert.

Mit schuldrechtlicher Wirkung wird zum vorbestellten Wohn- und Nutzungsrecht noch Folgendes vereinbart: Hinsichtlich der zur Alleinnutzung überlassenen Räumlichkeiten obliegen dem Eigentümer die außergewöhnlichen, der Wohn- und Nutzungsberechtigten die gewöhnlichen Unterhaltungsmaßnahmen. Die Kosten für Strom, Gas/Heizung, Wasser/Abwasser, Müllabfuhr/Entsorgung, Versicherung, Straßenreinigung und Grundsteuer trägt die Berechtigte selbst; im Übrigen ist ihr das Wohn- und Nutzungsrecht unentgeltlich eingeräumt.

(...)

Weitere Gegenleistungen hat die Erwerberin nicht zu erbringen. Auf Vereinbarungen von Anrechnungsbestimmungen oder Ausgleichspflichten verzichtet die Veräußerin trotz Belehrung beider Beteiligten dieses Vertrages durch den Notar anhand von Einzelfallbeispielen über die damit etwa verbundenen rechtlichen, wie tatsächlichen, wirtschaftlichen Folgen, und die gesetzlichen Regelungen zu den Ansprüchen Pflichtteilsberechtigter ausdrücklich.

(...)"

Am 4.1.2008 errichtete die Erblasserin ein öffentliches Testament (URNr. .../2008 des Notars Dr. v D-H in K-Mü), durch das sie die Erbquote der Beklagten auf $\frac{1}{4}$ -Anteil reduzierte. Die Erblasserin verstarb am 15.1.2011. Mit Vertrag vom 21.7.2011 veräußerte die

Beklagte das Grundstück zu einem Kaufpreis von 180.000 €. Mit Schreiben vom 18.2.2011 forderte die Klägerin die Beklagte zur Zahlung von 40.000 €, nämlich einem Viertel eines Verkehrswertes i. H. v. 160.000 €, auf. Die Beklagte lehnte diese Zahlung unter Hinweis darauf, dass das Grundstück nicht mehr zum Nachlass gehöre, ab.

Die Klägerin hat die Auffassung vertreten, dass der Übertragung des Hausgrundstücks keine werthaltige Gegenleistung der Beklagten gegenübergestanden und dass es sich daher um eine Schenkung gehandelt habe. Hinsichtlich etwaiger Instandhaltungs- und Instandsetzungsmaßnahmen auf dem Hausgrundstück durch den Ehemann der Beklagten hat die Klägerin behauptet, dass diese immer sofort von der Erblasserin vergütet worden seien. Diese Leistungen könnten schon deshalb nicht als Gegenleistung der Beklagten zu werten sein. Ferner hat die Klägerin behauptet, die Erblasserin habe bei der Übertragung des Grundstücks ohne lebzeitiges Eigeninteresse gehandelt. Dies ergebe sich schon daraus, dass die Erblasserin nach dem Versterben ihres Ehemannes, der sich in den letzten Jahren vor seinem Tod in einem Pflegeheim befunden hatte, darauf hingewiesen habe, dass sie nunmehr keine Gelder für die Heimunterbringung des Ehemannes mehr brauche und daher genug Geld habe. Damit sei deutlich geworden, dass die Erblasserin zu ihrer eigenen Versorgung nicht auf die Unterstützung durch Dritte angewiesen gewesen sei. Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, dass die Beklagte als Beschenkte die Umstände darlegen und beweisen müsse, die für ein lebzeitiges Eigeninteresse an der Schenkung sprechen würden. Da sich solche Umstände nicht aus der notariellen Übertragungsurkunde vom 2.7.2002 ergeben würden, obliege es der Beklagten, die für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde sprechende Vermutung zu entkräften. Der Erbvertrag sei als Vertrag zugunsten Dritter, nämlich der Klägerin, für die Erblasserin bindend gewesen. Nach dem eindeutigen Inhalt des Erbvertrages vom 23.10.1980 solle der Erlös aus der Übertragung des Hausgrundstücks den beiden Miterbinnen der Beklagten zu je $\frac{1}{4}$ des Verkehrswertes des Hausgrundstücks im Todeszeitpunkt des Längstlebenden der Erbvertragsschließenden zugutekommen. Trotz der Übertragung zu Lebzeiten müsse der erbvertraglich angeordneten Ausgleichsverpflichtung rechtliche Verbindlichkeit zukommen. Die Übernahme des Grundstücks habe nach den Regelungen des Erbvertrages unter der aufschiebenden Bedingung des Versterbens beider Erbvertragspartner gestanden. Diese Bedingung sei durch die vorzeitige Übertragung des Grundstücks zu Lebzeiten der Erblasserin auf die Beklagte unter deren bewussten Mitwirkung vereitelt worden. Die Klägerin sei daher nach § 162 BGB so zu stellen, als wäre die Grundstücksveräußerung erst nach dem Tod der Erblasserin erfolgt. Die Klägerin hat überdies – in einem nicht nachgelassenen Schriftsatz – behauptet, die Beklagte habe anlässlich eines gemeinsamen Gesprächs vom 4.2.2012 auf den Kommentar der Klägerin „Du weißt ja, dass du uns noch anteilig auszahlen musst?!“ geantwortet: „Ja, ich weiß, ihr werdet alle ausbezahlt!“

Die Klägerin hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an sie 40.000 € nebst 8,0 % Zinsen über dem jeweiligen Diskontsatz der Landeszentralbank seit dem 24.2.2011 zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, die Übertragung des Hausgrundstücks vom 2.7.2002 sei nicht schenkweise erfolgt. Vielmehr habe ihr bereits in Form des lebenslangen Wohnrechts eine Gegenleistung gegenüber gestanden. Überdies hat die Beklagte behauptet, zwischen ihr und der Erblasserin sei außerhalb der Urkunde vereinbart worden, dass durch die Übertragung der Beklagten und ihrem Ehemann deren Mithilfe im Haushalt und die Reparatur-, Renovierungs- und Instandhaltungsarbeiten, die in der Vergangenheit erbracht worden seien, vergütet werden solle. Es habe Einigkeit bestanden, dass die in der Vergangenheit unentgeltlich erbrachten Leistungen der Beklagten und ihres Ehemannes nachträglich als Gegenleistung für die Immobilienübertragung gewertet werden sollten. Die Beklagte sei bis zum Jahr 2004 die einzige Vertrauens- und Bezugsperson der Erblasserin gewesen. Sie und ihr Ehemann hätten die Erblasserin bzw. die Eltern zwischen 1993 und 2004 zwei bis drei Mal die Woche und sonntags besucht und sich um sie gekümmert. Die Beklagte habe regelmäßig die Einkäufe für die Erblasserin übernommen und der Ehemann der Beklagten habe schon zu Lebzeiten des Ehemannes der Erblasserin sämtliche Reparaturen am Haus und

auf dem Grundstück erledigt. Sie und ihr Ehemann hätten die Erblasserin auch mehrfach mit in Urlaub genommen. Überdies habe sie die Erblasserin zu deren regelmäßigen Arztbesuchen stets begleitet. Nach einer Augenoperation im Jahr 2002 habe die Beklagte die Erblasserin gänzlich bei sich, der Beklagten, zuhause gepflegt. Außerdem habe die Beklagte der Erblasserin auch ausdrücklich die zukünftige Pflege zugesagt. Die Beklagte hat behauptet, die Übertragung des Hausgrundstücks habe auch der Alterssicherung der Erblasserin sowie der Absicherung ihrer Betreuung und Pflege gedient. Die Erblasserin habe sich durch die Übertragung erhofft, dass die Beklagte und ihr Ehemann sich auch weiterhin um sie kümmern würden, so dass sie im Alter in der Immobilie nicht einsam und ohne Hilfe sei. Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, dass damit ein lebzeitiges Eigeninteresse gegeben sei. Dieses müsse sich nicht aus der notariellen Urkunde ergeben. Die Beklagte hat behauptet, der in dem Übertragungsvertrag angegebene Verkehrswert des Hausgrundstücks sei überhöht, weil die Erblasserin die Immobilie einem Dritten nicht zu diesem Preis hätte verkaufen können, solange sie sich ein lebenslanges Wohnrecht vorbehält. Überdies hat die Beklagte die Auffassung vertreten, dass die Klägerin durch die Übertragung des Grundstücks schon deshalb nicht beeinträchtigt sei, weil sie hierdurch nicht weniger aus dem Nachlass erhalten habe als ihr zustehe. Sie hat behauptet, die Klägerin habe ihrerseits von der Erblasserin zu deren Lebzeiten 80.000 bis 100.000 € erhalten.

Die Einzelrichterin der 8. Zivilkammer des LG Köln hat die Klage abgewiesen mit der Begründung, dass die Klägerin ihrer Darlegungs- und Beweislast bezüglich der Voraussetzungen eines Anspruchs gemäß § 2287 BGB, der einzigen in Betracht kommenden Anspruchsgrundlage, nicht genügt habe. Bezüglich der Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des landgerichtlichen Urteils Bezug genommen. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer fristgerecht eingelegten und begründeten Berufung.

Die Klägerin wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie rügt einen Verfahrensmangel. Das LG habe in der mündlichen Verhandlung einen Beweisbeschluss angekündigt, dann aber überraschend durch Urteil entschieden. Dadurch sei das Recht der Klägerin auf rechtliches Gehör verletzt worden. Hätte die Klägerin gewusst, dass der Rechtsstreit entschieden wird, dann hätte sie zum lebzeitigen Eigeninteresse noch vorgetragen. Das Urteil beruhe auf diesem Verfahrensverstoß.

Die Klägerin ist der Auffassung, dass das angefochtene Urteil auch gegen materielles Recht verstoße. Der Anspruch gemäß § 2287 BGB sei zu Unrecht verneint worden. Eine Schenkung liege vor. Das vorbehaltene Wohnungsrecht stehe dem nicht entgegen. Dies werde nämlich durch Geldzuwendungen der Erblasserin an die Beklagte kompensiert. Wegen der Einzelheiten der Behauptungen der Klägerin zu den behaupteten Geldzahlungen an die Beklagte wird auf die Seiten 6 bis 11 der Berufungsbegründungsschrift vom 22.1.2013 Bezug genommen (Blatt 104 ff. der Akte). Die Klägerin meint, sonstige Gegenleistungen seien in dem Übertragungsvertrag zwischen der Erblasserin und der Beklagten nicht vereinbart worden. Hierfür spreche schon die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit des notariellen Vertrages. Im Übrigen bestreitet die Klägerin, dass Nebenabreden getroffen worden seien.

Ein lebzeitiges Eigeninteresse der Erblasserin an der Übertragung des Grundstücks an die Beklagte habe nicht bestanden. Gegen- und Pflegeleistungen bestreitet die Klägerin. Sie ist der Auffassung, dass es sich im Übrigen um die bloße Erfüllung familiärer Gefälligkeiten gehandelt habe. Die Erblasserin sei zudem nicht auf Arbeits- oder Pflegeleistungen angewiesen gewesen, weder aus gesundheitlichen noch aus finanziellen Gründen. Soweit Arbeitsleistungen erbracht worden seien, seien sie auch sofort bezahlt worden.

Die Klägerin ist weiter der Auffassung, ihr stehe ein Anspruch auf Zahlung unter dem Gesichtspunkt des Vertrages zugunsten Dritter zu. Aus dem Erbvertrag ergebe sich der Ausgleichsanspruch der Klägerin, der nicht durch Übertragung des Grundstücks zu Lebzeiten der Erblasserin entfallen könne. Es habe sich um einen bedingten Anspruch gehandelt, so dass die Klägerin gemäß § 162 BGB so zu stellen sei, als wäre die Grundstücksveräußerung erst nach dem Tod der Erblasserin erfolgt. Der Erbvertrag sei dementsprechend ergänzend auszulegen.

Die Klägerin behauptet, die Beklagte habe ihr den Ausgleich für den Erwerb des Hausgrundstücks zugesagt. Auch hieraus ergebe sich ein Anspruch der Klägerin.

Die Klägerin beantragt,

unter Aufhebung der mit der Berufungsschrift vom 19.11.2012 angefochtenen Entscheidung des LG Köln vom 2.11.2012, Az 8 O 269/12, die Beklagte zu verurteilen, an sie 40.000 € nebst 8 % Zinsen über dem Basiszinssatz zu zahlen,

hilfsweise,

den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LG zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie wiederholt und vertieft ihr erstinstanzliches Vorbringen. Sie verteidigt das erstinstanzliche Urteil. Sie ist der Auffassung, dass ein Verfahrensfehler nicht vorliege. Die Einzelrichterin habe die Sach- und Rechtslage ausführlich erörtert, insbesondere die Darlegungs- und Beweislast bezüglich der Voraussetzungen des § 2287 BGB. Eine Überraschungsentscheidung liege daher nicht vor. Soweit die Klägerin neu vortrage, sei dieses Vorbringen nicht zu berücksichtigen.

Bezüglich der weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Parteien wird auf die erstinstanzlich gewechselten Schriftsätze der Parteien sowie die Schriftsätze der Klägerin vom 22.1.2013 und vom 5.3.2013 und der Beklagten vom 19.2.2013 und 10.7.2013 Bezug genommen.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin hat in der Sache bis auf einen ganz geringen Teil der Zinsforderung Erfolg. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung von 40.000 €. Dabei kann offenbleiben, ob sich der Anspruch nicht auch aus § 2287 Abs. 1 BGB ergibt. Ein Anspruch besteht jedenfalls, wie der Senat eingehend mit den Parteien in der mündlichen Verhandlung erörtert hat, gemäß §§ 2174, 2186, § 2147 Satz 1, § 2279 Abs. 1, § 1939 BGB.

Aufgrund des Erbvertrages vom 23.10.1980 steht der Klägerin ein noch zu erfüllender (Unter-)Vermächtnisanspruch zu, mit dem die Beklagte gemäß § 2147 BGB beschwert ist.

1. Soweit den Töchtern U und R, also der Klägerin und der Beklagten, das Recht zur Alleinübernahme des Hausgrundstücks S-str. 6 in Köln unter bestimmten Voraussetzungen zustehen soll, handelt es sich um ein Vorausvermächtnis und nicht (nur) um eine Teilungsanordnung gemäß § 2048 BGB. Eine Teilungsanordnung liegt in der Regel vor, wenn der Erblasser einem Erben einen bestimmten Gegenstand zuwenden will, ohne die gesetzlichen oder durch Verfügung von Todes wegen bestimmten Erbteile und deren Wert zu verschleiben; folglich hat eine Anrechnung auf den jeweiligen Erbteil zu erfolgen (*Palandt/Weidlich*, 72. Aufl. 2013, § 2048 Rdnr. 1). Von einem Vorausvermächtnis ist dagegen in der Regel auszugehen, wenn der Erbe zusätzlich zu seinem Erbteil einen Vermögensvorteil erhalten soll; in diesem Fall erfolgt keine Anrechnung (BGH, NJW 1995, 721; *Palandt/Weidlich*, a. a. O., § 2150 Rdnr. 1). Dafür, dass hier ein zusätzlicher Vermögensvorteil zugewandt werden sollte, spricht, dass eine Anrechnung auf den Erbteil ausdrücklich nicht angeordnet ist, stattdessen Ausgleichszahlungen ausgehend vom Wert des vermachten Hausgrundstücks an die beiden anderen Erbinnen erfolgen sollen, die deren Erbteile wertmäßig aber nicht erreichen. Das Hausgrundstück sollte also vorweg einer der beiden Parteien zustehen, während die anderen beiden Erbinnen einen Ausgleich des Wertes des vermachten Gegenstandes erhalten sollten. Das Hausgrundstück bzw. sein Wert sollte also insgesamt im Wege der Vorausvermächtnisse auf die Erben verteilt werden. Eine Anrechnung auf ihre Erbteile sollte nicht stattfinden; die Erbteile bezüglich des übrigen Nachlasses sind bei dieser vorweggenommenen Verteilung eines einzel-

nen Gegenstandes bzw. dessen Wertes auf die Erben unbeachtlich.

Soweit die Beklagte in dem nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung am 11.7.2013 eingegangenen Schriftsatz vom 10.7.2013 ausführt, die Anordnung einer Ausgleichspflicht spreche für eine Teilungsanordnung und gegen Vorausvermächtnisse, verkennt sie, dass die Zuwendung des Hausgrundstücks eben nicht auf den Erbteil anzurechnen ist, wie dies bei einer Teilungsanordnung der Fall ist (*Palandt/Weidlich*, a. a. O., Rdnr. 6), sondern nur ein Ausgleich für den Erhalt des zugewandten Gegenstandes zu leisten ist, der aus dem Wert der erhaltenen Zuwendung zu erbringen ist.

2. Die Verpflichtungen zur Zahlung von je $\frac{1}{4}$ des Verkehrswertes des Hausgrundstücks an die übrigen beiden Miterbinnen stellen Untervermächtnisse gemäß § 2186 BGB dar, mit denen derjenige der beiden Parteien beschwert sein sollte, der das Hausgrundstück im Wege des Vorausvermächtnisses übernehmen würde. Die Verpflichtung der mit dem Untervermächtnis beschwerten Vermächtnisnehmerin wird erst dann fällig, wenn der mit dem Untervermächtnis Beschwernte seinerseits die Erfüllung des ihm zugewendeten Vermächtnisses verlangen kann (§ 2186 BGB). Hier kann die Beklagte zum Zeitpunkt des Erbfalls zwar nicht mehr Erfüllung des Vermächtnisses verlangen, weil ihr der vermachte Gegenstand bereits zu Lebzeiten übertragen worden ist. Dies steht der Fälligkeit des Anspruchs der Klägerin auf Zahlung von $\frac{1}{4}$ des Wertes des Hausgrundstücks im Wege des Untervermächtnisses aber nicht entgegen.

Hier bestehen nämlich die Besonderheiten, dass das vermachte Hausgrundstück zum einen schon zu Lebzeiten an die Beklagte übertragen worden ist, ohne dass – zum anderen – zu diesem Zeitpunkt festgestanden hätte, welche der Parteien die Voraussetzungen für den Erwerb des Vermächtnisanpruchs zum Zeitpunkt des Erbfalls erfüllen würde. Diese besonderen Umstände stehen dem Anspruch der Klägerin gemäß §§ 2174, 2186 BGB aber nicht entgegen.

3. Grundsätzlich erwirbt der Vermächtnisnehmer zwar auch dann, wenn das Vermächtnis auf einem Erbvertrag beruht, vor dem Eintritt des Erbfalls weder einen künftigen Anspruch noch eine rechtlich gesicherte Anwartschaft auf den Gegenstand des Vermächtnisses. Denn der Erblasser ist zu Lebzeiten weder durch Erbeinsetzungen noch durch Vermächtnisanordnungen gehindert, über einen Nachlass- bzw. Vermächtnisgegenstand frei zu verfügen (§ 2286 BGB). Hat der Erblasser über den Gegenstand des Vermächtnisses zu Lebzeiten mit der Folge verfügt, dass der Gegenstand des Vermächtnisses zur Zeit des Erbfalls nicht zur Erbschaft gehört, so ist das Vermächtnis gemäß § 2169 Abs. 1, § 2171 Abs. 1 BGB in der Regel unwirksam; das würde über § 2186 BGB grundsätzlich dazu führen, dass auch der Untervermächtnisnehmer keine Leistung verlangen kann. Hier besteht jedoch die Besonderheit, dass die Erblasserin das Grundstück zu Lebzeiten nicht an einen beliebigen Dritten, sondern an eine Erbin übertragen hat, die zugleich als Vorausvermächtnisnehmerin in Betracht kam. Mit der lebzeitigen Übertragung des Vermächtnisgegenstandes auf eine der Vorausvermächtnisnehmerinnen ist zwar dieses Vorausvermächtnis vorweg erfüllt (zur Möglichkeit der lebzeitigen Erfüllung eines Vermächtnisses OLG Hamm, MDR 1995, 1236 f.; MünchKommBGB/Schlichting, 5. Aufl. 2010, § 2174 Rdnr. 18). Dies führt indes vorliegend aufgrund der Besonderheiten des Einzelfalles nicht zu einem Wegfall des angeordneten Ersatzvermächtnisses zugunsten der Klägerin (vgl. allgemein für den Fall eines Nachvermächtnisses OLG Frankfurt, ZEV 1997, 295 ff., m. Anm. *Skibbe*, ZEV 1997, 297 ff.). Denn die lebzeitige unentgeltliche Übertra-

gung des Vermächtnisgegenstandes stellt sich vorliegend als Vorauserfüllung der durch Erbvertrag angeordneten, künftig entstehenden Verpflichtung aus dem Vermächtnis durch den Erblasser dar. Nimmt der Bedachte die unentgeltliche Leistung des Erblassers auf den erst künftig mit dem Anfall des Vermächtnisses zur Entstehung gelangten Anspruchs des Bedachten als vorweggenommene Erfüllung an, so ist das angeordnete Vermächtnis als Rechtsgrund der lebzeitigen Übertragung nach wie vor wirksam (vgl. OLG Frankfurt, ZEV 1997, 295 ff.).

Die von dem Senat vorzunehmende (ergänzende) Auslegung des Erbvertrages der Eltern der Parteien (§§ 133, 157 BGB) ergibt nämlich, dass das zugunsten der Klägerin angeordnete Untervermächtnis nicht im Falle einer lebzeitigen Erfüllung des Hauptvermächtnisses untergehen sollte. Den vorliegenden Fall, in dem der Begünstigte schon zu Lebzeiten dadurch ausgewählt wird, dass er das Grundstück von der Erblasserin zugewendet bekommt, haben die Eltern der Parteien im Erbvertrag zwar nicht ausdrücklich geregelt. Eine Auslegung des Vertrages und des von den Eltern damit verfolgten Zwecks ergibt, dass auch im Falle einer lebzeitigen Übertragung die im Erbvertrag angeordneten Untervermächtnisse auf Wertausgleich weiterhin Bestand haben sollten. Die Eltern wollten das Hausgrundstück entweder der Klägerin oder der Beklagten im Wege eines Vorausvermächtnisses zuwenden, den Begünstigten aber zu Ausgleichszahlungen an die anderen beiden Erbinnen verpflichten.

Nach den Vorstellungen der Eltern sollte das Hausgrundstück einem der beiden Parteien des vorliegenden Rechtsstreits zugutekommen. Hierdurch sollten indes die übrigen Erben nicht vollständig benachteiligt werden, wie sich aus dem in dem Erbvertrag angeordneten Wertausgleich ergibt. Dieser Übergang des Hausgrundstücks und der damit verbundene Wertausgleich war indes nicht zwingend auf den Todesfall beschränkt. Entsprechend hat die Erblasserin mit der Auswahl zwischen den Parteien in Bezug auf das Hauptvermächtnis nicht die Untervermächtnisse aufgehoben, deren Erfüllung, da auf Geldzahlungen gerichtet, auch nicht an § 2169 Abs. 1 oder § 2171 Abs. 1 BGB scheitert. Auch § 2186 BGB steht dem Anspruch aus den Untervermächtnissen nicht entgegen, weil das Hauptvermächtnis im Ergebnis jedenfalls erfüllt worden ist.

4. Für diese Auslegung spricht auch, dass der Übertragung des Eigentums an dem Hausgrundstück von der Erblasserin auf die Beklagte durch den notariellen Vertrag vom 2.7.2002 nicht von einer Gegenleistung abhängig gemacht wurde, sondern schenkweise erfolgte. Eine Schenkung gemäß § 516 Abs. 1 BGB liegt vor, wenn aus dem Vermögen des einen Vertragspartners eine Zuwendung an den anderen Vertragspartner erfolgt und sich beide Vertragspartner dabei einig sind, dass diese Zuwendung unentgeltlich erfolgen soll. Die Erblasserin hat der Beklagten das Eigentum an dem Hausgrundstück zugewendet. Zwar ist als „Gegenleistung“ die Bestellung eines lebenslänglichen Wohnungsrechts vereinbart worden. Hierbei handelt es sich jedoch nicht um eine Gegenleistung im eigentlichen Sinne, sondern um eine Auflage gemäß § 525 BGB. Eine Auflage liegt vor, wenn die Leistung nicht aus dem Vermögen des Empfängers der Zuwendung, sondern auf der Grundlage und aus dem Wert der Zuwendung erbracht werden soll (BGH, NJW 1982, 818; *Palandt/Weidenkaff*, a. a. O., § 525 Rdnr. 1), so wie hier. Das Wohnungsrecht soll nicht aus dem Vermögen der Beklagten geleistet werden, sondern aus dem übertragenen Grundstück. Es mindert allein den Wert des Geschenks. Letztlich ist eine Schenkung unter der Auflage der Wohnungsrechtsbestellung nicht anders zu sehen als die Schenkung eines bereits mit

einem Wohnungsrecht belasteten Grundstücks. Im Übrigen ist zu bedenken, dass das Wohnungsrecht mit dem Tod der Erblasserin erlischt. Im Ergebnis ist die Schenkung unter der Auflage eines mit dem Tode der Erblasserin erlöschenden Rechts daher die vorweggenommene Erfüllung des Vermächtnisses.

Weitere Gegenleistungen sind ausweislich des notariellen Vertrages vom 2.7.2002 nicht vereinbart worden. Insoweit gilt eine Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit der notariellen Urkunde (*Palandt/Ellenberger*, 72. Aufl. 2013, § 125 Rdnr. 21). Diese Vermutung ist zwar widerlegbar. Die Beklagte behauptet auch, es seien weitere Gegenleistungen vereinbart worden. Zum einen sei man übereingekommen, dass frühere Arbeitsleistungen des Ehemannes der Beklagten durch die Übertragung des Hausgrundstücks vergütet werden sollten, zum anderen habe sich die Beklagte zur Pflege der Erblasserin verpflichtet. Dieses Vorbringen der Beklagten ist aber in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht ohne Substanz. Der Wert dieser Leistungen ist nicht bestimmbar. Zudem sind die angeblich zugesagten Leistungen von den in einer Familie üblichen Gefälligkeiten nicht abzugrenzen. So trägt die Beklagte vor, „die Erblasserin habe sich erhofft, dass die Beklagte und ihr Ehemann sich auch weiterhin um die Erblasserin kümmern, so dass sie im Alter in ihrer Immobilie nicht einsam und ohne Hilfe sei“. Dies spricht gegen die Vereinbarung konkreter Gegenleistungen, sondern nur für eine vage Hoffnung der Erblasserin. Gleiches gilt hinsichtlich der „Erwartungen“ der Erblasserin, die die Beklagte nicht enttäuscht hätte. Wenn die Beklagte dann aber weiterhin vorträgt (Blatt 26 unten der Akte), sie habe, weil sie der Beklagten vollkommen vertraut und die Beklagte die zukünftige Pflege zugesagt habe, nicht gewünscht, eine zusätzliche Pflegeverpflichtung der Beklagten in den Vertrag aufzunehmen, weil derartige Verpflichtungen leicht zum Streit führen können, muss davon ausgegangen werden, dass eine rechtliche Verpflichtung eben nicht gewollt war. Es ist von der Unentgeltlichkeit der Grundstücksübertragung auszugehen.

5. Hier besteht im Unterschied zur Entscheidung des OLG Frankfurt (a. a. O.) zwar die Besonderheit, dass nach dem Sachverhalt gar nicht feststeht, ob das Vorausvermächtnis auf Übertragung des Hausgrundstücks zum Zeitpunkt des Erbfalls der Klägerin oder der Beklagten zugestanden hätte. Die Übertragung des Hausgrundstücks auf die Beklagte stellt daher nicht nur die Erfüllung eines zukünftigen – möglichen – Vermächtnisanspruchs der Beklagten dar, sondern auch die Erfüllung des Schenkungsversprechens der Erblasserin. Denn durch die Schenkung hat die Erblasserin die Auswahl zwischen der Klägerin und der Beklagten als Vermächtnisnehmerin vorweggenommen. Hierauf kommt es der Klägerin aber gar nicht an, da sie nur das Untervermächtnis geltend macht. Das Untervermächtnis bleibt auch dann bestehen, wenn die Beklagte das Hausgrundstück letztlich nicht in Erfüllung des Vermächtnisses, sondern in Erfüllung des Schenkungsvertrages erhalten hat. Der vorliegende Fall unterscheidet sich von der Entscheidung des OLG Frankfurt (a. a. O.) ganz entscheidend dadurch, dass dort ein Nachvermächtnis (bez. desselben Gegenstandes) vorlag, während es hier nur um ein Ersatzvermächtnis geht, dessen Erfüllung möglich ist, ohne dass die Beklagte auf das ihr geschenkte Hausgrundstück verzichten müsste. Aus diesem Grund ist auch entgegen der Auffassung der Beklagten § 2288 Abs. 2 BGB nicht einschlägig.

6. Ein Widerruf der Vermächtnisanordnungen in dem Erbvertrag ist nicht ersichtlich. Unabhängig davon wäre ein Widerruf dieser Vermächtnisse aber auch nicht möglich ge-

wesen, weil es sich um vertragsmäßige, d. h. bindende, Verfügungen handelte. Ein Vermächtnis zugunsten eines Dritten ist als vertragsmäßige Verfügung gemäß § 2278 Abs. 2 BGB möglich. Sie ist auch vertragsmäßig gewollt, wenn ein Vertragsteil ein Interesse an der Bindung des Erblassers hatte (BGH, NJW 1989, 2885; *Palandt/Weidlich*, a. a. O., § 2278 Rdnr. 4). Hier ist davon auszugehen, dass der vorverstorbene Ehegatte der Erblasserin ein Interesse an den Vermächtnissen zugunsten seiner Töchter, der Klägerin und der Beklagten, hatte. Ein Änderungsvorbehalt bezüglich der Vermächtnisanordnungen betreffend das Hausgrundstück ist dem Erbvertrag nicht zu entnehmen.

7. Die Höhe des Ausgleichsanspruchs richtet sich entsprechend den Bestimmungen im Erbvertrag nach dem Verkehrswert des Hausgrundstücks zum Todeszeitpunkt. Da die Beklagte das Hausgrundstück nur wenige Monate nach dem Erbfall für einen Kaufpreis von 180.000 € veräußert hat, ist davon auszugehen, dass dieser Betrag dem Verkehrswert zum Todeszeitpunkt in etwa entspricht, der Verkehrswert jedenfalls nicht unter 160.000 € liegt, so dass die Klägerin Zahlung der hier eingeklagten 40.000 € verlangen kann.

(...)

Anmerkung:

Zustimmung verdient die Entscheidung des OLG Köln zwar insofern, als das Hauptvermächtnis über das Hausgrundstück, auf das zu Lebzeiten bereits geleistet wurde, nicht wegen § 2171 Abs. 1 BGB unwirksam geworden war. Nähere Ausführungen hätte das Gericht jedoch zur Frage der erbvertraglichen Bindung an die Vermächtnisanordnungen machen können.

1. Ausgangspunkt des Falles war, dass die Erblasserin gemeinsam mit ihrem vorverstorbenen Ehemann in einem notariellen Erbvertrag aus dem Jahre 1980 drei gemeinsame Töchter (U, R und I) zu gleichen Teilen zu Schlusserben eingesetzt hatte. Zugleich hatten die Ehegatten derjenigen unter den Töchtern U (Klägerin) und R (Beklagte) ein Hausgrundstück vermacht, die in der Lage war, ohne Kreditaufnahme bestimmte Abfindungsleistungen an die beiden anderen Schwestern und die einseitige Tochter der Erblasserin aus erster Ehe (Tochter A) nach dem Schlusserbfall zu erbringen. Sollten sowohl U als auch R entsprechend zahlungskräftig sein, hatte die Tochter U das Recht zur Übernahme des Hauses, vorausgesetzt die Tochter R war kinderlos. Sollten beide Töchter Kinder haben, sollte die Mehrzahl der Kinder, andernfalls das Los entscheiden.

Zusätzlich hatten die Ehegatten in dem Erbvertrag angeordnet, dass die durch diese Auswahlkriterien noch festzulegende Hauptvermächtnisnehmerin (Tochter R oder Tochter U) ihren Schwestern jeweils $\frac{1}{4}$ des Verkehrswertes des Hausgrundstücks zum Todeszeitpunkt zu vergüten hatte. Der Verkehrswert des Hausgrundstücks lag im Todeszeitpunkt jedenfalls nicht unter 160.000 €, so dass es um Herauszahlungsverpflichtungen von jeweils 40.000 € ging. Das OLG Köln stufte die alternative Zuwendung des Hausgrundstücks an die Töchter U und R als Vorausvermächtnis ein (§ 2150 BGB) und qualifizierte die Verpflichtung, jeweils ein Viertel des Verkehrswertes dieses Grundstücks an die Schwestern zu vergüten, als Untervermächtnisse (§ 2186 BGB). Dabei hatten die Ehegatten die vorgenannten Vermächtnisanordnungen nach Ansicht des OLG Köln erbvertraglich bindend getroffen (§ 2278 BGB). Trotzdem ging es anders als die Vorinstanz (LG Köln) auf § 2287 Abs. 1 BGB als Anspruchsgrundlage nicht ein, sondern konzentrierte sich auf die Frage, ob das

Zahlungsbegehren i. H. v. 40.000 €, welches die klagende Tochter U gegenüber der beklagten Tochter R geltend machte, aus dem angeordneten Untervermächtnis noch hergeleitet werden konnte.

2. Ein Schwerpunkt der OLG-Köln-Entscheidung bestand darin, welche Auswirkungen die lebzeitige Übertragung eines Vermächtnisgegenstandes auf die Wirksamkeit des Vermächtnisses hat. Die herrschende Meinung differenziert hinsichtlich der diesbezüglichen Auswirkungen zwischen Stück- und Gattungsvermächtnissen bzw. Geldvermächtnissen.

a) Während Stückvermächtnisse gemäß § 2171 Abs. 1 BGB durch die lebzeitige Übertragung grundsätzlich gegenstandslos werden (teilweise wird die Unwirksamkeit auch über § 2169 Abs. 1 BGB hergeleitet),¹ ist bei Gattungsvermächtnissen bzw. Geldvermächtnissen anerkannt, dass diese trotz lebzeitiger Übertragung wirksam bleiben;² insbesondere bei unbelasteten Geld- und Gattungsvermächtnissen dürfte es sogar regelmäßig dem Willen des Erblassers entsprechen, dass dieser dem Vermächtnisnehmer zusätzliches (Geld-)Vermögen zu Lebzeiten zuwenden will.³ Abweichend davon nimmt eine im Vordringen befindliche Meinung bei Stückvermächtnissen an, dass der Erblasser mit der lebzeitigen Übertragung an den Vermächtnisnehmer nicht nur die lebzeitige causa (zum Beispiel eine Schenkung), sondern im Voraus auch den künftigen Vermächtnisanspruch als Dritter erfüllt (§ 267 BGB).⁴ Dieser Ansatz ist insofern interessengerecht, als in diesem Fall der Hauptvermächtnisanspruch – obwohl er nach Entstehung unmittelbar durch Erfüllung untergeht (§ 362 Abs. 1 BGB) – als Grundlage von Untervermächtnissen bestehen bleibt. Er geht nicht wegen objektiver anfänglicher Unmöglichkeit unter (§ 2171 Abs. 1 BGB), weil die Zweckerreichung nicht ohne Zutun des Schuldners, sondern durch seine Erfüllungshandlung eintritt.

b) Im konkreten Fall sah das OLG Köln in der lebzeitigen Übertragung eine derartige Doppelerfüllung. Das alternativ zugunsten der Töchter R und U angeordnete Hauptvermächtnis über das Hausgrundstück sei durch die lebzeitige Übertragung auf R nicht unwirksam geworden (§ 2171 Abs. 1 BGB). Vielmehr habe die Erblasserin nicht nur die Schenkung, sondern auch das Vermächtnis im Voraus erfüllt. Mit diesem Ansatz konnte das OLG Köln die unliebsamen Rechtsfolgen des § 2171 Abs. 1 BGB bei belasteten Stückvermächtnissen umgehen. Unliebsam sind diese Rechtsfolgen deshalb, weil die gemäß § 2171 Abs. 1 BGB eintretende Unwirksamkeit des Hauptvermächtnisses beim Untervermächtnis – abgesehen vom Eingreifen des § 2169 Abs. 1 BGB – nicht ebenfalls zur Unwirksamkeit führt, sondern lediglich zur Folge hat, dass sich die Beschwerdestellung beim Untervermächtnis auf den Erben verlagert (§ 2162 BGB); denn der Hauptvermächtnisnehmer kann als bloß lebzeitig Beschenkter nicht mehr Ver-

mächtnisbeschwerter sein (§ 2147 BGB).⁵ Diese Verlagerung der Beschwerdestellung dürfte dem Erblasserwillen in aller Regel widersprechen, insbesondere wenn der lebzeitig Begünstigte – wie im Fall des OLG Köln – lediglich Miterbe wird oder der Erblasser zum Erben eine völlig andere Person eingesetzt hat (und der Nachlass wegen der lebzeitigen Übertragung nicht mehr werthaltig ist).

c) Damit das Untervermächtnis bestehen bleibt, darf es aber freilich aus Anlass der lebzeitigen Übertragung nicht (konkulent) aufgehoben worden sein. An eine konkludente Aufhebung dürften dabei hohe Anforderungen zu stellen sein. Denn grundsätzlich sind Stückvermächtnisse nicht unter der auflösenden Bedingung der lebzeitigen Leistung angeordnet. Auch kann nicht ohne Weiteres von dem Abschluss eines Zuwendungsverzichtsvertrags mit dem Begünstigten aus Anlass der Übertragung ausgegangen werden (§§ 2352, 2348 BGB).⁶ Im Fall des OLG Köln war in der notariellen Urkunde zwar festgelegt, dass „keine weiteren Gegenleistungen“ geschuldet wurden. Dies rechtfertigte aber weder die Annahme, dass das Untervermächtnis aufgehoben worden sei, noch den Rückschluss auf einen Zuwendungsverzichtsvertrag.⁷ Von einer doppelten Tilgungsbestimmung konnte das OLG Köln dagegen ausgehen, obwohl die Beteiligten in der Schenkungsurkunde nicht ausdrücklich auf das Vermächtnis Bezug genommen hatten. Denn eine derartige Tilgungsbestimmung liegt bei belasteten Stückvermächtnissen schon dann nahe, wenn der Beschenkte die Vermächtnisanordnung kennt.⁸ Lebzeitige Gegenleistungen sind dabei unschädlich, sofern sie nur „Entgelt“ für die vorgezogene Übertragung sind.⁹

3. So sehr die Ausführungen des OLG Köln zur Vorausleistung auf das Hauptvermächtnis überzeugen, so viele Fragen bleiben mit Blick auf die dogmatische Einordnung der alternativen Zuwendung des Hausgrundstücks an die Töchter R und U und die erbvertragliche Bindung an dieses Grundstücksvermächtnis offen.

a) Keine Ausführungen enthält die Entscheidung bereits zu der Frage, ob die alternative letztwillige Zuwendung des Hausgrundstücks an die Töchter R und U dogmatisch als zwei bedingte Vorausvermächtnisse (§§ 2150, 2177 BGB) oder als Bestimmungsvorausvermächtnis im Sinne der §§ 2150, 2151, 2152 BGB einzuordnen war. Wäre man dieser Frage nachgegangen, hätte man wohl eher von zwei separaten und jeweils alternativ bedingten Vorausvermächtnissen ausgehen müssen (§§ 2150, 2177 BGB). Hierfür spricht, dass die Ehegatten die Anfallbedingungen abschließend formuliert hatten (Zahlungskräflichkeit, Kinderzahl, Los) und weder dem Beschwersten noch einem Dritten die Möglichkeit einer Auswahlentscheidung gelassen hatten (§§ 2151, 2152 BGB). Ähnlich fragwürdig sind die Ausführungen des OLG Köln zur erbvertraglichen Bindung. Denn im Grundsatz geht das OLG Köln davon aus, dass die Ehegatten die Vorausvermächtnisanordnungen erbvertraglich bindend getroffen hatten (§ 2278 BGB). Hierzu passen allerdings die Ausführungen zur Bestimmungsmöglichkeit der überlebenden Ehegattin nicht. Denn folgerichtig wäre es in Anbetracht dieser erbvertraglichen Bindung gewesen, wenn die Erblasserin nach dem Vorversterben ihres Ehemannes keine Auswahl zwischen den

¹ Planck, BGB, 3. Aufl. 1908, § 2174 Anm. 4; RGRK/Johannsen, BGB, 12. Aufl. 1975, § 2174 Rdnr. 15.

² Kuchinke, JZ 1983, 483, 484 f.; Staudinger/Otte, BGB, Stand 2013, § 2174 Rdnr. 29; NK-BGB/J. Mayer, 4. Aufl. 2014, § 2174 Rdnr. 20; daneben gibt es noch Sonderkonstellationen wie zum Beispiel Geldwertvermächtnisse, die sich an dem Nachlasswert orientieren. Bei derartigen Vermächtnissen sollen Gegenstände, die dem Beschwersten lebzeitig zugewandt wurden, bei dem Umfang des Vermächtnisses grundsätzlich nicht zu berücksichtigen sein (OLG Oldenburg, Urteil vom 13.7.1999, 5 U 54/99, FamRZ 2000, 852).

³ OLG Hamm, Urteil vom 14.7.1995, 10 U 17/95, MDR 1995, 1236.

⁴ BeckOK-BGB/Müller-Christmann, Stand 1.5.2014, § 2174 Rdnr. 14; NK-BGB/J. Mayer, BGB, 4. Aufl. 2014, § 2174 Rdnr. 20; Staudinger/Otte, BGB, § 2174 Rdnr. 29; Kuchinke, JZ 1983, 483, 485 f.; a. A. OLG München, Urteil vom 20.6.1989, 25 U 2632/88, NJW-RR 1989, 1410.

⁵ JurisPK-BGB/Reymann, 7. Aufl. 2014, § 2147 Rdnr. 12.

⁶ OLG München, Urteil vom 20.6.1989, 25 U 2632/88, NJW-RR 1989, 1410; Staudinger/Otte, BGB, § 2174 Rdnr. 29; a. A. RGRK/Johannsen, § 2174 Rdnr. 15.

⁷ Vgl. Lützenburger, FD-ErbR 2014, 358876.

⁸ Vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 19.6.1996, 19 U 163/95, ZEV 1997, 295, 296; Skibbe, ZEV 1997, 297.

⁹ NK-BGB/J. Mayer, 4. Aufl. 2014, § 2174 Rdnr. 20.

Töchtern U und R hinsichtlich der Hauptvermachnisbegünstigung mehr hätte treffen können. Trotzdem gestand das OLG Köln der Erblasserin das Recht zu, diese Auswahl aus Anlass der Übertragung willkürlich vorzunehmen.

Hierbei ließ das Gericht außer Acht, dass die Ehegatten ursprünglich gemeinsam den Kriterienkatalog aufgestellt hatten (Zahlungskraftigkeit, Kinderzahl, Los). Qualifiziert man diesen Katalog als aufschiebende Bedingungen der Vermächtnisanordnung, partiierte er aber gemeinsam mit dem jeweiligen Vermächtnis an der erbvertraglichen Bindung (§ 2278 Abs. 2 BGB). Selbst wenn die Erblasserin im Übertragungsvertrag die Auswahl zwischen den Töchtern U und R hätte treffen wollen, hätte ihr daher wohl die für die Abfassung eines Änderungstestaments notwendige Verfügungsbefugnis gefehlt (§ 2289 BGB). Zwar hätte sie von dem Änderungsvorbehalt gegebenenfalls Gebrauch machen können, der den überlebenden Ehegatten legitimierte, einseitig „anderweitige Verfügungen bis zu einem [sic!] Viertel seines gesamten Nachlasses“ vorzunehmen. Auf diesen Änderungsvorbehalt hatte die Erblasserin jedoch bereits teilweise in ihrem einseitigen Testament aus dem Jahre 2008 zurückgegriffen. Ob sie sich im Übrigen trotzdem einseitig über den gemeinsam angeordneten Kriterienkatalog einfach hinwegsetzen konnte (Zahlungskraftigkeit, Kinderzahl, Los), ist zumindest fraglich.

b) Wäre nach dem – unterstellt erbvertraglich bindenden – „Kriterienkatalog“ dagegen die Tochter U Hauptvermachnisnehmerin geworden, hätte die Erblasserin zu Lebzeiten schlichtweg an die falsche Hauptvermachnisaspirantin geleistet. Tochter U hätte in diesem Fall nach dem Erbfall in Erfüllung des Hauptvermachnisses Übertragung des Hausgrundstücks verlangen können, vorausgesetzt bei dem Hauptvermachnis handelte sich um ein Verschaffungsvermachnis (§§ 2169 Abs. 1, 2170 Abs. 1 BGB) bzw. vorausgesetzt, die Erblasserin hatte bei der lebzeitigen Veräußerung an die Tochter R mit Beeinträchtigungsabsicht im Sinne des § 2288 Abs. 2 BGB gehandelt. Die Durchsetzung dieses Anspruchs hätte freilich Probleme bereitet, weil die beschenkte Tochter R das Hausgrundstück bereits ein halbes Jahr nach dem Erbfall gegen Zahlung von 180.000 € an einen Dritten weiterveräußert hatte. Hätte deswegen die Hauptvermachnisnehmerin U die Erfüllung des Hauptvermachnisses unter Vornahme aller zumutbaren Anstrengungen nicht durchsetzen können und wäre trotzdem von ihren Schwestern außerhalb des Prozesses hinsichtlich der Geldzahlung aus den Untervermachnissen in Anspruch genommen worden, hätte sie sich gegenüber ihren Schwestern zumindest auf das Haftungsprivileg nach § 2187 BGB berufen können.

4. In der Gesamtschau bildet die Entscheidung des OLG Köln ein gutes Beispiel dafür, dass § 2171 Abs. 1 BGB auf belastete Stückvermachnisse, auf die zu Lebzeiten bereits im Voraus geleistet worden ist, bei entsprechender Interessenlage keine Anwendung finden kann. Wesentliche Aspekte der erbvertraglichen Bindungswirkung lässt das Gericht bei seiner rechtlichen Würdigung jedoch unberücksichtigt. Die eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde beim BGH blieb trotzdem erfolglos (BGH, IV ZR 294/13).

Notarassessor PD Dr. *Christoph Reymann*, LL.M. Eur.,
Würzburg

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

12. ZPO § 543 Abs. 2 (*Keine Übertragung der Hauptversammlung in Vor- und Nebenräume*)

Wird die Hauptversammlung in andere Räume als den eigentlichen Versammlungsraum nicht übertragen, wird das Teilnahmerecht des anwesenden Aktionärs selbst dann nicht beeinträchtigt, wenn die Übertragung in einen sog. Präsenzbereich angekündigt worden ist. Eine Übertragung der Hauptversammlung in Vor- und Nebenräume wie den Catering-Bereich, Raucherecken o. Ä. wird aktienrechtlich nicht verlangt. Wenn eine zugesagte Übertragung in solche Räume nicht stattfindet, kann der Aktionär dies beim Verlassen des Versammlungsraums unschwer erkennen. Er kann sich dann selbst entscheiden, ob er in den Versammlungsraum zurückkehren will.

(**Leitsatz der Schriftleitung**)

BGH, Beschluss vom 8.10.2013, II ZR 329/12

Aus den Gründen:

Die Nichtzulassungsbeschwerden der Kläger gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des OLG Frankfurt a. M. vom 2.10.2012 werden zurückgewiesen, weil keiner der im Gesetz (§ 543 Abs. 2 ZPO) vorgesehenen Gründe vorliegt, nach denen der Senat die Revision zulassen darf. Der Rechtsstreit der Parteien hat weder grundsätzliche Bedeutung, noch erfordert er eine Entscheidung des Revisionsgerichts zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung. Der Senat hat die Verfahrensrügen geprüft und für nicht durchgreifend erachtet.

Insbesondere besteht kein Zulassungsgrund zur behaupteten unzureichenden Beschallung des Catering-Bereichs der Hauptversammlung. Wird die Hauptversammlung in andere Räume als den eigentlichen Versammlungsraum nicht übertragen, wird das Teilnahmerecht des anwesenden Aktionärs selbst dann nicht beeinträchtigt, wenn die Übertragung in einen sog. Präsenzbereich angekündigt worden ist. Eine Übertragung der Hauptversammlung in Vor- oder Nebenräume wie den Catering-Bereich, Raucherecken o. ä. wird aktienrechtlich nicht verlangt. Wenn eine zugesagte Übertragung in solche Räume nicht stattfindet, kann der Aktionär dies beim Verlassen des Versammlungsraums unschwer erkennen. Er kann sich dann selbst entscheiden, ob er in den Versammlungsraum zurückkehren will. Die Entscheidung des LG München I (AG 2011, 263 und BB 2010, 1111), die durch eine unzureichende Beschallung eines Präsenzbereichs das Teilnahmerecht verletzt sah, ist vereinzelt geblieben (vgl. dagegen OLG München, ZIP 2013, 931, 933; OLG Frankfurt, Beschluss vom 8.2.2006, 12 W 185/05, BeckRS 2006, 01978; MünchKommAktG/*Kubis*, 3. Aufl., § 118 Rdnr. 70 Fn. 160) und führt nicht zu einem grundsätzlichen Klärungsbedarf.

(...)

Anmerkung:

1. Bedeutung der Entscheidung für die notarielle Arbeit

Die Entscheidung des BGH betrifft im Engeren das Teilnahmerecht der Aktionäre an der Hauptversammlung ihrer AG und seine mögliche Verletzung. Für die notarielle Arbeit ist die Entscheidung im Zusammenhang des § 130 AktG von Bedeutung: Gemäß § 130 Abs. 1 Satz 1 AktG trifft den Notar die

Pflicht zur Protokollierung der Hauptversammlung. Hierfür ist erforderlich, dass er die Maßnahmen des Versammlungsleiters und insbesondere die Wortmeldungen der Teilnehmer in ihrer rechtlichen Bedeutung einordnen kann.¹ Außerdem treffen den Notar nach der ganz herrschenden Meinung im Rahmen seiner Begleitung bzw. Überwachung der Hauptversammlung Hinweis- und Prüfpflichten.² Aus diesen Verpflichtungen heraus muss der Notar evidente Verstöße gegen Gesetz und Satzung vermeiden.³

2. Teilnahmerecht der Aktionäre

Das Teilnahmerecht an den Versammlungen ist die Voraussetzung zur Ausübung der Aktionärsrechte in den Hauptversammlungen (§ 118 Abs. 1 Satz 2 AktG). Es steht grundsätzlich jedem Aktionär zu, auch Inhabern stimmrechtsloser Vorzugsaktien (§ 140 Abs. 1 AktG), Inhabern nicht voll eingezahlter Aktien (§ 134 Abs. 2 AktG) und Aktionären, die einem Stimmverbot unterliegen (§ 136 Abs. 1 AktG).

Die Verletzung des Teilnahmerechts ist als Anfechtungsgrund (§ 243 Abs. 1 AktG) angesehen.⁴ Der in seinem Teilnahmerecht verletzte Aktionär ist anfechtungsbefugt (§ 245 Nr. 2 Alt. 1 AktG). § 245 Nr. 2 Alt. 1 AktG gilt dabei dem Wortlaut nach für die unberechtigte Verweigerung der Zulassung zur Hauptversammlung. Erfasst sein muss aber auch der Fall, in dem das Recht zur Teilnahme nur in Teilaspekten oder nur für einen bestimmten Zeitraum unberechtigt verweigert wird.⁵ Der Aktionär muss in diesen Fällen alle, auch solche Beschlüsse, die vor seiner Behinderung gefasst worden sind, anfechten können. Denn durch den unberechtigten Teilausschluss wird ihm die Möglichkeit genommen, zu den zuvor gefassten Beschlüssen einen Widerspruch zu erklären (was ihm bis zum Ende der Hauptversammlung möglich ist⁶),⁷ wodurch er letztlich, wenn man ihn als anwesenden Aktionär behandelt (§ 245 Nr. 1 AktG), seine Anfechtungsbefugnis verlieren würde.

Ob Maßnahmen des Versammlungsleiters bzw. der AG eine Verletzung des Teilnahmerechts bewirken, hängt davon ab, welcher Inhalt dem Teilnahmerecht zukommt (3.) und welche Schranken ihm gesetzt sind (4.). Nur eine Einschränkung des Inhalts, die keine zulässige Schranke mehr ist, kann eine Verletzung des Teilnahmerechts darstellen. Das ist für die Nichtübertragung der Hauptversammlung trotz anderslautender Ankündigung zu überprüfen (5.)

3. Inhalt des Teilnahmerechts

Das Teilnahmerecht ist das Recht auf Präsenz in der Hauptversammlung. Es erstreckt sich auf das Antrags- und das Rederecht. Zuweilen wird der Inhalt sehr detailliert darge-

¹ Siehe außerdem *Priester*, DNotZ 2001, 661, 667.

² OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.3.2003, 16 U 79/02, MittBayNot 2003, 399, 402; OLG Hamburg, Urteil vom 8.8.2003, 11 U 45/03, NZG 2003, 978, 979; Hanseatisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 7.5.1993, 2 Wx 55/91, MittBayNot 1994, 80 m. w. N.; *Hüffer*, AktG, 10. Aufl. 2012, § 130 Rdnr. 12; *Spindler/Stilz/Wicke*, AktG, 2. Aufl. 2010, § 130 Rdnr. 28 m. w. N.; zurückhaltender indes *Priester*, DNotZ 2001, 661, 669.

³ OLG Düsseldorf, Urteil vom 28.3.2003, 16 U 79/02, MittBayNot 2003, 399, 402; OLG Hamburg, Urteil vom 8.8.2003, 11 U 45/03, NZG 2003, 978, 979; *Hüffer*, a. a. O. (Fn. 2), § 130 Rdnr. 12; *Wicke*, a. a. O. (Fn. 2), § 130 Rdnr. 28 m. w. N.

⁴ *Hüffer*, a. a. O. (Fn. 2), § 118 Rdnr. 12; MünchKommAktG/*Kubis*, 3. Aufl. 2013, § 118 Rdnr. 71.

⁵ BGH, Urteil vom 11.11.1965, II ZR 122/63, NJW 1966, 43, 44.

⁶ *K. Schmidt/Lutter/Schwab*, AktG, 2. Aufl. 2010, § 245 Rdnr. 15 m. w. N.

⁷ *Schwab*, a. a. O. (Fn. 6), § 245 Rdnr. 21.

stellt: So werden das Recht auf ungehinderten Zugang zum Versammlungsraum sowie auf den Aufenthalt darin bis zum Versammlungsende als Ausgestaltungen der Präsenz gesehen.⁸ Diese Ausgestaltungen setzen es voraus, dass der Zugang zum Versammlungsraum ohne größere Schwierigkeiten auffindbar ist und auch physisch (für behinderte Personen) zu bewältigen ist.⁹ Dazu gehöre es auch, dass keine überlangen Wartezeiten am Eingang gegeben sind.¹⁰ Bei all diesen Aspekten handelt es sich indes nur um Ausprägungen des Grundgedankens, dass dem Aktionär die ungehinderte Teilnahme möglich sein muss, damit er seine weiteren Rechte in der Hauptversammlung ausüben kann (§ 118 Abs. 1 Satz 1 AktG).

4. Schranken des Teilnahmerechts

Die sachgerechte Leitung und Durchführung einer Hauptversammlung erfordern eine Ordnung, die durch den Zweck der Hauptversammlung bestimmt wird, die Tagesordnung sachgemäß abzuwickeln.¹¹ Allein dieser Zweck erlaubt aber keine Beschränkung des Teilnahmerechts. Stört aber ein Aktionär diese Ordnung, liegt darin ein Missbrauch seiner Rechte und er muss sich einen Eingriff in diese gefallen lassen.¹² Daraus ergibt sich die allgemeine Ordnungsgewalt des Hauptversammlungsleiters.¹³

Beschränkungen des Teilnahmerechts können sich auch aus organisatorischen Umständen ergeben. Eine solche kann aus der Ungeeignetheit des Versammlungsraums folgen.¹⁴ Dieser ist ungeeignet, wenn die Beleuchtung, Beschallung oder Belüftung unzureichend sind.¹⁵ Gleiches gilt für die Beheizung¹⁶ oder wenn es an einer ausreichenden Zahl von Sitzplätzen fehlt.¹⁷ Diese genannten Beschränkungen sind regelmäßig unzulässig. Die Bestimmungen von Inhalten und Schranken des Teilnahmerechts gehen dabei miteinander einher: Jede Ausgestaltung der Hauptversammlung kann die Teilnahme fördern, behindern oder dafür ohne Bedeutung sein. Ob eine bestimmte organisatorische Ausgestaltung im Einzelfall zulässig oder unzulässig ist, muss sich an dem Grundgedanken messen lassen, dass dem Aktionär durch das Teilnahmerecht die Verfolgung der Hauptversammlung ermöglicht werden muss, um vor allem seine weiteren mitgliedschaftlichen Rechte ausüben zu können. Nur wenn ein organisatorisches Element hier eine Behinderung bewirkt, liegt eine unzulässige Verletzung des Teilnahmerechts vor.

5. Die fehlende Tonübertragung innerhalb der Präsenzzone

a) Versammlungsort und Versammlungsraum

Der BGH hatte mit dem vorliegenden Beschluss entschieden, dass die unzureichende Beschallung des Catering-Bereichs der Hauptversammlung das Teilnahmerecht des Aktionärs

⁸ *Kubis*, a. a. O. (Fn. 4), § 118 Rdnr. 65.

⁹ *Kubis*, a. a. O. (Fn. 4), § 118 Rdnr. 65; vgl. auch *Hölters/Drinhausen*, AktG, 1. Aufl. 2011, § 118 Rdnr. 34.

¹⁰ *Kubis*, a. a. O. (Fn. 4), § 118 Rdnr. 65.

¹¹ BGH, Urteil vom 11.11.1965, II ZR 122/63, NJW 1966, 43, 44.

¹² BGH, Urteil vom 11.11.1965, II ZR 122/63, NJW 1966, 43, 44.

¹³ Vgl. *Hüffer*, a. a. O. (Fn. 2), § 129 Rdnr. 20; *Kubis*, a. a. O. (Fn. 4), § 119 Rdnr. 121.

¹⁴ *Kubis*, a. a. O. (Fn. 4), § 119 Rdnr. 121; *K. Schmidt/Lutter/Spindler*, AktG, 2. Aufl. 2010, § 118 Rdnr. 25; *Spindler/Stilz/Hoffmann*, AktG, 2. Aufl. 2010, § 118 Rdnr. 15; *Drinhausen*, a. a. O. (Fn. 9), § 118 Rdnr. 34.

¹⁵ *Kubis*, a. a. O. (Fn. 4), § 119 Rdnr. 121.

¹⁶ *Spindler/Stilz/Rieckers*, AktG, 2. Aufl. 2010, § 121 Rdnr. 78.

¹⁷ *Rieckers*, a. a. O. (Fn. 16), § 121 Rdnr. 78.

nicht verletzt.¹⁸ Der Catering-Bereich war dabei nicht Teil des eigentlichen Versammlungsraums. Eine Bestimmung des „Versammlungsraums“ ergibt sich indes aus dem Gesetz nicht. Nach § 121 Abs. 3 Satz 1 AktG ist in der Einladung der „Ort der Hauptversammlung“ anzugeben. Diese Ortsangabe ist jedenfalls bindend für das ordnungsgemäße Abhalten der Hauptversammlung. Die Beschränkung der ordnungsgemäßen Hauptversammlung auf einen bestimmten Raum wird aber jedenfalls von der Literatur vorausgesetzt, wenn sie davon ausgeht, dass organisatorische Unzulänglichkeiten hinsichtlich des Versammlungsraumes Beschränkungen des Teilnahmerechts sein können.¹⁹ Auch der BGH fokussiert den Versammlungsraum als konkreten Austragungsort, wenn er nun darauf abstellt, dass der Aktionär beim Verlassen des Raumes hätte handeln müssen, wenn er der Hauptversammlung weiter hätte beiwohnen wollen.²⁰ Deutlich wird damit, dass die ordnungsgemäße Durchführung der Hauptversammlung nicht an einen Ort gebunden ist, der durch die Hausanschrift des Gebäudes zu ermitteln ist, sondern an einen speziellen Versammlungsraum, der an dieser Anschrift zu identifizieren ist.²¹ Unbeeinflusst ist davon aber die ordnungsgemäße Einladung zur Hauptversammlung. Der Ort, der in der Einladung gemäß § 121 Abs. 3 Satz 1 AktG zu nennen ist, wird weiterhin durch die postalische Anschrift des Versammlungsortes bestimmt.²²

b) Rechtsverletzung und Rechtsumfang

Der BGH erwähnt nur kurz, dass die Übertragung der Hauptversammlung in einen anderen Raum angekündigt worden sei, der Aktionär bei Nichtübertragung aber nicht in seinen Rechten verletzt würde.²³ Ohne jede Begründung gleich bewertet wurden ähnliche Umstände etwa auch in Entscheidungen des OLG München²⁴ und des OLG Frankfurt²⁵. Eine Rechtsverletzung durch nicht erfolgreiche Übertragung der Hauptversammlung kann dabei aber nicht pauschal bejaht oder verneint werden. Sie hängt zu allererst davon ab, wie diese „Ankündigung“ aussah. Ist nämlich vorgesehen, dass die Versammlung in einen anderen Raum dergestalt übertragen wird, dass die Aktionäre von ihrem Recht der virtuellen Teilnahme gemäß § 118 Abs. 1 Satz 2 AktG Gebrauch machen und wurde das in der Einladung „angekündigt“, führt eine Nichtübertragung schon zu einer unzulässigen Beeinträchtigung ihres Teilnahmerechts. Dafür ist vorliegend aber nichts ersichtlich. Die „Ankündigung“, die der BGH hier zu beurteilen hatte, kann daher nur eine Aussage des Versammlungsleiters zur Erweiterung der Räume gegenüber den veranschlagten Teilnehmeräumen sein. Die Ausführungen des LG München als Vorinstanz bestätigen das: Der Aufsichtsratsvorsitzende erklärte in der Hauptversammlung den Versammlungssaal und das davor liegende Foyer zum Präsenzbereich.²⁶

¹⁸ BGH, Beschluss vom 8.10.2013, II ZR 329/12, ZIP 2013, 2257.

¹⁹ Siehe oben Fn. 14.

²⁰ BGH, Beschluss vom 8.10.2013, II ZR 329/12, ZIP 2013, 2257.

²¹ Ebenso *Rieckers*, a. a. O. (Fn. 16), § 121 Rdnr. 68.

²² OLG Düsseldorf, Urteil vom 12.7.2012, I-6 U 220/11 Tz. 30, BeckRS 2012, 22394; OLG Frankfurt, Beschluss vom 6.4.2009, 5 W 7/09 Tz. 24, BeckRS 2009, 11396; *Hüffer*, a. a. O. (Fn. 2), § 121 Rdnr. 9; *Rieckers*, a. a. O. (Fn. 16), § 121 Rdnr. 23; *K. Schmidt/Lutter/Ziemons*, AktG, 2. Aufl. 2010, § 121 Rdnr. 36.

²³ BGH, Beschluss vom 8.10.2013, II ZR 329/12, ZIP 2013, 2257.

²⁴ OLG München, Beschluss vom 10.4.2013, 7 AktG 1/13, AG 2013, 527, 528.

²⁵ OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 8.2.2006, 12 W 185/05, NJOZ 2006, 870, 879; folgend in der Einschätzung auch *Münch-KommAktG/Kubis*, 3. Aufl. 2013, § 118 Rdnr. 70 dort Fn. 160.

²⁶ LG München I, Schlussurteil vom 1.4.2010, 5 HKO 12554/09, AG 2011, 263.

Das LG hatte dazu (anders als der BGH) angenommen, dass die AG die Teilnahmemöglichkeit in dem gesamten Bereich ermöglichen müsste, der vom Versammlungsleiter als Präsenzbereich definiert wird.²⁷ Nur so könne er – vereinfacht gesagt – dergestalt teilnehmen, dass er seine weiteren Rechte ausüben kann.²⁸ Es gelangte deshalb bei Ausfall der Übertragung zu einer Rechtsverletzung. Die bedeutende Aussage des LG ist dabei, dass der Versammlungsleiter eine Erweiterung der Inhalte des Teilnahmerechts vornehmen kann und eine Nichteinhaltung dieser Erweiterung eine Verletzung des Teilnahmerechts darstellt.

Der BGH hält dem nun entgegen, dass eine Übertragung in andere Räume als den Versammlungsraum aktienrechtlich nicht geboten sei.²⁹ Damit trifft er aber noch keine ausdrückliche Aussage darüber, welche Folgen sich ergeben, wenn die AG (durch den Versammlungsleiter) trotzdem eine solche Erweiterung vornimmt. Wenn der BGH weiter ausführt, dass der Aktionär es erkennen könne, wenn eine zugesicherte Erweiterung nicht stattfindet und dann, wenn er der Versammlung weiter folgen möchte, in den eigentlichen Versammlungsraum zurückkehren müsse,³⁰ nimmt der BGH den Aktionär in Verantwortung. Diese Inverantwortungnahme kann aber nur Bedeutung haben, wenn der BGH der Ankündigung des Versammlungsleiters zuvor Bedeutung zumisst. Andernfalls bedürfte es überhaupt keiner Überlegungen zum Verhalten des Aktionärs. Aus der Darstellung des BGH muss daher gefolgert werden, dass Aussagen des Versammlungsleiters zur Durchführung der Hauptversammlung Bedeutung für das Teilnahmerecht haben: Der Versammlungsleiter kann den Inhalt des Teilnahmerechts erweitern. Befugt zur Erweiterung kann er aber (wenn keine anderweitige Satzungsregel Wirkung entfaltet) ganz allgemein nur in engen Grenzen sein: Er muss sich bei der Erweiterung in dem Rahmen halten, den er für eine sachgemäße Abwicklung der Tagesordnung für erforderlich hält. Das ist die allgemeingültige Richtschnur für sein Verhalten.³¹ Ob er diese Beschränkung einhält, kann dabei aber nur in seinem Verhältnis zur Gesellschaft Bedeutung haben. Räumt er eine Erweiterung von Rechten ein, die nicht sachgemäß ist, müssen sich die Aktionäre darauf verlassen können. Es kommt also nicht darauf an, ob das Teilnahmerecht im Rahmen der Befugnisse des Versammlungsleiters erweitert wird. Wird es (zulässig oder unzulässig) durch den Versammlungsleiter erweitert und wird die Erweiterung des Teilnahmerechts dann verletzt, etwa indem sie nicht durchgeführt wird, werden die Aktionäre in ihrem Teilnahmerecht verletzt und sind anfechtungsbefugt gemäß § 245 Nr. 2 Alt. 1 AktG.

6. Schlussfolgerungen

Indem der BGH den Aktionär dafür zur Verantwortung ruft – er hätte ja erkennen können, dass die zugesicherte Erweiterung nicht stattfindet – verlagert er einen Teil des Risikos auf den Aktionär. Wird diesem eine Zusicherung des Teilnahmerechts gegenüber ausgesprochen, kann er aber erkennen, dass diese nicht erfolgt, muss er sich selbst um die Wahrung seiner Rechte bemühen. Das geschieht nach dem BGH nicht durch einen Widerspruch und eine folgende Anfechtung, sondern dadurch, dass der Aktionär sich auf das beschränkt, was ihm

²⁷ LG München I, Schlussurteil vom 1.4.2010, 5 HKO 12554/09, AG 2011, 263.

²⁸ LG München I, Schlussurteil vom 1.4.2010, 5 HKO 12554/09, AG 2011, 263.

²⁹ BGH, Beschluss vom 8.10.2013, II ZR 329/12, ZIP 2013, 2257.

³⁰ BGH, Beschluss vom 8.10.2013, II ZR 329/12, ZIP 2013, 2257.

³¹ BGH, Urteil vom 11.11.1965, II ZR 122/63, NJW 1966, 43, 44, 46.

ohne die Erweiterung zusteht. Der Aktionär kann damit nicht das Fehlen von Rechten rügen, die ihm für ihn erkennbar nicht zustehen. Diese Einschränkung muss nachdenklich stimmen. Schließlich wird damit das strenge Regime einer ordnungsgemäßen Hauptversammlung gelockert. Die Sorgfalt zur Durchführung der Hauptversammlung, die vom Versammlungsleiter zu verlangen ist, wird geschmälert. Es genügt, die Hauptversammlung im Kern ordnungsgemäß durchzuführen. So kann auch das Feststellen von Übertragungsfehlern die Versammlung nicht zur Unterbrechung zwingen, wenn eine Übertragung nicht „geschuldet“ wird. Letztlich wird dem Aktionär damit ein Teil der Verantwortung für die Hauptversammlung zugewiesen. Von der aktienrechtlichen Konzeption betrachtet, trifft aber die Verantwortlichkeit für die Durchführung die Gesellschaft. Da erscheint es nur bedingt tröstend, die Verantwortung des Aktionärs aus seiner „Verpflichtung zur ordentlichen Teilnahme“ herzuleiten. Denn der Rahmen dafür wird von der Gesellschaft bestimmt. Auf der anderen Seite wird natürlich Rechtssicherheit dadurch besorgt, dass Hauptversammlungsbeschlüsse weniger leicht anfechtbar sind und die Praxis der Hauptversammlung damit erleichtert wird. Dieses Anliegen erscheint voll und ganz nachvollziehbar, wenn man sich vor Augen führt, dass die entschiedene Konstellation räuberische Aktionäre geradezu auf den Plan ruft: Die Steckverbindungen von Lautsprecheranlagen zur Tonübertragung scheinen sich doch gelegentlich spontan zu lösen, so dass der Versammlungsleiter das überhaupt nicht erkennen kann. Dieser Umstand als Beispiel praktischer Probleme kann aber nicht die Orientierungshilfe für das Auffinden richtiger Entscheidungen sein. Eine Entscheidung muss sich anhand der Rolle der mitgliedschaftlichen Rechte der Aktionäre, der Hauptversammlung als Ausübungsort dieser Rechte (§ 118 Abs. 1 Satz 1 AktG) und der Durchführung dieser Hauptversammlung durch den Versammlungsleiter finden lassen. Dem BGH ist daher nicht in die Richtung zu folgen, die er einschlägt, wenn er den ordentlichen und ernsthaften Ablauf der Hauptversammlung dadurch auflockert, dass er die Verantwortung des Versammlungsleiters (und damit der AG) für die organisatorischen Maßnahmen einschränkt. Vielmehr wäre wünschenswert gewesen, wenn er das Verhalten räuberischer Aktionäre auf andere Weise und auf den Einzelfall bezogen behandelt hätte, dabei aber die Grundprinzipien der ordnungsgemäßen Hauptversammlung unangetastet gelassen hätte.

Wiss. Mitarbeiter *Lukas Beck*,
Universität Würzburg

13. GmbHG § 40 Abs. 1 Satz 1 (*Aufnahme eines Hinweises auf eine angeordnete Testamentsvollstreckung in einer eingereichten Gesellschafterliste*)

1. **Das Registergericht darf eine bei ihm eingereichte Gesellschafterliste darauf prüfen, ob sie den Anforderungen des § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG entspricht.**
2. **Es steht nicht im Belieben der Beteiligten, den Inhalt der von ihnen eingereichten Gesellschafterliste abweichend von den gesetzlichen Vorgaben um weitere, ihnen sinnvoll erscheinende Bestandteile zu ergänzen. Es können grundsätzlich nur solche Tatsachen und Rechtsverhältnisse aufgenommen werden, deren Eintragung gesetzlich vorgesehen ist; darüber hinausgehende Eintragungen sind nur zulässig, wenn ein erhebliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs an der entsprechenden Information besteht.**

3. In einer nach § 40 Abs. 1 GmbHG einzureichenden Gesellschafterliste ist ein Zusatz, wonach in Bezug auf einen Gesellschaftsanteil Testamentsvollstreckung angeordnet ist, unzulässig (Abgrenzung zu BGH, FGPrax 2012, 121).

OLG Köln, Beschluss vom 21.7.2014, 2 Wx 191/14; mitgeteilt von *Werner Sternal*, Richter am OLG Köln

Die Beteiligte zu 2 ist im Handelsregister des AG Bonn eingetragen. Die derzeit aktuelle, am 3.2.2012 veröffentlichte Gesellschafterliste weist drei Geschäftsanteile mit Stammeinlagen von 25.000 € (Geschäftsanteil Nr. 1) sowie jeweils 250 € (Geschäftsanteile Nr. 2 und 3) aus. Über die Geschäftsanteile Nr. 2 und 3 ist Dauertestamentsvollstreckung angeordnet; Testamentsvollstrecker ist der Beteiligte zu 1. In der Folgezeit monierte die Rechtspflegerin des Registergerichts in einem telefonischen Hinweis das Fehlen von Angaben zur Testamentsvollstreckung in der aktuellen Gesellschafterliste. Der Beteiligte zu 1 reichte daraufhin in seiner Eigenschaft als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der Beteiligten zu 2 am 26.2.2014 und erneut in elektronischer Form am 18.3.2014 eine neue Gesellschafterliste ein, die über den Inhalt der bisherigen Liste hinaus die Angabe enthält, dass für die Geschäftsanteile zu 2 und 3 Testamentsvollstreckung besteht; zugleich ist die Person des Testamentsvollstreckers angegeben. Das Registergericht wies mit Beschluss vom 7.5.2014 den Antrag auf Einstellung und Veröffentlichung der am 18.3.2014 eingereichten Gesellschafterliste zurück. Gegen diesen Beschluss hat die Beteiligte zu 2 Beschwerde eingelegt. Das AG hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

(...)

2. Das Rechtsmittel hat allerdings in der Sache selbst keinen Erfolg. Das AG hat es zu Recht abgelehnt, die am 18.3.2014 eingereichte Gesellschafterliste zum Registerordner zu nehmen.

a) Gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG haben die Geschäftsführer einer GmbH unverzüglich nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter zum Handelsregister einzureichen, aus welcher Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort der letzteren sowie die Nennbeträge und die laufenden Nummern der von einem jeden derselben übernommenen Geschäftsanteile zu entnehmen sind. Obwohl das Registergericht insoweit nur Verwahrstelle ist, darf es eine bei ihm danach eingereichte Gesellschafterliste jedenfalls darauf prüfen, ob sie den Anforderungen des § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG entspricht. Dabei steht es mit Rücksicht auf den auch insoweit geltenden Grundsatz der Registerklarheit nicht im Belieben der Beteiligten, den Inhalt der von ihnen eingereichten Gesellschafterliste abweichend von den gesetzlichen Vorgaben um weitere, ihnen sinnvoll erscheinende Bestandteile zu ergänzen (BGH, FGPrax 2012, 26; OLG München, FGPrax 2009, 277; OLG München, FGPrax 2012, 37; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, 20. Aufl., § 40 Rdnr. 75). Für den zulässigen Inhalt einer Gesellschafterliste im Sinne der § 8 Abs. 1 Nr. 3, § 40 Abs. 1 GmbHG gilt insoweit nichts anderes als für Eintragungen im Handelsregister selbst. Dort können aber grundsätzlich nur solche Tatsachen und Rechtsverhältnisse aufgenommen werden, deren Eintragung gesetzlich vorgesehen ist; darüber hinausgehende Eintragungen sind nur zulässig, wenn ein erhebliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs an der entsprechenden Information besteht (BGH, NJW 1998, 1071; BGH, FGPrax 2012, 121, m. w. N.). Dabei ist mit Rücksicht auf die strenge Formulierung des Registerrechts mit gesetzlich nicht

vorgesehenen Eintragungen Zurückhaltung geboten (BGH, NJW 1998, 1071).

b) Die Frage, ob vor diesem Hintergrund in eine Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 1 GmbHG ein Testamentsvollstreckervermerk aufgenommen werden kann, ist umstritten. Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum wird sie teilweise bejaht, weil hierfür im Hinblick auf einen andernfalls möglichen gutgläubigen Erwerb vom nicht verfügungsbefugten Erben ein erhebliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs bestehe (so etwa *Staudinger/Reimann*, Stand 2012, Vorbem. §§ 2197 ff. Rdnr. 105 a; *Scholz/Seibt*, GmbHG, 11. Aufl., § 40 Rdnr. 27; *MünchKommGmbHG/Heidinger*, § 40 Rdnr. 69; *Zinger/Urlich-Erber*, NZG 2011, 286, 287 f.). Andere Autoren verneinen zwar ein erhebliches Bedürfnis im dargelegten Sinne, halten aber gleichwohl die Aufnahme weiterer Angaben – und damit auch eines Testamentsvollstreckervermerks – für unschädlich und damit zulässig (*Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, 20. Aufl., § 40 Rdnr. 15 b; ähnlich *Jeep*, NJW 2012, 658, 660). Demgegenüber hält die Gegenauffassung (*Ulmer/Päffgen*, GmbHG, 2. Aufl., § 40 Rdnr. 44 f.; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 18. Aufl., § 40 Rdnr. 7 c; *Roth/Altmeyden*, GmbHG, 7. Aufl., § 16 Rdnr. 23; *Wächter*, DB 2009, 159, 161) einen solchen Vermerk für unzulässig. Dem hat sich auch das OLG München (FGPrax 2012, 37) angeschlossen und deshalb die Zurückweisung einer entsprechenden Gesellschafterliste durch das Registergericht bestätigt.

Auch der Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an. Ein im Sinne der oben dargelegten Grundsätze schutzwürdiges Bedürfnis des Rechtsverkehrs, durch das Handelsregister über die angeordnete (Dauer-)Testamentsvollstreckung unterrichtet zu werden, besteht in der hier vorliegenden Fallgestaltung nicht; vor diesem Hintergrund verbietet auch der Grundsatz der Registerklarheit die Aufnahme weiterer Angaben, die gesetzlich nicht vorgesehen sind und für die auch kein erhebliches sonstiges Bedürfnis besteht. Im Einzelnen gilt:

aa) Soweit im vorliegenden Zusammenhang die Auffassung vertreten wird, die Unterrichtung des Rechtsverkehrs über die angeordnete Testamentsvollstreckung sei im Hinblick auf einen andernfalls möglichen gutgläubigen Erwerb des Gesellschaftsanteils vom nicht verfügungsbefugten Gesellschafter-Erben angezeigt (*Staudinger/Reimann*, Bearb. 2012, Vorbem. §§ 2197 ff. Rdnr. 105 a; *Scholz/Seibt*, GmbHG, 11. Aufl., § 40 Rdnr. 27; *MünchKommGmbHG/Heidinger*, § 40 Rdnr. 69; *Zinger/Urlich-Erber*, NZG 2011, 286, 287 f.), liegt dem die Annahme zugrunde, dass das Fehlen eines Testamentsvollstreckervermerks in der Gesellschafterliste die Grundlage für einen gutgläubigen Erwerb bilden könnte (§ 2211 Abs. 2 BGB, § 16 Abs. 3 GmbHG). Dieser Argumentation ist indes die Grundlage entzogen; der BGH hat zwischenzeitlich klargestellt, dass die Gesellschafterliste keinen Vertrauenstatbestand dafür begründet, dass ein Geschäftsanteil frei von Belastungen ist oder der Gesellschafter in seiner Verfügungsmacht über den Geschäftsanteil nicht beschränkt ist (FGPrax 2012, 26, 27 f.). Entgegen der auch von der Beschwerde vertretenen Auffassung ist die Gesellschafterliste also kein Rechtsscheinträger für die negative Tatsache des Fehlens von Verfügungsbeschränkungen. Da es mithin schon keinen Rechtsschein für die uneingeschränkte Verfügungsbefugnis des aus der Gesellschafterliste ersichtlichen Gesellschafters gibt, besteht auch kein Bedürfnis, einen solchen Rechtsschein zu zerstören (*Ulmer/Päffgen*, GmbHG, 2. Aufl., § 40 Rdnr. 44 f.; insoweit wie hier auch *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, 20. Aufl., § 40 Rdnr. 15 b; *Jeep*, NJW 2012, 658, 660). Auch für die im Schrifttum vereinzelt befürwortete Analogie zu § 52 GBO

(*Zinger/Urlich-Erber*, NZG 2011, 286, 287 f.) besteht vor diesem Hintergrund ersichtlich kein Raum.

bb) Entgegen der von der Beschwerde vertretenen Auffassung folgt auch aus der in § 16 Abs. 1 GmbHG angeordneten Legitimationswirkung der Gesellschafterliste gegenüber der Gesellschaft nichts anderes. Danach ist allerdings der Erbe zur rechtswirksamen Ausübung von Gesellschafterrechten (insbesondere also zur Teilnahme an und Abstimmung in der Gesellschafterversammlung) erst nach Aufnahme einer geänderten Gesellschafterliste in das Handelsregister in der Lage (vgl. hierzu etwa *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 20. Aufl., § 16 Rdnr. 17 m. w. N.). Einer entsprechenden Legitimation des Testamentsvollstreckers bedarf es aber nicht. Die Ausübung seiner Rechte hängt nach Wortlaut und Sinn des § 16 Abs. 1 GmbHG nicht davon ab, dass sich die Anordnung der Testamentsvollstreckung und die Person des Testamentsvollstreckers aus der Gesellschafterliste ergeben; er kann die aus dem Gesellschaftsanteil fließenden Rechte vielmehr schon dann ausüben, wenn der Erbe als Gesellschafter in der Gesellschafterliste aufgeführt ist. Soweit der Testamentsvollstreckter darüber hinaus seine Stellung ggf. gegenüber der Gesellschaft nachweisen muss, sieht das Gesetz hierzu das Testamentsvollstreckervermerkzeugnis vor (§ 2368 Abs. 3, § 2365 BGB). Ein Vermerk über die Testamentsvollstreckung in der Gesellschafterliste wäre hingegen zum Nachweis von vornherein nicht geeignet, weil ihm – schon mangels inhaltlicher Prüfung des Registergerichts – keinerlei positive Legitimationswirkung zukäme.

Entgegen der Einschätzung der Beteiligten zu 2 sind deshalb durch das Fehlen des Testamentsvollstreckervermerks schon bei der gebotenen generalisierenden Betrachtung keine vermeidbaren praktischen Schwierigkeiten zu gewärtigen. Nur am Rande sei deshalb angemerkt, dass die Befürchtungen der Beteiligten zu 2 jedenfalls im konkreten Fall eher theoretischer Natur sind (sowohl der Testamentsvollstreckter als auch die mit der Testamentsvollstreckung beschwerten Erben sind zugleich Geschäftsführer der Beteiligten zu 2).

cc) Des Weiteren vermag auch der Hinweis der Beteiligten zu 2 auf § 15a Abs. 3 InsO, wonach ein Gesellschafter im (Sonder-)Fall der Führungslosigkeit der Gesellschaft anstelle der hierzu in erster Linie berufenen Geschäftsführer (§ 15a Abs. 1 InsO) zur Stellung eines Insolvenzantrages verpflichtet ist, nicht zu überzeugen. Der Hinweis geht schon im Ansatz fehl, weil die Pflicht aus § 15a Abs. 3 InsO sehr wohl den mit der Testamentsvollstreckung beschwerten Erbe selbst trifft, während der Testamentsvollstreckter nicht zum Kreis der danach Verpflichteten gehört (vgl. etwa *MünchKomm InsO/Klöhn*, 3. Aufl., § 15a Rdnr. 86; *Marotzke*, ErbR 2010, 115, 120). Seiner Erwähnung in der Gesellschafterliste bedarf es deshalb auch vor diesem Hintergrund nicht. Der von einem Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht verantwortete Inhalt der Beschwerdebegründung zeigt hier vielmehr, dass die Verlautbarung der Testamentsvollstreckung insoweit sogar zu Missverständnissen verleiten könnte.

dd) Soweit der BGH in seinem von der Beschwerde angeführten Beschluss vom 14.2.2012 (FGPrax 2012, 121) ein Informationsbedürfnis des Rechtsverkehrs über die Testamentsvollstreckung an einem Kommanditanteil bejaht hat, sind die dortigen Überlegungen auf den hier vorliegenden Fall der Gesellschaft mit beschränkter Haftung nicht übertragbar. Das dort angesprochene Bedürfnis wird nämlich im Wesentlichen damit begründet, dass sich aus der Anordnung der Testamentsvollstreckung Folgerungen für die Haftung im Außenverhältnis ergeben. Der BGH verweist in diesem Zusammenhang insbesondere darauf, dass im Falle der Testa-

mentsvollstreckung die Eigengläubiger des Gesellschafter-Erben nach § 2214 BGB nicht auf das Nachlassvermögen Zugriff nehmen können. Zudem bestehe ein Interesse des Rechtsverkehrs an der Verlautbarung der Testamentsvollstreckung auch insofern, als der Testamentsvollstrecker nicht berechtigt ist, die Haftsumme des Kommanditisten-Erben zu erhöhen, ohne dessen dadurch ausgelöste persönliche Haftung mittels einer Leistung aus dem Nachlass sogleich auszuschießen. Auch insoweit entfalte die Testamentsvollstreckung eine unmittelbare haftungsrechtliche Außenwirkung (BGH, FGPrax 2012, 121, 122). Eine vergleichbare Situation besteht bei der GmbH, deren Gesellschafter im Außenverhältnis gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft nicht haften (§ 13 Abs. 2 GmbHG), nicht. Dies gilt insbesondere auch in dem von der Beteiligten zu 2 angeführten Fall der Kapitalerhöhung (§ 55 GmbHG); die daraus resultierende Haftung der Gesellschafter nach § 24 GmbHG ist – anders als die vom BGH erörterte Haftung nach §§ 171 ff. HGB – eine Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft. Dementsprechend bestehen entgegen der von der Beteiligten zu 2 vertretenen Auffassung auch keine grundlegenden Bedenken dagegen, die Anordnung der Testamentsvollstreckung im Rahmen der § 106 Abs. 2 Nr. 1, §§ 107, 162 HGB einerseits und der § 8 Abs. 1 Nr. 3, § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG andererseits unterschiedlich zu behandeln (ebenso *Omlor*, DStrR 2012, 306, 307 f.).

ee) Als Rechtfertigung für die Aufnahme des Testamentsvollstreckervermerks in die Gesellschafterliste verbliebe damit allenfalls die vom BGH in der angesprochenen Entscheidung vom 14.2.2012 erwähnte Überlegung, dass aus den Vorschriften der § 106 Abs. 2 Nr. 1, §§ 107, 162 HGB (die für den Inhalt der Eintragung bei der Kommanditgesellschaft eine dem hier maßgeblichen § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG vergleichbare Regelung treffen) ein berechtigtes Interesse des Rechtsverkehrs folge, über diejenigen Personen informiert zu werden, die entscheidenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft haben. Da diesen Einfluss wegen der in §§ 2205, 2211 BGB angeordneten Rechtsfolgen grundsätzlich allein der Testamentsvollstrecker ausüben könne, bestehe ein berechtigtes Interesse des Rechtsverkehrs, nicht nur die Namen der Kommanditisten zu erfahren, sondern auch über angeordnete Testamentsvollstreckung unterrichtet zu werden (BGH, FGPrax 2012, 121, 122). Dies allein kann aus Sicht des Senats aber nicht genügen, ein erhebliches Interesse im eingangs dargelegten Sinne zu begründen. Denn insoweit geht es letztlich nur um das allgemeine Interesse daran zu erfahren, wer innerhalb der betroffenen Gesellschaft „das Sagen hat“; dies reicht auch in anderen Fällen nicht für eine Verlautbarung im Handelsregister aus (so wird zum Beispiel im Falle eines minderjährigen Gesellschafters nur dieser eingetragen, nicht aber sein gesetzlicher Vertreter, vgl. *Krafka/Kühn*, RegisterR, 9. Aufl., Rdnr. 104). Insgesamt ist festzuhalten, dass das Handelsregister nach den gesetzlichen Vorgaben nur über den Rechtsträger selbst Auskunft geben soll. Seine Aufgabe ist es hingegen nicht, ein umfassendes Bild über die Verhältnisse und Beziehungen eingetragener Unternehmen zu geben, da sonst die Gefahr besteht, dass es unübersichtlich würde und seine Funktion letztlich nicht erfüllen könnte (*Krafka/Kühn*, RegisterR, 9. Aufl., Rdnr. 85). Auch der BGH hat die genannte Überlegung in Bezug auf die Kommanditgesellschaft nur ergänzend herangezogen und im Übrigen betont, dass jede Aufnahme von Angaben in des Handelsregister über den gesetzlichen vorgesehenen Inhalt hinaus einer besonderen Rechtfertigung bedarf (BGH, FGPrax 2012, 121) – die hier indes gerade nicht gegeben ist.

(...)

14. GmbHG § 16 Abs. 1, § 40 Abs. 1; UmwG § 131 Abs. 1 Nr. 1; ZPO § 256 Abs. 1 und 2, § 524 (*Mitübergang eines vinkulierten GmbH-Geschäftsanteils bei Abspaltung trotz Vinkulierung*)

- 1. Der Gesellschafter einer GmbH ist im Verhältnis zu dieser für seine Legitimation nicht auf eine gerichtliche Feststellung angewiesen. Diese richtet sich vielmehr nach § 16 Abs. 1 GmbHG. Einer auf Feststellung seiner Gesellschafterstellung gerichteten Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO fehlt deshalb das Feststellungsinteresse.**
- 2. Eine Zwischenfeststellungsklage gemäß § 256 Abs. 2 ZPO kann jedoch zulässig sein.**
- 3. Im Falle einer Abspaltung geht der vom übertragenden Rechtsträger gehaltene Anteil an einer GmbH gemäß § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG als der Teil der im Spaltungs- und Übernahmevertrag vorgesehenen Teilvermögensmasse auf den übernehmenden Rechtsträger über. Das gilt – nach Inkrafttreten des Zweiten Gesetzes zur Änderung des UmwG vom 19.4.2007 – auch im Falle einer satzungsmäßig vorgesehenen Vinkulierung.**

OLG Hamm, Urteil vom 16.4.2014, 8 U 82/13

Die Klägerin zu 1 begehrt gegenüber der Beklagten zu 1 die Feststellung, dass sie deren (Minderheits-)Gesellschafterin ist (Antrag zu 1) und verlangt in Konsequenz dessen, die Verurteilung hauptsächlich der Beklagten zu 1, hilfsweise des Beklagten zu 2 als deren Geschäftsführer, eine Gesellschafterliste zur Aufnahme in das Handelsregister einzureichen, in der sie als Gesellschafterin der Beklagten zu 1 mit einem Nennbetrag von 1.550 € ausgewiesen ist (Antrag zu 2). Darüber hinaus begehrt die Klägerin zu 1 gegenüber der Beklagten zu 1 die weitere Feststellung, dass ihr im Einzelnen näher bezeichnete Gesellschafterrechte zustehen (Antrag zu 3).

(...)

Gründungsgesellschafter der Beklagten zu 1 waren die katholische Propstei Kirchengemeinde B H (im Folgenden nur: Kirchengemeinde) mit einem Anteil am Stammkapital von 97,02 % (50.450 €) und der D e. V. mit einem Anteil am Stammkapital von 2,98 % (1.550 €).

In der Satzung der Beklagten zu 1, auf die im Übrigen Bezug genommen wird, heißt es u. a. wie folgt:

„§ 5 Verfügung über Geschäftsanteile

1. (...)

2. Die Abtretung oder Übertragung von Geschäftsanteilen oder Anteilen von Geschäftsanteilen ist nur an kirchliche Körperschaften zulässig, die als steuerbegünstigt im Sinne der Abgabenordnung anerkannt sind oder öffentlichrechtlichen Status haben. Die Abtretung und Übertragung ist nur mit vorheriger Zustimmung aller Gesellschafter zulässig.

(...)

§ 17 Ausscheiden eines Gesellschafters

1. (...)

2. Der Gesellschafter ist verpflichtet, seine Geschäftsanteile zum Nennwert vorrangig an die/den bisherigen Gesellschafter, andernfalls an einen oder mehrere von der Gesellschafterversammlung zu benennenden Gesellschafter oder an die Gesellschaft zu übertragen.

(...)*

Gemäß § 8 ihrer Satzung kann die Gesellschafterversammlung der Beklagten zu 1 Beschlüsse grundsätzlich mit einfacher Mehrheit – also mit den Stimmen der Kirchengemeinde – fassen, jedoch können bestimmte Entscheidungen wie Änderungen des Gesellschaftsvertrages, Beitritt weiterer Gesellschafter, Veränderungen des Stammkapitals (jeweils § 8 Ziffer 1 a) der Satzung), Veräußerung, Teilung und Entziehung von Geschäftsanteilen der Gesellschafter (§ 8 Ziffer 1 b)

der Satzung), Auflösung der Gesellschaft (§ 8 Ziffer 1 c) der Satzung) und Erwerb, Veränderung oder Veräußerung von Beteiligungen (§ 8 Ziffer 1 m) der Satzung) nach § 11 Ziffer 1) der Satzung nicht gegen die Stimmen des D e. V. getroffen werden.

Die Beklagte zu 1 verfügt über einen aus sieben Mitgliedern bestehenden Verwaltungsrat, der sich nach § 9 der Satzung zum einen aus zwei von der Gesellschafterversammlung gewählten Mitgliedern und zum anderen aus vier von der Kirchengemeinde entsandten Mitgliedern und einem vom D e. V. entsandten Mitglied zusammensetzt. Der Verwaltungsrat ist gemäß § 10 Ziffer 2 a) der Satzung insbesondere auch zuständig für die Bestellung und Abberufung von Mitgliedern der Geschäftsführung, von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten zum gesamten Geschäftsbetrieb sowie für die Festlegung der Eckdaten ihrer Anstellungsverträge. Bei diesen Personalentscheidungen hat der Vertreter des D e. V. gemäß § 11 Abs. 2 der Satzung ein vorheriges Informationsrecht über die Kandidaten.

Im Wege des Formwechsels ist Ende März 2008 die D e. V. in die D GmbH (im Folgenden: D-GmbH) umgewandelt worden. Gesellschafter der D-GmbH sind mit einem Anteil von 60 % (18.000 €) das Bistum F als Körperschaft des öffentlichen Rechts sowie mit einem Anteil von 40 % (12.000 €) der D2 verband für das Bistum F e. V. Die D-GmbH war an 12 Krankenhäusern und 26 stationären oder ambulanten Pflegeeinrichtungen im Bistum F, die alle in der Rechtsform der GmbH korporiert sind, als Gesellschafterin mit Geschäftsanteilen beteiligt, die regelmäßig weniger als 6 % des Stammkapitals entsprachen.

Die Klägerin zu 1 wurde am 10.10.2011 als Holding- und Managementträger für die Krankenhausbeteiligungen des Bistums F errichtet. Gründungsgesellschafter waren das Bistum F mit einem Anteil am Stammkapital von 75 % (30.000 €) und die U mbH mit Sitz in X mit einem Anteil von 25 % (10.000 €). Letztere ist eine Tochtergesellschaft der N GmbH X, die unter anderem 21 Krankenhäuser sowie 29 Alten- und Pflegeheime betreibt. Seit März 2013 ist das Bistum F alleiniger Gesellschafter der Klägerin zu 1.

Unter dem 5.3.2012 schlossen die D-GmbH und die Klägerin zu 1 einen notariell beurkundeten Spaltungs- und Übernahmevertrag, in dem die D-GmbH alle Geschäftsanteile, die sie an krankenhausbetreibenden Gesellschaften hielt, im Wege der Abspaltung zur Aufnahme gemäß § 123 Abs. 2 Nr. 1 UmwG mit Wirkung zum 1.1.2012 (§ 4) auf die Klägerin zu 1 übertragen hat. Die im Einzelnen abgespaltenen Geschäftsanteile umfassen gemäß § 1 Ziffer 1.2. Nr. 4 des Vertrages auch die von der D-GmbH gehaltenen Anteile an der Beklagten zu 1. (...)

Die Abspaltung ist am 19.4.2012 im Handelsregister der übernehmenden Klägerin zu 1 (...) und am 24.4.2012 im Handelsregister der übertragenden D-GmbH (...) eingetragen worden. Die vom beurkundenden Notar beim AG eingereichte neue Gesellschafterliste vom 5.3.2012 (...) wies die Klägerin zu 1 als Minderheitsgesellschafterin der Beklagten zu 1 aus und wurde in das Handelsregister aufgenommen.

Am 19.6.2012 fand eine Sitzung des Verwaltungsrates der Beklagten zu 1 statt, zu der der Kläger zu 2 erschien, der seit 2010 als Vertreter der D-GmbH an diesen Sitzungen teilgenommen hatte. Nachdem er erklärt hatte, nunmehr als Vertreter der Klägerin zu 1 an der Verwaltungsratssitzung teilnehmen zu wollen, wurde er von den übrigen Mitgliedern des Verwaltungsrates von der Beratung sowie der Abstimmung ausgeschlossen und bei zwei Tagesordnungspunkten zudem gebeten, den Sitzungssaal zu verlassen.

Am 26.6.2012 reichte der Beklagte zu 2 in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der Beklagten zu 1 – nach Aufforderung durch die Kirchengemeinde als Mehrheitsgesellschafterin – eine geänderte Gesellschafterliste der Beklagten zu 1 beim Handelsregister ein, die den ‚status quo ante‘, also die D-GmbH anstelle der Klägerin zu 1 als Inhaberin des Geschäftsanteils Nr. 2, auswies und in das Handelsregister aufgenommen wurde. Die Klägerin zu 1 forderte die Geschäftsführung der Beklagten zu 1 mit Schreiben vom 10.9.2012 (...) anschließend vergebens auf, dies rückgängig zu machen und beim Handelsregister eine Gesellschafterliste zur Aufnahme einzureichen, die sie entsprechend der vom beurkundenden Notar erstellten Gesellschafterliste als Minderheitsgesellschafterin der Beklagten zu 1 ausweist.

Auf Antrag der D-GmbH vom 23.8.2012 (...) ist am 27.8.2012 zugunsten der Klägerin zu 1 ein Widerspruch zu der im Handelsregist-

ter der Beklagten zu 1 aufgenommenen Gesellschafterliste betreffend den Geschäftsanteil Nr. 2 eingetragen worden (...).

Die Klägerin zu 1 hat die Auffassung vertreten, dass nach Aufhebung des § 132 UmwG durch Art. 1 Nr. 21 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 18.4.2007 (BGBl 2007 I, 542) die gesellschaftsvertragliche Vinkulierungsklausel der Abspaltung nicht entgegenstehe. Zudem habe die erfolgte Eintragung der Spaltung im Handelsregister die Wirkung, dass das ausgegliederte Vermögen mit dinglicher Wirkung auf den übernehmenden Rechts-träger übergegangen sei. Diese Wirkung trete auch dann ein, wenn die Spaltung gesellschaftsrechtlich unwirksam oder – was aber nicht der nicht Fall sei – sittenwidrig sei. Auch eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Vinkulierungsklausel liege nicht vor, da es für die Abspaltung sachliche Gründe gebe. Mit übergegangen seien auch die der Minderheitsgesellschafterin in der Satzung eingeräumten Sonderrechte, da diese nicht „höchstpersönlicher“ Natur seien.

(...)

Das LG hat die Beklagte zu 1 auf die von der Klägerin zu 1 zuletzt gestellten Klageanträge antragsgemäß verurteilt und die hilfsweise gegen den Beklagten zu 2 gerichtete Klage abgewiesen.

(...)

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Berufung der Beklagten zu 1 hat teilweise Erfolg und führt in dem im Tenor genannten Umfang zur Abänderung der angefochtenen Entscheidung. (...)

1. Berufung der Beklagten zu 1

a) Antrag zu 1)

Der Antrag zu 1) ist zulässig und begründet.

aa) Der Senat hält an den Zweifeln fest, die in der mündlichen Verhandlung vom 19.3.2014 im Hinblick auf das Feststellungsinteresse der Klägerin zu 1 an der alsbaldigen Feststellung ihrer Gesellschafterstellung erörtert worden sind. Die Klägerin zu 1 ist zur Behebung der Unsicherheit, die hinsichtlich ihrer Gesellschafterstellung durch die leugnende Haltung der Beklagten zu 1 entstehen könnte, nicht auf eine gerichtliche Entscheidung angewiesen. § 16 Abs. 1 GmbHG verschafft vielmehr dem in eine Gesellschafterliste aufgenommenen Gesellschafter die ausreichende Legitimation gegenüber der Gesellschaft, wenn diese Liste in das Handelsregister aufgenommen ist. Die Gesellschaft hat ihn dann als Gesellschafter zu behandeln, und zwar unabhängig von der materiellen Rechtslage. Einer gerichtlichen Entscheidung des von der Klägerin zu 1 erstrebten Inhalts bedarf es insoweit nicht.

Der Antrag ist gleichwohl gemäß § 256 Abs. 2 ZPO als Zwischenfeststellungsklage zulässig. Nach dieser Vorschrift kann der Kläger beantragen, dass ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältnis, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil abhängt, durch richterliche Entscheidung festgestellt werde. Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

Die Entscheidung über die Klageanträge zu 2) und 3.4 bis 3.7, wegen deren Begründung auf die nachfolgenden Ausführungen verwiesen wird, hängt (auch) davon ab, ob die Klägerin zu 1 Gesellschafterin der Beklagten zu 1 geworden ist. Nur in diesem Fall kann sie nämlich mit Recht, wie noch darzulegen sein wird, die Einreichung der Gesellschafterliste verlangen und die in diesen Anträgen bezeichneten Befugnisse für sich in Anspruch nehmen. Das im Antrag zu 1) bezeichnete Rechtsverhältnis ist deshalb vorgreiflich im Sinne von § 256 Abs. 2 ZPO.

Die Voreigenschaft macht das ansonsten für eine zulässige Feststellungsklage erforderliche Feststellungsinteresse entbehrlich (BGH, Urteil vom 17.5.1977, VI ZR 174/74, NJW 1977, 1637).

Das voreigentliche Rechtsverhältnis, die Gesellschafterstellung der Klägerin zu 1, ist unter den Parteien streitig und die Entscheidung über die hier als Hauptklage anzusehenden Anträge zu 2) und 3.4 bis 3.7 können die Rechtsbeziehungen der Parteien ersichtlich nicht abschließend regeln.

Damit ist der Klägerin zu 1 die Möglichkeit eröffnet, über eine Zwischenfeststellungsklage alle für den Hauptantrag voreigentlichen Rechtsverhältnisse eine der Rechtskraft fähige Entscheidung herbeizuführen.

bb) Der Antrag ist begründet. Insoweit wird wegen der Begründung auf die nachfolgende Darstellung verwiesen.

b) Antrag zu 2)

aa) Der Klägerin zu 1 steht gegen die Beklagte zu 1 ein Anspruch auf Einreichung einer Gesellschafterliste zur Aufnahme in das Handelsregister zu, in der sie (unter ihrer Firma „E GmbH“) als Inhaberin des Geschäftsanteils mit der laufenden Nr. 2 mit einem Nennbetrag von 1.550 € verlaubar wird.

Dieser Anspruch ergibt sich aus § 40 Abs. 1 GmbHG. Nach dessen Satz 1 haben die Geschäftsführer unverzüglich nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter zum Handelsregister einzureichen, aus der neben Nennbeträgen und laufenden Nummern der übernommenen Geschäftsanteile bei Gesellschaften die Firma, der Satzungssitz und zweckmäßigerweise auch das zuständige Handelsregister (vgl. *Lücke/Simon in Saenger/Inhester*, 2. Aufl. 2013, § 40 Rdnr. 5) zu entnehmen sind.

Dem zu Unrecht nicht in die Gesellschafterliste Eingetragenen steht deswegen ein gerichtlich durchsetzbarer Anspruch auf Aufnahme und Einreichung einer entsprechenden Gesellschafterliste beim Handelsregister zu (*Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 40 Rdnr. 30 und Rdnr. 4; *Scholz/Seibt*, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 16 Rdnr. 34). Auch wenn das Gesetz in § 40 Abs. 3 GmbHG für diesbezügliche Pflichtverletzungen nur einen sekundärrechtlichen Schadensersatzanspruch vorsieht, liegt dem – unausgesprochen – die Vorstellung zugrunde, dass auch ein primärrechtlicher Erfüllungsanspruch auf ordnungsgemäße Führung und Einreichung der Gesellschafterliste besteht (*Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 40 Rdnr. 30). Der dem materiellrechtlichen Rechtsinhaber zustehende Anspruch auf Berichtigung der unrichtigen Gesellschafterliste richtet sich jedoch nicht gegen den Geschäftsführer, sondern gegen die GmbH, da zwischen ihr und dem Neuerwerber das Rechtsverhältnis besteht, aus dem die Klagebefugnis resultiert (*Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 40 Rdnr. 30; andere Ansicht *Preuß*, ZGR 2008, 676, 679: Geschäftsführer ist passivlegitimiert).

(1) Die Klägerin zu 1 ist zu Unrecht nicht als Inhaberin des Geschäftsanteils mit der laufenden Nr. 2 mit einem Nennbetrag von 1.550 € an der Beklagten zu 1 in der Gesellschafterliste eingetragen. Denn sie ist aufgrund der Eintragung der mit notariellem Spaltungs- und Übernahmevertrag vom 5.3.2012 (...) vereinbarten Abspaltung sämtlicher bestehenden Beteiligungen der D-GmbH an Gesellschaften, die auch ein Krankenhaus oder mehrere Krankenhäuser im Sinne von § 107 Abs. 1 SGB V betreiben („Krankenhausgesellschaften“), im Handelsregister der D-GmbH am 24.4.2012 deren

partielle Gesamtrechtsnachfolgerin und damit Gesellschafterin der Beklagten zu 1 geworden.

(aa) Gemäß § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG ist mit der Eintragung der Abspaltung im Handelsregister des übertragenden Rechtsträgers die Übernahme bzw. Spaltung dinglich wirksam geworden (vgl. dazu *KölnerKommUmwG/Simon*, 2009, § 131 Rdnr. 19 a. E.). Da Gegenstand der Gesamtrechtsnachfolge nur das Vermögen bzw. – im Fall der Abspaltung – das Teilvermögen als solches ist und dieses als solches im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergeht, können Übertragungshindernisse, die auf der Ebene der Einzelrechtsübertragung gelten, im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge von vornherein keine Geltung beanspruchen (*KölnerKommUmwG/Simon*, 2009, § 131 Rdnr. 14 a. E., vgl. auch Rdnr. 21). Dies bedeutet, dass die in § 5 Ziffer 2 der Satzung der Beklagten zu 1 erfolgte Vinkulierung als ein auf den einzelnen Gesellschaftsanteil bezogenes Übertragungshindernis die auf die Übertragung von Vermögensgesamtheiten gerichtete Gesamtrechtsnachfolge nicht hindert (*Schröder in Semler/Stengel*, UmwG, 3. Aufl. 2012, § 131 Rdnr. 26; *KölnerKommUmwG/Simon*, 2009, § 131 Rdnr. 21).

Diese Auslegung der genannten Vorschriften verdient den Vorrang gegenüber der Ansicht der Beklagten zu 1, die in der von ihr in Auftrag gegebenen und in den Rechtsstreit eingeführten „Gutachterlichen Stellungnahme zu den Wirkungen einer GmbH-rechtlichen Vinkulierungsklausel in der Abspaltung“ von Prof. em. Dr. V (...) dargestellt ist. Der Umstand, dass bei der Abspaltung anders als bei der Verschmelzung der übertragende Rechtsträger nicht erlischt, gebietet nicht den Rückschluss darauf, dass die Frage, ob eine Rechtsposition durch Abspaltung auf einen übernehmenden Rechtsträger wirksam übertragen werden kann bzw. worden ist, trotz bereits erfolgter Eintragung nach Maßgabe der allgemeinen zivilrechtlichen bzw. gesellschaftsrechtlichen Normen zu beantworten ist, die sich auf den betroffenen Gegenstand beziehen (wie hier im Ergebnis wohl auch *Mayer in Widmann/Meyer*, UmwG, Stand Mai 2008, § 132 a. F. Rdnr. 9; offen lassend zunächst *KölnerKommUmwG/Simon*, 2009, § 131 Rdnr. 13 a. E., vgl. aber auch Rdnr. 21).

Gestützt wird dieses Verständnis durch den Willen des Gesetzgebers, wie er in der Entstehungsgeschichte des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Umwandlungsgesetzes vom 19.4.2007 (BGBl I, S. 542) zum Ausdruck kommt. Mit Wirkung zum 25.4.2007 sind aufgrund dieses Gesetzes u. a. die Vorschriften der § 131 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 UmwG (durch Art. 1 Nr. 20) und § 132 UmwG (Art. 1 Nr. 21) aufgehoben worden.

§ 131 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 UmwG lautete unter der Überschrift „Wirkungen der Eintragung“ wie folgt:

„Gegenstände, die nicht durch Rechtsgeschäft übertragen werden können, verbleiben bei Abspaltung und Ausgliederung im Eigentum oder in Inhaberschaft des übertragenden Rechtsträgers.“

§ 132 UmwG hatte unter Überschrift „Beachtung allgemeinen Rechts“ folgenden Inhalt:

„Allgemeine Vorschriften, welche die Übertragbarkeit eines bestimmten Gegenstandes ausschließen oder an bestimmte Voraussetzungen knüpfen oder nach denen die Übertragung eines bestimmten Gegenstandes einer staatlichen Genehmigung bedarf, bleiben durch die Wirkungen der Eintragung nach § 131 unberührt. § 399 des Bürgerlichen Gesetzbuchs steht der Aufspaltung nicht entgegen.“

Nach der Gesetzesbegründung handelt es sich bei § 132 Satz 1 UmwG a. F. um eine „klarstellende Vorschrift, die den bereits zu § 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG erläuterten Grundsatz, dass die allgemeinen Vorschriften des Zivilrechts über die Übertragbarkeit von Gegenständen auch bei Spaltungen gelten, ausdrücklich im Gesetzestext verankert“ hat (BR-Drucks. 75/94, Satz 121; vgl. *Mayer in Widmann/Meyer*, UmwG, Stand Mai 2008, § 132 a. F. Rdnr. 2). § 132 Satz 2 UmwG a. F. stelle klar, dass bei der Aufspaltung (§ 131 Abs. 1 Nr. 2 UmwG) ein Abtretungsverbot nach § 399 BGB ebenso wenig wie bei der Verschmelzung greifen könne, da der übertragende Rechtsträger erlösche (BR-Drucks. 75/94, S. 121; vgl. *Mayer in Widmann/Meyer*, UmwG, Stand Mai 2008, § 132 a. F. Rdnr. 2). Zu § 131 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 UmwG heißt es in der Gesetzesbegründung, dass diese Vorschrift bei Abspaltung und Ausgliederung wie § 132 UmwG klarstelle, dass „die allgemeinen Vorschriften des Zivilrechts den Übergang eines bestimmten einzelnen Gegenstandes verhindern“ könnten (BR-Drucks. 75/94, S. 120).

Nach § 132 Satz 1 UmwG a. F. wirkte sich ein vertraglich vereinbartes Abtretungsverbot so aus, dass der Vermögensgegenstand nicht durch Abspaltung (oder Ausgliederung) übertragen werden konnte (vgl. *K. J. Müller*, NZG 2006, 491, 492). Der Wortlaut dieser Vorschrift führte bei der Abspaltung (und Ausgliederung) zu einer Durchbrechung des Prinzips der Gesamtrechtsnachfolge (*K. J. Müller*, NZG 2006, 491, 492). Diese Regelung führte in der Praxis zu erheblichen Problemen und wurde als „Spaltungsbremse“ angesehen. Auch wenn zur praktischen Handhabung dieser Vorschriften zahlreiche Vorschläge für eine restriktive Auslegung entwickelt wurden, konnte dadurch trotzdem keine Rechtssicherheit herbeigeführt werden (vgl. *Widmann/Meyer*, UmwG, Stand Mai 2008, § 132 a. F. Rdnr. 5), weswegen sich der Gesetzgeber zur Aufhebung des § 132 UmwG (und im Zuge dessen auch des § 131 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 UmwG) entschieden hat.

In der Gesetzesbegründung heißt es zur Aufhebung des § 132 UmwG (BT-Drucks. 16/2919, S. 19):

„Bei der grundlegenden Reform des Umwandlungsrechts im Jahr 1994 war erstmals die Möglichkeit der Spaltung von Rechtsträgern eingeführt worden. Vor dem Hintergrund der damals noch fehlenden Erfahrung mit dem neuen Rechtsinstitut hatte der Gesetzgeber in § 132 eine Vorschrift über den generellen Vorrang der Übertragungsverbote nach allgemeinem Recht aufgenommen. Eine gewisse Rolle spielte dabei auch die latente Befürchtung, Spaltungen könnten dazu missbraucht werden, die bei der Einzelrechtsübertragung bestehenden Beschränkungen zu umgehen. Bei der praktischen Anwendung der Regelung zeigten sich dann aber erhebliche Schwierigkeiten. Versuche, diesen durch Auslegung zu begegnen, blieben vielfach ohne Erfolg. Dies führte letztlich zu Rechtsunsicherheit. Wissenschaft und Praxis beurteilen die Regelung als „Spaltungsbremse“. (...) Es wird daher vorgeschlagen, § 132 aufzuheben und damit die Gesamtrechtsnachfolge bei Verschmelzung und Spaltung künftig denselben Grundsätzen zu unterwerfen. Danach bleiben von der Rechtsnachfolge nur höchstpersönliche Rechte und Pflichten ausgenommen. Ob und inwieweit ein durch den Rechtsübergang betroffener Dritter, der sich durch die Gesamtrechtsnachfolge einem neuen Vertragspartner gegenüber sieht, diesen Zustand akzeptieren muss oder sich dagegen durch Kündigung, Rücktritt, Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage o. Ä. wehren kann, ergibt sich aus den insoweit geltenden allgemeinen Vorschriften.“

Die Begründung des Gesetzgebers zur Aufhebung des § 131 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 UmwG beschränkt sich auf den einfachen Hinweis, dass es sich um eine Folgeänderung zur Aufhebung des § 132 UmwG handelt (BT-Drucks. 16/2919, S. 18).

Der insoweit eindeutige Wille des Gesetzgebers lässt keinen Raum dafür, aus den strukturellen Unterschieden zwischen Verschmelzung und Abspaltung hinsichtlich des Schicksals des übertragenden Rechtsträgers den Inhalt des aufgehobenen § 132 UmwG im Wege einer teleologischen Reduktion des § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG in die umwandlungsrechtlichen Vorschriften wieder hineinzulesen. Vielmehr ist das Gegenteil der Fall, da in der Gesetzesbegründung ausdrücklich formuliert wird, dass die Aufhebung des § 132 UmwG deswegen erfolgt, um die Gesamtrechtsnachfolge bei Verschmelzung und Spaltung denselben Grundsätzen zu unterwerfen.

(bb) Richtig ist, dass nach der Aufhebung des § 132 UmwG die höchstpersönlichen Rechte und Pflichten von der (partiellen Gesamt-)Rechtsnachfolge ausgenommen bleiben (BT-Drucks. 16/2919, S. 19; vgl. auch *Mayer in Widmann/Meyer*, UmwG, Stand September 1996, § 132 Rdnr. 35). Jedoch handelt es sich vorliegend bei der Stellung der D-GmbH als Gesellschafterin der Beklagten zu 1 nicht um eine höchstpersönliche Rechtsposition. Als höchstpersönlich ist eine Rechtsposition dann anzusehen, wenn sie sich nicht von der Person ihres Trägers lösen lässt. Auch wenn man in Ausnahmefällen die Rechtsposition einer juristischen Person als übertragendem Rechtsträger als „höchstpersönlich“ und damit unübertragbar ansehen kann (*Mayer in Widmann/Meyer*, UmwG, Stand September 1996, § 132 Rdnr. 35), liegt ein solcher Fall hier nicht vor. Gegen eine solche Annahme spricht allein schon, dass der Gesellschaftsanteil an der Beklagten zu 1 übertragbar ist (§ 15 Abs. 1 GmbHG). Das sich aus § 5 Ziffer 2 Satz 2 der Satzung ergebende Erfordernis der Zustimmung aller Gesellschafter, also der Kirchengemeinde, ist lediglich eine besondere Voraussetzung für den Übertragungsvorgang als solchen, stellt aber die grundsätzliche Übertragbarkeit nicht in Frage. Da nach der Aufhebung des § 132 UmwG auch nicht mehr danach differenziert werden kann, ob sich die Vinkulierungsklausel ausdrücklich auf Fälle der Gesamtrechtsnachfolge bezieht (*Simon in KK-UmwG*, Stand 2009, § 131 Rdnr. 21), kommt es an dieser Stelle auch nicht auf die zwischen der Beklagten zu 1 und der Klägerin zu 1 umstrittene Frage an, ob der Vinkulierungsklausel ein solches Übertragungsverbot entnommen werden kann.

(2) Da der Anspruch des materiellen Rechtsinhabers auf Einreichung der Gesellschafterliste nur nach Maßgabe des in § 40 Abs. 1 GmbHG geregelten Verfahrens besteht (vgl. *Scholz/Seibt*, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 16 Rdnr. 34 a. E. m. w. N.), besteht eine entsprechende Verpflichtung der Gesellschaft zur Änderung der Gesellschafterliste gemäß § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG nur dann, wenn ihrem Geschäftsführer die Änderung im Gesellschafterbestand mitgeteilt und nachgewiesen worden ist. Dies ist vorliegend der Fall.

Die Mitteilung von der Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen ist keine bloße tatsächliche Übermittlung von Informationen, sondern darüber hinausgehend eine einseitige empfangsbedürftige geschäftsähnliche Handlung, die darauf gerichtet ist, die Geschäftsführer zur Ausführung ihrer Amtspflicht zur Errichtung und Einreichung der Gesellschafterliste zu veranlassen (*Scholz/Seibt*, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 40 Rdnr. 41 m. w. N.). Ausgelöst wird die Handlungspflicht des Geschäftsführers allerdings erst, wenn ihm wegen der mit der Änderung der Gesellschafterliste einhergehenden erheblichen Rechtswirkungen „Nachweise“ für die Veränderung in den Gesellschaftsverhältnissen vorgelegt werden.

Gemessen daran genügt vorliegend jedenfalls das Schreiben der Prozessbevollmächtigten der Klägerin zu 1 vom 10.9.2012 (...) an die Prozessbevollmächtigten der Beklagten zu 1, in dem sie die Geschäftsführung der Beklagten zu 1 entsprechend dieser Mitteilung auffordert, eine berichtigte Gesellschafterliste zur Aufnahme in das Handelsregister einzureichen, in der sie – die Klägerin zu 1 – als Inhaberin des Geschäftsanteils mit der Nr. 2 mit einem Nennbetrag von 1.550 € an der Beklagten zu 1 eingetragen ist. Vor dem Hintergrund, dass der Beklagte zu 2 die zwischenzeitlich aufgrund der Mitteilung des beurkundenden Notars erfolgte Eintragung der Klägerin zu 1 in die ins Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste der Beklagten zu 1 für unrichtig gehalten und rückgängig gemacht hat, erscheint der zu führende Nachweis der Änderung durch Vorlage des notariellen Abspaltungsvertrages und der Eintragung der Abspaltung im Handelsregister des übertragenden Rechtsträgers als bloße Förmerei entbehrlich, da dem Beklagten zu 2 die Inhalte dieser Nachweise bekannt sind, wenn er sie nach durchgeführter Prüfung als nicht ausreichend ansieht, um eine wirksame Veränderung in den Verhältnissen der Gesellschafter annehmen zu können, und seinerseits wieder den ‚status quo ante‘ der Eintragungen in der Gesellschafterliste herbeiführt.

bb) Nicht begründet ist der Klageantrag zu 2) jedoch insoweit, als die Klägerin zu 1 über die Einreichung der geänderten Gesellschafterliste zur Aufnahme in das Handelsregister hinaus auch verlangt, dass die berichtigte Liste den Gesellschaftern übersandt und zu den Gesellschaftsakten genommen wird, da es für ein solches Begehren an einer Anspruchsgrundlage fehlt.

c) Antrag zu 3)

Der von der Klägerin zu 1 weiterhin gestellte Antrag, gegenüber der Beklagten zu 1 festzustellen, dass sie seit dem 24.4.2012 (als Gesellschafterin der Beklagten zu 1) Inhaberin im Einzelnen näher genannter „gesellschaftsvertraglicher Gesellschafterrechte“ ist, die bisher dem D e. V. bzw. der D-GmbH zugestanden haben, ist mit den Anträgen zu 3.1, 3.2 und 3.3 unzulässig. Im Übrigen ist der Antrag zulässig und begründet.

aa) Soweit die Klägerin zu 1 mit den Anträgen zu 3.1, 3.2 und 3.3 die Feststellung begehrt, dass ihr gegenüber der Beklagten zu 1 die in den § 4 Ziffer 3, § 5 Ziffer 2 Satz 2, § 7 Ziffer 5 Satz 1 der Satzung der Beklagten zu 1 enthaltenen Befugnisse als Gesellschafter zustehen, ist dieses Begehren unzulässig. Insoweit kann zunächst darauf verwiesen werden, dass gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG im Verhältnis zur Gesellschaft derjenige als Gesellschafter anzusehen ist, der in der Liste als Gesellschafter eingetragen ist, die in das Handelsregister aufgenommen ist, ohne dass es auf die materielle Rechtslage ankäme. Mit der sich aus der Eintragung in der Gesellschafterliste ergebenden Legitimation als Gesellschafter gehen die mit der Stellung als Gesellschafter verbundenen Rechte und Pflichten einher, ohne dass es insoweit einer diese feststellenden Entscheidung durch das Gericht bedarf.

Hinzu kommt, dass die von der Klägerin zu 1 in den Anträgen zu 3.1, 3.2 und 3.3 schlagwortartig als „Vetorechte“ bezeichneten Konsequenzen aus der Notwendigkeit einstimmig zu fassender Beschlüsse keine „Rechte“ in dem von ihr suggerierten Sinne darstellen. Ob die Klägerin zu 1 als Gesellschafterin der Beklagten zu 1 berechtigt ist, die Zustimmung zu Beschlüssen (§ 4 Ziffer 3, § 5 Ziffer 2 Satz 2) oder die Teilnahme an Gesellschafterversammlungen (§ 7 Ziffer 5 Satz 1) zu verweigern, lässt sich im Voraus ohne Bezug zu einem Einzelfall nicht generell beurteilen. Die Klägerin zu 1 geht

damit nicht von der Innehabung eines Rechtes aus, sondern strebt vielmehr die Feststellung an, dass ohne ihre Zustimmung bzw. Teilnahme kein wirksamer Gesellschafterbeschluss gefasst werden kann, was in der hier angestrebten Form jedoch nicht tauglicher Gegenstand einer Feststellungsklage ist.

bb) Soweit die Klägerin zu 1 mit den Anträgen zu 3.4, 3.5, 3.6 und 3.7 die Feststellung begehrt, dass ihr gegenüber der Beklagten zu 1 die in den § 9 Ziffer 1 Satz 3, § 9 Ziffer 14 Sätze 1 und 2, § 11 Ziffer 1 und § 11 Ziffer 2 Satz 1 der Satzung der Beklagten zu 1 dem D e. V. eingeräumten Befugnisse zustehen, ist die Feststellungsklage vom LG zutreffend als zulässig und begründet beschieden worden. Die Berufung ist insoweit unbegründet.

(1) Die Feststellungsklage ist in diesen Teilen zulässig.

Anders als bei den vorstehend zu aa) erörterten Antragsteilen hat die Klägerin zu 1 ein schutzwürdiges Interesse daran, dass das Bestehen der in den hier erörterten Antragsteilen angesprochenen Rechtsverhältnisse alsbald festgestellt wird. Die Legitimationswirkung, die zugunsten des Gesellschafters, der in der zum Handelsregister genommenen Gesellschafterliste benannt ist, aus § 16 GmbHG folgt, beseitigt nicht die hier in Rede stehenden Ungewissheiten. Die in den Anträgen zu 3.4 bis 3.7 von der Klägerin zu 1 bezeichneten und beanspruchten „Rechte“ werden von der Beklagten zu 1 nicht allein wegen der von ihr geleugneten Gesellschafterstellung der Klägerin zu 1 in Abrede gestellt. Die Beklagte zu 1 meint vielmehr, selbst im Falle des Erwerbs des Geschäftsanteils durch die Klägerin zu 1 ständen sie ihr nicht zu, weil sie als höchstpersönliche Rechte der D-GmbH anzusehen seien und bei einem Anteilsübergang von dieser auf die Klägerin zu 1 nicht mit übergehen könnten.

Mit den Anträgen zu 3.4 bis 3.7 stellt die Klägerin zu 1 auch jeweils das Bestehen eines Rechtsverhältnisses zur Entscheidung, das wegen der erwähnten Negierung durch die Beklagte zu 1 der Gefahr der Unsicherheit ausgesetzt ist und an dessen gerichtlicher Feststellung die Klägerin zu 1 deshalb ein schutzwürdiges Interesse hat. In der im Verhandlungstermin erörterten Frage, ob es sich um ein allenfalls künftiges oder um ein gegenwärtiges Rechtsverhältnis handelt, sprechen die besseren Gründe für die zuletzt genannte Sichtweise. Zwar ist richtig, dass die von der Klägerin zu 1 in den genannten Anträgen bezeichneten Befugnisse nur unter bestimmten Voraussetzungen ausgeübt werden können, deren gegenwärtiges Vorliegen im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Senat die Klägerin zu 1 nicht behauptet. Weder hat sie ein Entsendungsrecht für ein Mitglied des Verwaltungsrats ausgeübt (Antrag zu 3.4) noch liegt nach ihrer Darstellung eine Situation vor, die als sog. Finanzierungsnotstand angesehen werden könnte (Antrag zu 3.5). Auch stehen keine Entscheidungen der Gesellschafterversammlung an, für die die Klägerin zu 1 sich aktuell eines sog. Vetorechts berühen will (Antrag zu 3.6) und es geht zur Zeit auch nicht um eine Personalentscheidung, zu der die Klägerin zu 1 über die in Betracht gezogenen Kandidaten ins Bild gesetzt werden müsste (Antrag zu 3.7).

Gleichwohl wird schon gegenwärtig die Stellung als Gesellschafterin, die sie für sich in Anspruch nimmt, ggf. von diesen Befugnissen mit geprägt. Es würde in ihrer Stellung als Gesellschafterin auch bereits gegenwärtig einen Unterschied machen, ob sie die genannten Befugnisse unter den jeweiligen Voraussetzungen hat oder nicht. Mit einer gerichtlichen Entscheidung über die streitigen Befugnisse kann deshalb der insoweit bestehenden Unsicherheit abgeholfen werden. Die Klägerin zu 1 gewinnt damit eine Richtschnur für ihr künftige

ges Verhalten, sofern sie die in Anspruch genommene Position als Gesellschafterin innehat.

(2) Die Klage ist insoweit auch begründet. Die in den Anträgen zu 3.4 bis 3.7 genannten Befugnisse waren zunächst dem Gründungsgesellschafter, dem in den Satzungsklauseln ausdrücklich genannten D e. V., zudedacht. Diese namentliche Bezeichnung zwingt aber nicht zu der Annahme, die Befugnisse sollten auch nur dieser Körperschaft zustehen und nicht – mit dem Geschäftsanteil – übertragbar sein. Die Mitgliedschaftsrechte stehen den Gesellschaftern grundsätzlich als Ausfluss der Mitgliedschaft zu, sie gehen mit dieser auf einen neuen Inhaber über. Das gilt im Grundsatz selbst dann, wenn es sich um sogenannte Sonderrechte handelt. Nur wenn die Satzung ausdrücklich oder im Gesamtzusammenhang zweifelsfrei den Charakter als höchstpersönliches Recht festlegt, kann dies anders sein. Dieser Ausnahmefall liegt hier nicht vor.

Der Gesamtzusammenhang der Satzung, die objektiv auszulegen ist, spricht vielmehr entscheidend für die gegenteilige Auslegung. Es ist unschwer zu erkennen und unter den Parteien unstrittig, dass die Beteiligung des D e. V. an der Beklagten zu 1 erfolgt ist, weil damit dem Bistum F eine durch den D e. V. vermittelte und durch die privilegierenden Klauseln zugunsten des genannten e. V. noch verstärkte Einflussnahme auf die Aktivitäten der Beklagten zu 1 gesichert wurde. Es ist offensichtlich für die Wahrung dieser Belange nicht von Bedeutung, ob die für diese Einflussnahme elementaren Gesellschafterbefugnisse gerade dem D e. V. zugeordnet sind. Dementsprechend haben auch die Beteiligten die Umwandlung dieser Körperschaft in eine GmbH übereinstimmend für unerheblich gehalten. Nach diesen Erwägungen gäbe es keine tragfähige Begründung für die Annahme, die Übertragung des Geschäftsanteils von dem D e. V. auf einen anderen Träger – mit Zustimmung des Bistums F (§ 8 Abs. 2 der Satzung) – hätte nur unter Inkaufnahme des Fortfalls dieser Befugnisse erfolgen können, weil sie als höchstpersönliche anzusehen seien. Vielmehr spricht alles für die gegenteilige Auslegung.

Die Beklagte zu 1 führt für ihre anders lautende Interpretation gerade auch die von ihr als realistisch beschriebene Möglichkeit an, dass das Bistum F die Klägerin zu 1 aus seinem Einflussbereich entlassen könnte. Abgesehen davon, dass diese abstrakte Möglichkeit auch in Ansehung der D-GmbH bestanden hätte, ohne dass die Beklagte zu 1 daraus Konsequenzen abzuleiten versucht hätte, gibt es für diese Besorgnis zur Zeit keine tatsächliche Rechtfertigung. Das Bistum ist vielmehr sogar nach der Gründung inzwischen Alleingesellschafter der Klägerin zu 1 geworden. Ob im Falle eines Ausscheidens des Bistums aus dem Gesellschafterkreis der Klägerin zu 1 die umstrittenen Befugnisse erhalten blieben, ist nicht zu entscheiden.

(...)

Internationales Privatrecht

15. GBO § 47 Abs. 1; EGBGB Art. 14, 15 (*Fassung der Eintragung der Eigentumsvormerkung für kroatische Ehegatten*)

Zur Fassung der Eintragung einer Eigentumsvormerkung für Ehegatten, die im gesetzlichen Güterstand nach kroatischem Recht leben.

OLG München, Beschluss vom 24.6.2013, 34 Wx 117/13; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Die Beteiligten zu 2 und 3 sind Ehegatten, die im Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft nach kroatischem Recht leben. Am 22.1.2013 schlossen sie als Käufer mit der Beteiligten zu 1 als Verkäuferin einen Vertrag über den Erwerb einer Eigentumswohnung. Die Verkäuferin bewilligte und die Käufer beantragten zur Sicherung des Anspruchs auf Übertragung des Eigentums „in Errungenschaftsgemeinschaft nach kroatischem Recht“ die Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch. Auf Vollzugsantrag vom 25.1.2013 hat das Grundbuchamt die Vormerkung wie folgt eingetragen:

Auflassungsvormerkung für ... und ... je zu ... % in Errungenschaftsgemeinschaft nach kroatischem Recht.

Die Beteiligten haben die Berichtigung der Eigentumsvormerkung hinsichtlich des Erwerbs- bzw. Berechtigungsverhältnisses der Käufer beantragt. Diesen Antrag hat das Grundbuchamt am 28.2.2013 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 2 und 3 vom 13.3.2013 mit dem Ziel der Berichtigung des Erwerbsverhältnisses. Das erworbene Vermögen sei Gesamtgut; soweit das kroatische Familiengesetz dieses den Ehegatten gemeinschaftlich zu gleichen Teilen zuweise, handele es sich nur um eine Regelung im Innenverhältnis.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Das zulässige Rechtsmittel der Beteiligten zu 2 und 3 führt zur Aufhebung des Beschlusses des AG – Grundbuchamt – vom 28.2.2013 und zur Anweisung, die Eintragung des Gemeinschaftsverhältnisses ohne den beanstandeten Zusatz zu bewirken.

1. Die unbeschränkte Beschwerde nach § 71 Abs. 1 GBO und nicht nur eine beschränkte Beschwerde mit dem Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruchs (vgl. § 71 Abs. 2 GBO) ist statthaft (*Hügel/Kramer*, GBO, 2. Aufl., § 71 Rdnr. 163 ff.). Denn die Fassung der Eigentumsvormerkung, die auf die Zugehörigkeit des Grundstücks zum ehelichen Vermögen verweist, ermöglicht schon keinen gutgläubigen Erwerb daran. Dabei kann dahinstehen, ob eine Eigentumsvormerkung an sich gutgläubigen Erwerb ermöglichen kann, jedenfalls ist bei der derzeitigen Fassung des Grundbuchs ausgeschlossen, dass nur ein Beteiligter über den Eigentumsverschaffungsanspruch verfügt, weil das Rechtsverhältnis der Beteiligten zu 2 und 3 als Errungenschaftsgemeinschaft angegeben ist und zudem eine Mitberechtigung von jeweils ... % verlautbart wird. Im Übrigen wird nicht die Unrichtigkeit der Eintragung im Sinne von § 894 BGB geltend gemacht, sondern nur die ungenaue und daher klarzustellende Fassung der Eintragung, da das nach § 47 Abs. 1 GBO zu bezeichnende Gemeinschaftsverhältnis widersprüchlich als Errungenschafts- und gleichzeitig Bruchteilsgemeinschaft angegeben sei. Undeutliche Angaben können jedoch durch Vermerke klargestellt werden (*Demharter*, GBO, 28. Aufl. § 47 Rdnr. 37; *Meikell/Böhringer*, GBO, 10. Aufl., § 47 Rdnr. 279; *Hügel/Reetz*, GBO, 2. Aufl., § 47 Rdnr. 85; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 257).

Die Beschwerde ist auch in zulässiger Weise vom beurkundenden Notar für die Beteiligten zu 2 und 3 eingelegt worden, §§ 73, 15 Abs. 2 GBO.

2. Die Beschwerde hat in der Sache Erfolg, da der gewählte Wortlaut der Eintragung jedenfalls zur Unklarheit des Grundbuchs führt, die durch einen besonderen Vermerk klarstellend zu fassen ist (*Hügel/Reetz*, GBO, 2. Aufl., § 47 Rdnr. 85). Dazu zählt auch die Streichung eines überflüssigen oder irreführenden Zusatzes.

a) Nach § 47 Abs. 1 GBO soll die Eintragung eines Rechts, das für mehrere gemeinschaftlich eingetragen wird, in der Weise erfolgen, dass entweder die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen angegeben werden oder das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis bezeichnet wird. Es handelt sich zwar um eine Ordnungsvorschrift, die aber gleichwohl zwingender Natur ist (*Hügel/Reetz*, GBO, 2. Aufl., § 47 Rdnr. 2 und 84; *Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 47 Rdnr. 35). Ziel des § 47 GBO ist es, die im Grundbuchverkehr geltenden Prinzipien der Bestimmtheit, Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu verwirklichen. Gerade Art und Inhalt des Gemeinschaftsverhältnisses müssen sich folglich aus der Eintragung eindeutig ergeben (BGH, NJW 1997, 3235; BayObLG, Rpfleger 1990, 503, 504; OLG Hamm, Rpfleger 1973, 250). Die Verkehrsfähigkeit des Anteils an einem Grundstück wird nur durch eine klarstellende Kennzeichnung der Verfügungsbefugnis des einzelnen Mitberechtigten im Grundbuch gewahrt (*Hügel/Reetz*, GBO, 2. Aufl., § 47 Rdnr. 1). Die Verfügungsbefugnis der einzelnen Beteiligten, die durch das Gemeinschaftsverhältnis bestimmt wird, hat sich daher regelmäßig aus der Eintragung zu ergeben (OLG München, Beschluss vom 16.2.2009, 34 Wx 95/08 = Rpfleger 2009, 445, 447, für den gesetzlichen Güterstand nach niederländischem Recht). Indessen hat die Bezeichnung nur Informationsfunktion, d. h. erläuternden Charakter. Sie muss so beschaffen sein, dass sie hinreichende Aussagekraft besitzt; es ist aber nirgends festgelegt, wie dies im Einzelnen zu geschehen hat (*Sonnenberger*, MittBayNot 1984, 256, 258). Oftmals heißt es, dass § 47 GBO lediglich einen aussagekräftigen Einstieg – aber auch nicht mehr – in die Rechtsverhältnisse der mehreren Beteiligten gewähren solle (*Meikel/Böttcher*, GBO, 10. Aufl., § 47 Rdnr. 1; *Wicke*, Rpfleger 2005, 601).

Die Eintragung eines Gemeinschaftsverhältnisses, das durch ausländisches Recht bestimmt ist und daher dem deutschen Rechtsverständnis nicht entspricht, ist mit einem Hinweis auf das Gemeinschaftsverhältnis einzutragen (*Hügel/Reetz*, GBO, 2. Aufl., § 47 Rdnr. 17). Es kann dabei allerdings vorkommen, dass das im ausländischen Recht vorgesehene Gemeinschaftsverhältnis nur schwer mit Begriffen aus dem deutschen Recht beschrieben werden kann. Dennoch genügt in solchen Fällen nicht der bloße Hinweis, dass die eingetragenen Personen Eigentümer „nach dem gesetzlichen Güterstand“ einer näher bezeichneten ausländischen Rechtsordnung sind (vgl. OLG Zweibrücken, FGPrax 2008, 147). Eine konkretere Beschreibung des zugrundeliegenden Gemeinschaftsverhältnisses bleibt aus Gründen der Bestimmtheit und der Rechtssicherheit erforderlich. Zu achten ist bei einer solchen Eintragung jedoch darauf, dass die konkretere Beschreibung nicht ihrerseits wiederum dem Prinzip der Grundbuchklarheit zuwiderläuft.

b) Das Grundbuch wäre mit Rücksicht auf die verfahrensrechtlich notwendige Eintragung des Gemeinschaftsverhältnisses gemäß § 47 Abs. 1 GBO dann unrichtig, wenn die durch die Eintragung verlaubte Rechtslage nicht mit der tatsächlichen materiellen Rechtslage übereinstimmt. Nach den Angaben in dem Vertrag vom 22.1.2013, die das Grundbuchamt zugrunde zu legen hat, leben die Beteiligten im gesetzlichen Güterstand nach kroatischem Recht. Die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe ergeben sich folglich gemäß Art. 220 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 bzw. Nr. 2, Art. 15 Abs. 1 mit

Art. 14 Abs. 1 EGBGB aus dem gemeinsamen kroatischen Heimatrecht der Ehegatten, an das auch das kroatische Kollisionsrecht (Art. 36 Abs. 1 IPRG <Kro> vom 15.7.1982; siehe DNotl-Report 1998, 159, 160) anknüpft.

Es kann dahinstehen, ob die Ehe der Beteiligten zu 2 und 3 erst nach der im Jahr 1998 durchgeführten Reform des kroatischen Eherechts geschlossen wurde. Denn das Familiengesetz von 1998 findet, wenn das Vermögen erst nach diesem Stichtag erworben wurde, auch bei vor dem 1.7.1999 geschlossenen Ehen Anwendung (*Bergmann/Ferid*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderteil Kroatien, S. 26). Dies ist hier der Fall.

c) Nach dem aktuellen kroatischen Ehegüterrecht in der Fassung des Familiengesetzes vom 14.7.2003 (vgl. *Bergmann/Ferid*, a. a. O., S. 45; *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, 3. Aufl., Teil 7 Kap. 4 Rdnr. 721) wird Vermögen, das die Ehegatten während der Dauer der Ehegemeinschaft durch Arbeit erwerben oder das – wie etwa Erträge oder Surrogate – aus diesem Vermögen stammt, Gesamtgut und gehört den Ehegatten „gemeinschaftlich zu gleichen Anteilen“ (*Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, Teil 7 Kap. 4 Rdnr. 722). Eine abweichende Vereinbarung zum jeweiligen Umfang der Anteile ist jedoch möglich (siehe Art. 249 Abs. 1 FamG <Kro.>). Daraus wird – in sich widersprüchlich – geschlossen, dass die eheliche Errungenschaft eine Gemeinschaft nach (gleichen) Bruchteilen sei (*Henrich/Schwab*, Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich, 1999, S. 147). Zum Teil wird das kroatische Ehegüterrecht auch dahingehend verstanden, dass das Gesamtgut den Eheleuten nicht notwendig zur gesamten Hand zustehen müsse, sondern zum Teil auch Bruchteilseigentum bestehe (*Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, Teil 7 Kap. 2 Rdnr. 133).

Für den Erwerb eines Grundstücks gilt nichts anderes, sondern daher nach § 249 FamG <Kro.>, dass die Ehegatten zu gleichen Teilen Miteigentümer des ehelichen Vermögens werden (Abs. 1), wenn sie nichts anderes vereinbart haben (Abs. 2 i. V. m. § 255 FamG <Kro.>). Dass die Beteiligten eine abweichende Vereinbarung zu dem von ihnen gekauften Wohnungseigentum getroffen hätten, wird nicht behauptet. Daher besteht die unanfechtbare Vermutung, dass die Ehegatten zu gleichen Teilen Miteigentümer am ehelichen Vermögen sind (*Bergmann/Ferid*, a. a. O., S. 26).

d) Die vom Grundbuchamt gewählte Form der Eintragung entspricht jedoch nicht dem Gebot der Grundbuchklarheit, weil sie die Verfügungsbefugnis mehrdeutig wiedergibt. Nach deutschem Rechtsverständnis widerspricht sich die Eintragung der Ehegatten in Errungenschaftsgemeinschaft einerseits und als Miteigentümer zu je% andererseits, weil die Errungenschaftsgemeinschaft als eingeschränkte Form der Gütergemeinschaft (vgl. *Hertel*, a. a. O., Rdnr. 127, 129), wie diese das deutsche Recht kennt, Gesamthands- und nicht Bruchteilsgemeinschaft ist. Das kroatische Ehegüterrecht weist beiden Ehegatten eine Miteigentümerstellung zu gleichen Teilen an den während der Ehe erworbenen Gütern zu, die es gerade dem Gesamtgut zurechnet. Wird beides in der Eintragung dadurch verlaubar, dass das Recht für die Beteiligten zu 2 und 3 „je zu ...% in Errungenschaftsgemeinschaft“ eingetragen wird, ist dies mehrdeutig; aus der Eintragung selbst ergibt sich nichts zur Verfügungsbefugnis.

Diese Unklarheit widerspricht dem Zweck von § 47 Abs. 1 GBO. Sie ist daher durch einen Vermerk zu beheben, wonach das Gemeinschaftsverhältnis der Beteiligten zu 2 und 3 allein durch den Hinweis auf die Errungenschaftsgemeinschaft nach kroatischem Recht bestimmt wird. Die Beschreibung des gemeinschaftlichen Rechts als den Beteiligten in Errungen-

schaftsgemeinschaft nach kroatischem Recht zustehend lässt es zwar offen, dass an den Gegenständen des Gesamtguts auch Bruchteilseigentum in Betracht kommt (*Hertel* in Würzburger in Notarhandbuch, Teil 7 Kap. 2 Rdnr. 133). Sie ist aber nicht unrichtig, so dass eine nähere Klärung der Berechtigungsverhältnisse an dem gekauften Wohneigentum nach kroatischem Ehegüterrecht nicht veranlasst ist. In Fällen, in denen das Gemeinschaftsverhältnis nach ausländischem Recht nur undeutlich mit den der deutschen Rechtsordnung geläufigen Instituten beschrieben werden kann, wird ein Vertragspartner der im Grundbuch eingetragenen Ehegatten ohnehin von eigenen Recherchen zu den Auswirkungen des ausländischen Ehegüterrechts nicht absehen können, wenn er klären will, ob auch der einzelne Ehegatte allein – für seinen „Anteil“ oder insgesamt – verfügungsbefugt ist.

(...)

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

16. ZVG § 23 (*Teilung und Vereinigung von Grundstücken nach der Beschlagnahme*)

Die Teilung oder Vereinigung von Grundstücken ist eine Verfügung im Sinne von § 23 ZVG, die dem Gläubiger gegenüber unwirksam ist, solange dieser die Verfügung nicht genehmigt; auch wenn sie im Grundbuch vollzogen wird, muss das Zwangsversteigerungsverfahren so fortgeführt werden, als wäre die Verfügung nicht erfolgt.

BGH, Beschluss vom 5.6.2014, V ZB 16/14

Aus den Gründen:

I.

Auf Antrag der Beteiligten zu 1 wurde am 31.10.2002 die Zwangsversteigerung des Grundstücks des Beteiligten zu 3 (im Folgenden: Schuldner) angeordnet, das damals im Grundbuch unter der laufenden Nr. 6 des Bestandsverzeichnisses mit den Flurstücken 615, 616 und 617 eingetragen war. Am 5.3.2004 wurde der Verkehrswert auf 156.400 € festgesetzt. Anschließend teilte der Schuldner das Grundstück. Die dadurch entstandenen drei Grundstücke wurden im Grundbuch unter den laufenden Nummern 7, 8 und 9 eingetragen. Daraufhin ließ das Vollstreckungsgericht den Verkehrswert neu ermitteln und setzte ihn am 3.11.2011 für das Grundstück Nr. 7 auf 30.000 €, für das Grundstück Nr. 8 auf 69.000 € und für das Grundstück Nr. 9 auf 28.000 € fest. Anschließend legte der Schuldner die Grundstücke Nr. 7 und Nr. 9 zusammen. Das vereinigte Grundstück wurde als Nr. 10 am 29.6.2012 in das Bestandsverzeichnis eingetragen. Durch Beschluss vom 12.4.2013 beraumte das Vollstreckungsgericht Versteigerungstermin an. In der Terminbestimmung wurden die Grundstücke Nr. 8 und Nr. 10 als Versteigerungsobjekt genannt. Der Verkehrswert wurde für das Grundstück Nr. 8 mit 69.000 € und für das Grundstück Nr. 10 mit 58.000 € mitgeteilt; der Verkehrswert für das Grundstück Nr. 10 beruhte auf der Addition der am 3.11.2011 festgesetzten Verkehrswerte für die Grundstücke Nr. 7 und Nr. 9. Anschließend ließ der Schuldner die Grundstücke Nr. 8 und Nr. 10 zu dem Grundstück Nr. 11 vereinigen; dieses entsprach also wieder dem ursprünglich beschlagnahmten Grundstück Nr. 6. Die Eintragung in das Grundbuch erfolgte am 22.7.2013.

In dem Versteigerungstermin vom 26.7.2013 hat das Vollstreckungsgericht die Versteigerung unter der aktuellen

Grundbuchbezeichnung (Nr. 11) durchgeführt. Als festgesetzten Verkehrswert hat es den Betrag von 127.000 € bekanntgemacht. Für den Beteiligten zu 4 ist für das Flurstück 616 (Grundstück Nr. 7) eine Vormerkung im Grundbuch eingetragen, die nach den Versteigerungsbedingungen nicht in das geringste Gebot fällt. Der Beteiligte zu 5 ist mit einem Gebot von 126.000 € Meistbietender geblieben. Das Grundstück Nr. 11 ist ihm am 20.8.2013 zugeschlagen worden. Die von dem Schuldner eingelegte Beschwerde hat das LG mit dem angefochtenen Beschluss zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Schuldner mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde, mit der er die Versagung des Zuschlags erreichen will.

(...)

aa) Die Teilung oder Vereinigung von Grundstücken ist eine Verfügung im Sinne von § 23 ZVG (BayObLGZ 1996, 41 ff.; *Löhnig/Fischinger*, ZVG, § 23 Rdnr. 4, *Stöber*, ZVG, 20. Aufl., § 23 Rdnr. 2.2). Die Beschlagnahme bewirkt keine Grundbuchsperrung, sondern ein relatives Veräußerungsverbot (§§ 135, 136 BGB). Genehmigt der Gläubiger eine solche Verfügung nicht, so ist sie ihm gegenüber unwirksam. Folglich wird eine § 23 ZVG unterfallende Verfügung zwar im Grundbuch eingetragen; das Zwangsversteigerungsverfahren muss aber dessen ungeachtet so fortgeführt werden, als wäre die Verfügung nicht erfolgt (*Stöber*, ZVG-Handbuch, 9. Aufl., Rdnr. 141 a. E.). Erteilt der Gläubiger die Genehmigung, wird die Verfügung wirksam. Nur dann wird der neue Bestand Versteigerungsobjekt und tritt an die Stelle des Grundstücks, das Gegenstand der ursprünglichen Beschlagnahme war; in diesem Fall muss eine neue Wertfestsetzung erfolgen (vgl. Senat, Beschluss vom 29.3.2012, V ZB 103/11, ZWE 2012, 270 Rdnr. 7 ff. m. w. N. zu der nachträglichen Aufteilung in Wohnungseigentum; *Stöber*, ZVG-Handbuch, 9. Aufl., Rdnr. 141a).

bb) Weil hier für eine nachträgliche Zustimmung der betreibenden Gläubiger nichts ersichtlich ist, blieb das ursprüngliche (ungeteilte) Grundstück Nr. 6 Versteigerungsobjekt. Es hätte deshalb im Grundsatz bei dem für dieses Grundstück am 5.3.2004 festgesetzten Verkehrswert bleiben müssen (zu dem praktischen Vorgehen vgl. *Meyer/Stolte*, Rpfleger 1989, 118). Stattdessen hat das Vollstreckungsgericht den Verkehrswert verfahrensfehlerhaft für die durch Teilung entstandenen Einzelgrundstücke festgesetzt. Die Terminbestimmung weist weder das ungeteilte Grundstück aus noch die drei Grundstücke, die Gegenstand der Verkehrswertfestsetzung waren, sondern die beiden nach der weiteren Änderung eingetragenen Grundstücke; versteigert wurde wiederum das gesamte Grundstück, also das ursprüngliche Beschlagnahmeobjekt mit veränderter Nummer, aber ohne Verkehrswertfestsetzung. Dazu wäre es nicht gekommen, wenn das Vollstreckungsgericht – wie es rechtlich geboten gewesen wäre – die Aktivitäten des Schuldners unbeachtet gelassen und das beschlagnahmte Grundstück – ggf. nach einer im Hinblick auf den Zeitablauf aktualisierten Verkehrswertfestsetzung (vgl. *Stöber*, ZVG, 20. Aufl., § 74a Rdnr. 7.20) – versteigert hätte.

IV.

1. Der angefochtene Beschluss hat somit keinen Bestand; er ist aufzuheben (§ 577 Abs. 4 Satz 1 ZPO). Da die Sache zur Endentscheidung reif ist, hat der Senat selbst zu entscheiden (§ 577 Abs. 5 ZPO). Deshalb ist auf die sofortige Beschwerde des Schuldners der Zuschlagsbeschluss des AG aufzuheben und der Zuschlag zu versagen.

(...)

Beurkundungs- und Notarrecht

17. EMRK Art. 6 Abs. 1 Satz 1; ZPO § 1040 Abs. 3 Satz 2; BGB § 125 Satz 1, §§ 139, 311 b Abs. 1; GmbHG § 15 Abs. 4 Satz 1 (*Wirksamkeit der Schiedsklausel in einem notariellen Grundstücks- und Geschäftsanteilskaufvertrag auch ohne Beurkundung der in Bezug genommenen Schiedsordnung*)

Eine Schiedsklausel in einem notariell beurkundeten Vertrag über den Verkauf und die Übertragung von Grundstücken und Gesellschaftsanteilen ist nicht deshalb nach § 125 Satz 1 BGB i. V. m. § 311b Abs 1 BGB, § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG nichtig, weil sie auf eine Schiedsgerichtsordnung Bezug nimmt, die nicht mit beurkundet worden ist.

BGH, Beschluss vom 24.7.2014, III ZB 83/13

Die Parteien schlossen am 22.12.2010 einen notariell beurkundeten „Rahmenvertrag über den Verkauf und die Übertragung von Grundstücken und Gesellschaftsanteilen (H. -B.)“ sowie als Anlagen hierzu unter anderem mehrere entsprechende Einzelverträge. Der Rahmenvertrag (im Folgenden RV) enthielt unter Nr. 16 folgende Schiedsklausel:

„16. Schiedsgericht

16.1 Jede Streitigkeit, die aus oder im Zusammenhang mit diesem Vertrag oder seinen Anlagen entsteht, einschließlich jeder Streitigkeit über die Wirksamkeit oder das Bestehen dieses Vertrags, mit Ausnahme derjenigen Streitigkeiten, die von Gesetzes wegen einem Schiedsgericht nicht zur Entscheidung zugewiesen werden können, wird entsprechend der Schiedsgerichtsordnung des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtsbarkeit e. V. (DIS) endgültig entschieden, ohne dass die Möglichkeit der Anrufung der ordentlichen Gerichtsbarkeit besteht. Das Schiedsgericht kann auch über die Gültigkeit dieser Schiedsvereinbarung bindend entscheiden.

16.2 Sitz des Schiedsgerichts ist N. ...“

In dem von den Antragsgegnerinnen eingeleiteten Schiedsverfahren – dort streiten die Parteien über die Wirksamkeit der Verträge und über die Löschung der zur Sicherung vertraglicher Ansprüche auf Übertragung von Grundstücken eingetragenen Auflassungsvormerkungen – hat das Schiedsgericht, nachdem die Antragstellerinnen dessen Zuständigkeit gerügt hatten, mit Zwischenentscheid vom 5.3.2013 festgestellt, dass die Rüge unbegründet und das Schiedsgericht zur Entscheidung zuständig sei. Den Antrag der Antragstellerinnen auf gerichtliche Entscheidung hat das OLG mit dem angefochtenen Beschluss vom 10.9.2013 zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde der Antragstellerinnen.

Aus den Gründen:

II.

Die statthafte (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 i. V. m. § 1062 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2, § 1065 Abs. 1 Satz 1 ZPO) sowie auch im Übrigen zulässige (§ 574 Abs. 2 ZPO) Rechtsbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

(...)

3. Entgegen der Auffassung der Antragstellerinnen ist die Schiedsvereinbarung auch nicht deshalb nach § 125 Satz 1 BGB i. V. m. § 311b Abs. 1 BGB, § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG nichtig, weil sie auf die Schiedsgerichtsordnung des Deutschen Instituts für Schiedsgerichtsbarkeit e. V. (DIS) Bezug nimmt und diese nicht mit beurkundet wurde.

Eine Schiedsvereinbarung bedarf zu ihrer Wirksamkeit lediglich der Einhaltung der in § 1031 ZPO geregelten Schriftform. „Schiedsvereinbarung“ in diesem Sinn ist nach § 1029 Abs. 1 ZPO die Vereinbarung der Parteien, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis vertraglicher oder nichtvertraglicher Art ent-

standen sind oder künftig entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen. Hierbei kann die Schiedsvereinbarung in Form einer selbständigen Vereinbarung (Schiedsabrede) oder in Form einer Klausel in einem Vertrag (Schiedsklausel) geschlossen werden (§ 1029 Abs. 2 ZPO).

Die Schiedsvereinbarung als solche ist von etwaigen Regelungen der Parteien über das Verfahren des Schiedsgerichts zu unterscheiden. Deshalb muss im Fall einer in der schriftlichen Schiedsvereinbarung in Bezug genommenen Verfahrensordnung deren Text weder in der Urkunde enthalten noch mit ihr körperlich verbunden sein (vgl. nur *Böttcher/Fischer*, NZG 2011, 601, 602; *MünchKommZPO/Münch*, § 1031 Rdnr. 13, § 1042 Rdnr. 79; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., Kap. 5 Rdnr. 1; *Tröder*, MittRhNotK 2000, 379 f.; *Zöller/Geimer*, ZPO, § 1029 Rdnr. 11, § 1031 Rdnr. 15; siehe auch BayObLGZ 1999, 255, 265; anders – für Formbedürftigkeit der Verfahrensregelungen – *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl., Rdnr. 343; derselbe in *SchiedsVZ* 2003, 28, 33).

Hieran ändert sich auch dann nichts, wenn sich die Schiedsvereinbarung auf ein Rechtsgeschäft bezieht, das seinerseits beurkundungsbedürftig ist. Allerdings wird im Schrifttum unter Verweis auf das beurkundungsrechtliche Vollständigkeitsprinzip verschiedentlich die Auffassung vertreten, dass in einem solchen Fall die Schiedsvereinbarung selbst beurkundungsbedürftig sei und – soweit diese auf eine Schiedsgerichtsordnung Bezug nimmt – auch diese den Formvorschriften des Beurkundungsgesetzes unterliege (vgl. etwa *Staudinger/Wufka*, BGB, Neubearbeitung 2006, § 311b Rdnr. 196; *Tröder*, a. a. O., 380 f.; *Winkler*, BeurkG, 17. Aufl., § 9 Rdnr. 79, 85, § 13a Rdnr. 35, 79; siehe auch *Schmitz*, RNotZ 2003, 591, 602 ff., der danach differenziert, ob auf Parteivereinbarungen über das Verfahren oder eine institutionelle Schiedsgerichtsordnung Bezug genommen wird; siehe auch *Wolfsteiner*, ZNotP Beilage 1/2000, 2, 5, der „sicherheitshalber“ eine Beurkundung empfiehlt).

Dem folgt der Senat nicht (siehe unter anderem auch *Broichmann/Matthäus*, *SchiedsVZ* 2008, 274, 276 ff.; *Heidbrink*, GmbHR 2010, 848, 849 f.; *Lachmann*, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, a. a. O., Rdnr. 362 ff., ders. in *SchiedsVZ* 2003, 28, 33 und in BB 2000, 1833, 1635 f.; *Lüttmann/Breyer*, ZZP 2006, 475, 476 ff.; *MünchKommZPO/Münch*, a. a. O., § 1031 Rdnr. 11 f.; *Schwab/Walter*, a. a. O., Rdnr. 2). Der Senat hatte in seinem Urteil vom 22.9.1977, III ZR 144/76 = BGHZ 69, 260 darüber zu befinden, ob ein in einer gesonderten privatschriftlichen Urkunde enthaltener, die damals geltende Formvorschrift des § 1027 Abs. 1 ZPO a. F. wählender Schiedsvertrag zusätzlich der Form des § 313 Satz 1 BGB a. F. bedürftig hätte, weil der Schiedsvertrag unmittelbar im Anschluss an einen notariell beurkundeten Kaufwörter-Vertrag geschlossen worden war, in dem bestimmt war, dass zur Beilegung auftretender Meinungsverschiedenheiten ein Schiedsvertrag abgeschlossen wird. Der Senat hat die Frage verneint. Bereits damals wurde verschiedentlich die Auffassung vertreten, auch der im Zusammenhang mit einem Grundstücksveräußerungsgeschäft geschlossene Schiedsvertrag sei – zumindest in seinen wesentlichen Bestimmungen – beurkundungsbedürftig (siehe die Nachweise im Senatsurteil, a. a. O., 263). Demgegenüber hat der Senat (a. a. O., 263 f.) unter anderem Folgendes ausgeführt:

„a) Allerdings erstreckt sich das Gebot der Beurkundung in § 313 Satz 1 BGB nicht nur auf die Grundstücksübertragungspflicht des Veräußerers und die Erwerbspflicht des Erwerbers, sondern auf alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Vertragspartner das

schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft zusammensetzt (...). In demselben Umfang ist auch ein erst auf den Abschluss eines solchen Veräußerungsgeschäfts gerichteter Vorvertrag, wie der hier in Rede stehende Kaufwörter-Vertrag formgebunden. Ob der im Zusammenhang mit einem solchen Grundstücksveräußerungsgeschäft geschlossene Schiedsvertrag in diesem Sinne Bestandteil des Hauptvertrages ist, hängt von der Auslegung des Schiedsvertrages ab (...). Ergibt die Auslegung – wie hier –, dass die Parteien dem Schiedsgericht auch die Entscheidung des Streits über die Wirksamkeit des Hauptvertrags übertragen haben, so ist der Schiedsvertrag selbstständig und stellt in diesem Sinn keinen Bestandteil des Hauptvertrages dar. Das bedeutet, dass in solchen Fällen die Wirksamkeit von Haupt- und Schiedsvertrag jeweils gesondert zu beurteilen ist und sich Mängel, die dem Hauptvertrag anhaften, nicht auf den Schiedsvertrag auswirken brauchen und umgekehrt (...). Nach dem Willen der Vertragsschließenden soll damit seine Wirksamkeit auch nicht davon abhängen, ob bei ihm eine für den Hauptvertrag gesetzlich vorgeschriebene Form gewahrt ist. Würde nämlich ein Mangel der für den Hauptvertrag gesetzlich vorgeschriebenen Form auch den Schiedsvertrag erfassen, so wäre eine Wirksamkeitsvoraussetzung des Hauptvertrages auf den Schiedsvertrag übertragen. Dadurch würde der Sinn dieser (selbständigen) Schiedsabrede unzulässig verkürzt. Sie müsste immer schon versagen, wenn dem Schiedsvertrag (nur) ein Formmangel des Hauptvertrages anhaftet.

b) Die Parteien eines Schiedsvertrages haben es zwar nicht in der Hand, die Reichweite einer gesetzlichen Formvorschrift zu bestimmen. Darum geht es hier aber nicht. Bei einem Schiedsvertrag können sie, wie bereits ausgeführt, rechtswirksam vereinbaren, dass nach ihm auch verfahren werden soll, wenn die Wirksamkeit des Hauptvertrages in Frage steht. Allerdings unterfällt der Schiedsvertrag damit aus den angegebenen Gründen nicht mehr dem für den Hauptvertrag vorgesehenen Formzwang. Diese Folge beruht aber auf der Verselbständigung der Schiedsabrede. ... Es ist kein Grund dafür ersichtlich, Schiedsverträge zur Regelung von Streitigkeiten aus beurkundungsbedürftigen Hauptverträgen anders als sonstige Schiedsverträge zu behandeln. Dem mit dem gesetzlichen Formzwang nach § 313 BGB einerseits und des § 1027 ZPO andererseits verfolgten Zweck ist daher Genüge getan, wenn das eigentliche Veräußerungsgeschäft in der Form des § 313 BGB, der Schiedsvertrag dagegen in der Form des § 1027 ZPO geschlossen wird; es ist nicht erforderlich, auch die Schiedsabrede zusätzlich der für das Veräußerungsgeschäft notwendigen notariellen Form zu unterwerfen (...).“

Für eine Schiedsvereinbarung, durch die – wie hier in § 16.1 Satz 1 RV – dem Schiedsgericht auch die Entscheidung des Streits über die Wirksamkeit des Hauptvertrags übertragen wird, gilt damit nicht die Form des Hauptvertrags. Hieran ändert sich auch nichts, wenn die Parteien die Schiedsvereinbarung als Schiedsklausel im Sinn des § 1029 Abs. 2 ZPO freiwillig in den notariell beurkundeten Vertrag mit aufgenommen haben. Zwar betrifft das Senatsurteil vom 22.9.1977 einen Fall, in dem im Hinblick auf das Erfordernis einer besonderen Urkunde bei Schiedsvereinbarungen, die nicht unter Vollkaufleuten abgeschlossen werden, nach § 1027 Abs. 1 ZPO a. F. (siehe jetzt bei Beteiligung von Verbrauchern § 1031 Abs. 5 ZPO) eine gesonderte privatschriftliche Schiedsabrede getroffen wurde. Aus diesem Unterschied kann aber nicht – unter Hinweis auf den beurkundungsrecht-

lichen Vollständigkeitsgrundsatz – abgeleitet werden, dass beim Vorliegen einer Schiedsklausel dann der Text der dort in Bezug genommenen Schiedsgerichtsordnung mitbeurkundet werden müsse. Abgesehen davon, dass – wie bereits ausgeführt – sich das vom Gesetzgeber für notwendig erachtete Formerfordernis in § 1031 ZPO nur auf die Schiedsvereinbarung als solche bezieht, ist durch das Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz vom 22.12.1997 ausdrücklich die Selbständigkeit der Schiedsvereinbarung vom Hauptvertrag betont und insoweit in § 1040 Abs. 1 Satz 2 ZPO bestimmt worden, dass eine Schiedsklausel – also eine im Hauptvertrag enthaltene Schiedsvereinbarung – bei der Prüfung ihres Bestehens und ihrer Gültigkeit als eine von den übrigen Vertragsbestimmungen unabhängige Vereinbarung anzusehen ist. Diese Eigenständigkeit unterscheidet die Schiedsklausel von – beurkundungsbedürftigen – Nebenabreden eines beurkundungsbedürftigen Hauptvertrags. Auch hat der Senat in seinem Urteil vom 22.9.1977 (a. a. O., 265 f.) ausdrücklich an ältere Rechtsprechung zu in einem Hauptvertrag enthaltenen Schiedsklauseln (vgl. BayObLGZ 1916, 86, 89) bzw. Gerichtsstandsabreden (vgl. RGZ 140, 149, 150 f.) angeknüpft und ausgeführt, dass wenn schon nach früherem Recht eine Schiedsklausel als wirksam angesehen worden sei, die in einem formnichtigen Hauptvertrag enthalten sei, dies erst recht für eine in gesonderter Urkunde außerhalb des Hauptvertrags errichtete Schiedsvereinbarung gelten müsse.

Für eine Beurkundungsbedürftigkeit lässt sich auch nicht § 1031 Abs. 5 Satz 3 ZPO anführen (so aber etwa *Tröder*, a. a. O., 381). Nach § 1031 Abs. 5 Satz 1 ZPO müssen Schiedsvereinbarungen, an denen ein Verbraucher beteiligt ist, in einer von den Parteien eigenhändig unterzeichneten Urkunde enthalten sein. Diese darf andere Abreden als solche, die sich auf das schiedsrichterliche Verfahren beziehen, nicht aufweisen; dies gilt nicht bei notarieller Beurkundung (§ 1031 Abs. 5 Satz 3 ZPO). § 1031 Abs. 5 ZPO enthält insoweit eine Schutzvorschrift für Personen, die bei dem der Schiedsvereinbarung zugrundeliegenden Geschäft zu einem nicht gewerblichen Zweck handeln. Durch die gesetzliche Regelung soll dem betreffenden Personenkreis in der notwendigen Deutlichkeit vor Augen geführt werden, dass er auf die Entscheidung eines eventuellen Rechtsstreits durch die staatlichen Gerichte verzichtet. Der Verbraucher soll so davor geschützt werden, dass er sich nicht durch Unterzeichnung umfangreicher Klauselwerke einer Schiedsvereinbarung unterwirft, ohne dies zu merken. Eine Begründung der Schiedsgerichtsbarkeit durch eine „im Kleingedruckten“ versteckte Schiedsklausel soll verhindert werden (vgl. nur Senat, Urteil vom 13.1.2005, III ZR 265/03, BGHZ 162, 9, 15). Das Erfordernis einer besonderen Urkunde erfährt lediglich für den Fall der notariellen Beurkundung eine Ausnahme. Denn nach § 17 Abs. 1 BeurkG hat der Notar die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren. Diese Pflicht umfasst alle wesentlichen Punkte, wozu auch eine Schiedsvereinbarung gehört. Angesichts dieser Pflicht, von deren Erfüllung auszugehen ist, bedarf es einer besonderen Urkunde nicht, da die Belehrung des Notars den Parteien die Tatsache des Abschlusses einer Schiedsvereinbarung und deren Tragweite hinreichend deutlich macht (vgl. Senat, Urteil vom 19.5.2011, III ZR 16/1 Rdnr. 6 unter Hinweis auf die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts, a. a. O., 36, 37). Der Umstand, dass bei notarieller Beurkundung einer Schiedsabrede das Trennungsgebot zwischen Haupt- und Schiedsvertrag bei Beteiligung eines Verbrauchers nicht gilt, besagt aber nichts dafür, dass Schiedsklauseln einschließlich einer in ihnen in Bezug genommenen Schiedsgerichtsordnung beurkundungsbedürftig wären.

Kostenrecht

18. KostO § 24 (Bewertung einer Mieterdienstbarkeit)

Eine für den Mieter eines Verbrauchermarkts vom vermietenden Eigentümer bestellte Mieterdienstbarkeit kann – im Rahmen des § 24 KostO – regelmäßig sachgerecht mit der mietvertraglich vereinbarten Gegenleistung vereinbart werden.

OLG München, Beschluss vom 11.1.2013, 34 Wx 244/12 Kost
Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 gegen den Beschluss des AG München – Grundbuchamt – vom 8.5.2012 wird zurückgewiesen.

Zu notarieller Urkunde vom 30.8.2011 räumte die Beteiligte zu 1 an ihrem Grundbesitz einer Einzelhandelsgesellschaft als Berechtigten eine auflösend bedingte beschränkte persönliche Dienstbarkeit des Inhalts ein, dass diese das Recht hat,

- ein auf dem Grundstück befindliches bestimmtes Gebäude als Verbrauchermarkt für den Verkauf von Food- und Non-Food-Waren aller Waren allein,
- bestimmte Parkplätze allein,
- bestimmte Zu- und Abfahrten zusammen mit dem Eigentümer, Mietern und sonstigen Nutzungsberechtigten von Büros

zu benutzen. Weiter wurde festgelegt, dass der Höchstbetrag des Wertersatzes für die Dienstbarkeit gemäß § 882 BGB 75.000 € beträgt und das Recht nicht ohne Eintragung dieses Höchstbetrags einzutragen sei.

Das Grundbuchamt hat (u. a.) die Eintragung der Dienstbarkeit vollzogen. Im Kostenansatz vom 15.9.2011 (siehe Kostenrechnung vom 22.9.2011) hat es die Dienstbarkeit mit 2.808.000 € bewertet. Es hat hierbei anhand des vorgelegten Mietvertrags zwischen der Eigentümerin und der Handelsgesellschaft die vertragliche Mietdauer von zwölf Jahren und den durchschnittlichen Mietzins zur Berechnung herangezogen.

Gegen die vorgenommene Bewertung der Dienstbarkeit richtete sich die am 11.11.2011 eingelegte Erinnerung der Beteiligten zu 1, der in Anspruch genommenen Kostenschuldnerin. Der Geschäftswert bestimme sich zwar nach dem Wert, den die Dienstbarkeit für den Berechtigten – hier die Mieterin – habe. Für den besonderen Fall der Beschränkung des Wertersatzes (§ 882 BGB) lasse sich der Wert der Dienstbarkeit aber nicht aus der Summe der Jahresmieten ableiten. Maßgeblich sei vielmehr der nach § 882 BGB eingetragene Wert.

Der angehörte Beteiligte zu 2 (vertreten durch den Bezirksrevisor) bestimmt den objektiven Wert der Dienstbarkeit für den Berechtigten nach dem vereinbarten Nutzungsentgelt zwischen Mieter und Vermieter, woraus er einen Geschäftswert von 2.938.877,80 € errechnet und dementsprechend förmliche Wertfestsetzung beantragt hat.

Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 8.5.2012 dem Antrag des Beteiligten zu 2 entsprochen und sich auf dessen Ausführungen gestützt. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1 vom 26.6.2012 mit dem Ziel, den Geschäftswert auf 75.000 € (nach § 882 BGB eingetragener Wert), hilfsweise auf 89.250 € (Höhe eines vertraglichen Baukostenzuschusses), hilfsweise auf 707.627,80 € (Nutzungsentgelt abzüglich der Baukosten) festzusetzen.

Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen. Der Beteiligte zu 2 hält die Wertfestsetzung für zutreffend.

Aus den Gründen:

II.

Das als Beschwerde nach § 31 Abs. 1, Abs. 3 Sätze 1, 3 und 5 sowie § 14 KostO zulässige Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg. Der Geschäftswert ist zutreffend bemessen.

1. Der Geschäftswert für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit (§ 1090 BGB) bestimmt sich nach dem – objektiven – Wert, den die Dienstbarkeit für den Berechtigten hat (OLG München, 32. Zivilsenat, Beschluss vom 8.1.2008,

32 Wx 192/07 = MittBayNot 2008, 320; BayObLG, JurBüro 2000, 94). Der Wert ist nach § 24 KostO zu bemessen, wenn es sich – wie hier – um eine Dienstbarkeit handelt, die dem Berechtigten die Benutzung des Grundstücks in bestimmter Form gestattet (*Schwarz* in *Korintenberg/Lappel/Bengell/Reimann*, KostO, 18. Aufl., § 24 Rdnr. 14 und 15; *Rohs/Wedewe*, KostO, Stand November 2011, § 24 Rdnr. 79). Für die Bewertung nach dem Interesse des Dienstbarkeitsberechtigten spielt es keine Rolle, dass sich der Eigentümer als Besteller zur Kostentragung verpflichtet hat.

a) Gegenstand der Bewertung bildet eine sog. Mieterdienstbarkeit (siehe dazu *Krüger*, NZM 2012, 377). Schlagwortartig dient sie dem Flankenschutz des Gewerberaummieters. Im Gegensatz zum bloß schuldrechtlich wirkenden Mietvertrag entfaltet die Dienstbarkeit Rechtswirkung gegenüber jedermann und sichert somit die Nutzung des Mietobjekts dinglich ab. Sie dient der Standortsicherung, bietet insolvenzrechtlichen Schutz, schützt vor Sonderkündigungsrechten und kann auch bei Formmängeln im schuldrechtlichen Mietvertrag eine Absicherung bieten (siehe *Krüger*, NZM 2012, 377, 379). Diese Umstände rechtfertigen es, die beschränkte persönliche Dienstbarkeit jedenfalls mit dem aus dem abgeschlossenen Mietvertrag ersichtlichen Wertinteresse gleichzusetzen, mag auch in der Praxis die Dienstbarkeit häufig nur als (nachrangiges) Sicherungsinstrument gesehen werden, das für Krisenfälle gedacht ist.

b) Ungeeignet für die kostenrechtliche Betrachtung ist der vereinbarte Höchstbetrag des Wertersatzes nach § 882 BGB. Wie der Vertreter der Staatskasse zutreffend bemerkt, handelt es sich hierbei nur um eine Parteiabrede zum Inhalt des Rechts, während das bestellte Recht und seine Wirkungen wesentlich umfassender sind (siehe a)). Zudem ist der verabredete Höchstbetrag des Ersatzes nicht unbedingt der Wert des Rechts selbst. Soweit die Beschwerde auf die Rechtsprechung des OLG Frankfurt, Beschluss vom 14.12.2009, 20 W 315/09, BeckRS 2011, 10465 Bezug nimmt, handelt es sich dort um die Bewertung eines anderen Vorgangs auf der Grundlage von § 131 Abs. 4 und § 30 Abs. 1 KostO.

c) Zutreffend ist auch, in die Bemessung neben dem 12-jährigen Mietzins den verlorenen Baukostenzuschuss von 89.250 € (brutto) nach § 4 Abs. 2 a. E. im Nachtrag Nr. 1 vom 18.3./29.3.2009 einzubeziehen. Denn nach Vertragslage handelt es sich um einen Teil der Gegenleistung des Mieters, der zur Verbesserung des Objekts zusätzlich zur Flächenmiete zu entrichten ist (vgl. *Bartholomäi* in *Lindner/Figural/Opree/Stellmann*, Geschäftsraummiete, 3. Aufl., Kap. 10 Rdnr. 222). Verfehlt wäre es deshalb, den Betrag wertmindernd abzusetzen. Ergänzend wird auf die Ausführungen zu d) verwiesen.

d) Der kostenpflichtigen Beteiligten zu 1 als Grundstückseigentümerin kommt nicht zugute, dass sie den Mietgegenstand – jedenfalls überwiegend – auf eigene Kosten errichtet hat. Die Errichtungskosten spielen schon deshalb keine Rolle, weil die Investition des Vermieters/Eigentümers erst die Voraussetzung dafür schafft, das Recht einzuräumen, dessen Wert sich durch die Mietzinsbemessung regelmäßig adäquat ausdrückt und nicht durch die Erstehungskosten gemindert wird. Denn diese treffen im Allgemeinen nicht den Berechtigten der Dienstbarkeit. Wird aber nach dessen Interesse (siehe zu 1. vor a)) entsprechend der mietvertraglich geschuldeten Gegenleistung bewertet, so können die Investitionskosten des Eigentümers/Vermieters keine Berücksichtigung finden. Zur Bemessung des Geschäftswerts bei Dienstbarkeiten, die den Betrieb von Energieanlagen betreffen (vgl. etwa OLG Oldenburg, FGPrax 1998, 76; OLG München, 32. Zivilsenat, Beschluss vom 8.1.2008), ergibt sich kein Widerspruch.

(...)

Öffentliches Recht

19. GrdStVG § 9, RSG § 4, GG Art. 14 (*Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts*)

Das siedlungsrechtliche Vorkaufsrecht kann auch ausgeübt werden bei der Veräußerung landwirtschaftlicher Grundstücke an einen Kapitalanleger unter gleichzeitiger Rückverpachtung an den Landwirt, der zum Zweck der Entschuldung seines landwirtschaftlichen Betriebes veräußert. Unter Berücksichtigung der Regelung des § 9 Abs. 7 GrdStVG ist ein Verstoß gegen Art. 14 GG nicht gegeben.

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 17.3.2014, 20 WLw 7/13

Die Antragsteller veräußerten durch notariellen Kaufvertrag vom 27.12.2012 die eingangs genannten zu ihrem landwirtschaftlichen Betrieb gehörenden Grundstücke an den Beteiligten zu 2 zu einem Kaufpreis von 313.638 €, was einem Preis von 2,60 € je qm entspricht. Zum Abschluss des Kaufvertrages kam es, weil die Antragsteller Geld zur Ablösung eines Kredites benötigten, der ihnen wegen rückständiger Zinsen gekündigt worden war. In dem Kaufvertrag wurde zugleich mit dem Beteiligten zu 3, dem Sohn der Antragsteller, an den der landwirtschaftliche Betrieb seit 1998 verpachtet ist, ein Pachtvertrag abgeschlossen, mit welchem der Beteiligte zu 2 ihm die erworbenen Grundstücke befristet auf die Zeit vom 1.1.2013 bis zum 31.12.2022 zu einem jährlichen Pachtzins von 4.825,20 €, mithin 400 € pro ha, verpachtete. Der Beteiligte zu 3 ist kein Landwirt, er hat den Vertrag zum Zwecke einer sicheren Kapitalanlage in Grund und Boden abgeschlossen.

Der Kaufvertrag wurde vom Notar unter dem 4.1.2013 dem ... kreis zur Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz (GrdStVG) vorgelegt; die Prüfungsfrist wurde durch Zwischenbescheid vom 30.1.2013 – dem Notar zugestellt am 1.2.2013 – um zwei Monate verlängert.

Im Rahmen der Anhörung teilte die X GbR der unteren Genehmigungsbehörde mit, am Ankauf der verkauften Flächen für ihren Hof A in B zum Zwecke der Weiterentwicklung des Betriebes interessiert zu sein, da diese in unmittelbarer Nachbarschaft zu ihrer Hofstelle liegen. Die Beteiligte zu 5 teilte sodann mit Schreiben vom 21.2.2013 – bei der unteren Genehmigungsbehörde eingegangen am 25.2.2013 – die Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechtes zu dem Kaufvertrag mit.

Die untere Genehmigungsbehörde teilte mit Bescheid vom 4.3.2013 – dem Notar zugestellt am 6.3.2013 – mit, dass die Beteiligte zu 5 das siedlungsrechtliche Vorkaufsrecht ausgeübt habe und dem Vertrag deshalb Bedenken aus § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdStVG entgegenstünden, da die X GbR an dem Erwerb der Flächen zur Aufstockung ihres Eigenlandanteiles interessiert sei und das dringende Aufstockungsinteresse auch nicht dadurch beseitigt werde, dass in dem Vertrag die Fläche für zehn Jahre an den Beteiligten zu 3 als Sohn der Verkäufer zurückverpachtet sei.

Den hiergegen gerichteten Antrag der Antragsteller auf gerichtliche Entscheidung, der fristgerecht am 18.3.2013 bei der Behörde einging, hat das AG nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung – allerdings ohne die gebotene Verfahrensbeteiligung des Beteiligten zu 5 – mit Beschluss vom 23.8.2013 zurückgewiesen. In der ausführlichen Beschlussbegründung, auf deren Inhalt wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird (Bl. 22 ff. d. A.), ist insbesondere ausgeführt, die Regelung des § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdStVG verstoße trotz der Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffes der ungesunden Verteilung von Grund und Boden nicht gegen die Verfassung und sei mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG und der Berufsfreiheit des Art. 12 GG vereinbar. Die Ausübung des Vorkaufsrechtes sei rechtlich nicht zu beanstanden, da das in anderen Wirtschaftszweigen gebräuchliche Modell des *sale and lease back* mit den Zielen des Grundstücksverkehrsgesetzes nicht vereinbar sei, weil es zu einer Akkumulation landwirtschaftlicher Grundstücke im Eigentum von Unternehmen oder Personen führen könne, die selbst keine Landwirtschaft betrieben, sondern nur aus der Verpachtung an Landwirte Gewinn erwirtschaften wollten. Die Bindung an den zugleich mit dem Kaufvertrag geschlossenen zehnjährigen Pachtvertrag stehe dem Aufstockungsbedarf der erwerbsinteressierten Landwirte nicht entgegen, da insoweit auch Überlegungen bezüglich der Zukunftsorien-

tiertheit zu berücksichtigen seien. Anderes ergebe sich auch nicht aus dem Umstand, dass der Beteiligte zu 2 in der mündlichen Verhandlung bekundet habe, sich außerhalb des notariellen Vertrags verpflichtet zu haben, das Pachtverhältnis über den vereinbarten Zehnjahreszeitraum hinaus zu verlängern und auch eine Rückkaufoption einzuräumen, weil hierdurch die Wirksamkeit der Ausübung des Vorkaufsrechtes durch die Beteiligte zu 5 nicht berührt werde.

Gegen den ihrem Verfahrensbevollmächtigtem am 28.8.2013 zugestellten amtsgerichtlichen Beschluss wenden sich die Antragsteller mit ihrer am 9.9.2013 beim AG eingegangenen Beschwerde. Zur Begründung wird insbesondere ausgeführt, die amtsgerichtliche Entscheidung sei wegen des Verfahrensfehlers der Verletzung der Öffentlichkeit aufzuheben. Ausweislich des an der Tür zum Verhandlungssaal angebrachten Terminzettels habe es sich um eine nicht-öffentliche Sitzung des Landwirtschaftsgerichtes gehandelt. Auf einen entsprechenden Hinweis habe der Vorsitzende zwar erklärt, es handele sich um einen Irrtum, die Sitzung sei öffentlich, der Terminzettel sei jedoch nicht berichtigt worden. Die Genehmigung sei auch in der Sache zu Unrecht verweigert worden. Die Zitierung einer veralteten Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 1967 im amtsgerichtlichen Beschluss könne nichts daran ändern, dass aus der Sicht der Antragsteller im vorliegenden Falle von einer Verfassungswidrigkeit des § 9 Abs. 1 Ziffer 1 GrdStVG im Hinblick auf den unbestimmten Begriff der ungesunden Verteilung des Grund und Bodens ausgegangen werden müsse. Es müsse insbesondere berücksichtigt werden, dass im vorliegenden Fall der Verkauf der Flächen angesichts der wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Hofes unter gleichzeitiger Rückpacht wirtschaftlich sinnvoll gewesen sei, weil hierdurch bei gleichzeitiger Erledigung der Verbindlichkeiten eine erhebliche Reduzierung der monatlichen Belastung erzielt worden sei. Wenn dieses Wirtschaftsmodell über das Grundstücksverkehrsgesetz versagt werde, liege hierin ein verfassungswidriger Eingriff in das Eigentumsrecht, zumal die landwirtschaftliche Nutzung durch die Pacht erhalten bleibe und keiner Drittnutzung zugeführt werde. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachvortrages der Antragsteller wird auf die bisher von dem Verfahrensbevollmächtigten der Antragsteller zur Gerichtsakte gereichten Schriftsätze Bezug genommen.

Der Beteiligte zu 4 tritt der sofortigen Beschwerde entgegen und führt insbesondere aus, § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdStVG enthalte eine Eigentumsbindung und eine Einschränkung der Handlungsfreiheit, der durch den angestrebten Schutz und die Förderung der Agrarstruktur legitimiert werde. Im Interesse der Allgemeinheit an einer leistungsfähigen, gesund strukturierten Landwirtschaft werde der landwirtschaftliche Grundstücksverkehr bewusst nicht dem freien, von Angebot und Nachfrage bestimmten Kräftespiel des Marktes überlassen, wobei die privaten Beziehungen und Verhaltensweisen von Vertragsschließenden und Drittinteressenten untereinander nicht entscheidend seien.

Das AG hat der Beschwerde mit Beschluss vom 29.10.2013, auf deren Inhalt Bezug genommen wird, nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

Der Senat hat die bisher unterbliebene verfahrensrechtliche Beteiligung der Beteiligten zu 5 veranlasst. In der mündlichen Verhandlung des Senates vom 17.3.2014 wurde der Beteiligte zu 3 angehört und der Zeuge Z vernommen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Protokollniederschrift vom 17.3.2014 Bezug genommen.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist zulässig, sie wurde insbesondere form- und fristgerecht gemäß §§ 58, 63, 64 FamFG eingelegt. Außerdem hat das AG ordnungsgemäß nach § 9 LwVG, § 68 Abs. 1 Satz 1 FamFG durch Beschluss und unter Mitwirkung der ehrenamtlichen Richter über die Abhilfe entschieden.

Die zulässige Beschwerde führt jedoch in der Sache nicht zum Erfolg.

Es kann dahinstehen, ob bei den hier geschilderten tatsächlichen Umständen eine Verletzung der Öffentlichkeit im erstinstanzlichen Verfahren gegeben war, da ein derartiger

Verfahrensfehler jedenfalls aufgrund der Durchführung einer mündlichen Verhandlung vor dem Senat als Beschwerdeinstanz geheilt wurde. Zwar stellt eine etwaige Verletzung des Grundsatzes der Öffentlichkeit gemäß § 72 Abs. 3 FamFG in Verbindung mit § 574 Nr. 5 ZPO einen absoluten Rechtsbeschwerdegrund dar, der die Aufhebung der Entscheidung des Beschwerdegerichtes durch das Rechtsbeschwerdegericht rechtfertigt. Gleiches gilt jedoch nicht im Verhältnis des erstinstanzlichen Gerichtes zum Beschwerdegericht. Denn gemäß § 68 Abs. 3, § 69 Abs. 1 Satz 1 FamFG tritt das Beschwerdegericht als zweite Tatsacheninstanz vollständig an die Stelle des erstinstanzlichen Gerichts. Es hat dessen Entscheidung nicht nur auf Rechtsfehler zu überprüfen, sondern in der Sache selbst zu entscheiden. Dabei darf es nach § 69 Abs. 1 Satz 2 und 3 FamFG die Sache nur dann an das erstinstanzliche Gericht unter Aufhebung von dessen Entscheidung zurückverweisen, wenn das erstinstanzliche Gericht in der Sache noch nicht entschieden hat oder das erstinstanzliche Verfahren an einem wesentlichen Mangel leidet und zusätzlich zur Entscheidung eine umfangreiche oder aufwendige Beweiserhebung notwendig wäre und ein Beteiligter die Zurückverweisung beantragt hat. Hiernach vermag ein etwaiger Verfahrensfehler der Verletzung der Öffentlichkeit im erstinstanzlichen Verfahren allein die Zurückverweisung nicht zu rechtfertigen, zumal dieser Verfahrensfehler durch das Beschwerdegericht geheilt werden kann und geheilt wurde.

Auch in materieller Hinsicht führt die Beschwerde nicht zum Erfolg, weil der Kaufvertrag genehmigungspflichtig ist und die Einwendungen gegen das Vorkaufsrecht nicht begründet sind, da die Genehmigung wegen einer ungesunden Verteilung von Grund und Boden zu versagen wäre.

Da die betroffenen Grundstücke die jeweiligen Mindestgrößen weit überschreiten, unterfällt der Kaufvertrag eindeutig der Genehmigungspflicht des § 9 GrdstVG und erfüllt auch die Voraussetzungen für die Ausübung des Vorkaufsrechtes durch die Beteiligte zu 5 als Siedlungsbehörde nach § 4 RSG.

Des Weiteren liegen in materieller Hinsicht die Voraussetzungen für die Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechtes vor. § 9 Abs. 1 Ziffer 1 GrdstVG und das siedlungsrechtliche Vorkaufsrecht nach § 4 RSG dienen dem Zweck, Veräußerungen landwirtschaftlichen Grundbesitzes zu verhindern, die zu einer ungesunden Verteilung von Grund und Boden führen. Dies ist nach § 9 Abs. 2 GrdstVG in der Regel dann der Fall, wenn die Veräußerung Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur widerspricht. Dieser Versagungsgrund liegt nach ständiger Rechtsprechung des BGH und der OLG einschließlich des erkennenden Senats dann vor, wenn landwirtschaftliche Grundstücke an einen Nichtlandwirt veräußert werden, obwohl ein Voll- oder Nebenerwerbslandwirt die Fläche zur Aufstockung seines Betriebes benötigt und bereit und in der Lage ist, die Grundstücke zu den Bedingungen des Kaufvertrages zu erwerben (vgl. BGH, NJW 1992, 1458 und 1998, 616; AgrarR 2002, 320 sowie, NJW-RR 2006, 1245 und Beschluss vom 26.11.2010, BLw 14/09 dok. bei Juris; OLG Schleswig OLG-Report 2009, 342; OLG Frankfurt RdL 2000, 188). Diese Voraussetzungen für die Ausübung des Vorkaufsrechtes im oben genannten Sinne sind im vorliegenden Fall gegeben.

Der Beteiligte zu 2 als Erwerber ist kein Landwirt und beabsichtigt die landwirtschaftlichen Flächen zum Zwecke der Kapitalanlage zu erwerben. Demgegenüber handelt es sich bei den Gesellschaftern der X GbR um einen Zusammenschluss von Personen, die einen leistungsfähigen landwirtschaftlichen Betrieb bewirtschaften und beabsichtigen, durch den Hinzuerwerb den Eigenanteil ihrer landwirtschaftlichen

Flächen aufzustocken. Nach den Angaben des Zeugen Z verfügt der bereits langjährig bestehende Betrieb über 128 ha Betriebsfläche, von denen 30 ha Eigenland sind, wobei die hier betroffenen Flächen sich in unmittelbarer Nähe zur Hofstelle befinden und deshalb trotz der bestehenden Verpachtung für die Weiterentwicklung des Betriebes von besonderem Interesse sind. Hierzu hat das AG zutreffend ausgeführt, dass der Annahme eines anerkennungswürdigen Aufstockungsbedarfs nicht entgegensteht, dass die Kaufinteressenten, für die das Vorkaufsrecht ausgeübt wurde, auf die Dauer von zehn Jahren an die mit dem Kaufvertrag gekoppelte Verpachtung gebunden sind und die Flächen deshalb erst nach Ablauf dieser Zeitspanne in ihre eigene Bewirtschaftung übernehmen können. Denn insoweit ist eine Beurteilung nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten geboten, bei welchen auch eine längerfristige Betrachtung sowie Aspekte der Planungssicherheit und Steigerung der Leistungsfähigkeit des Betriebes und der Vorratshaltung von Eigenflächen für Tauschzwecke und eine spätere Nutzung anzuerkennen sind (vgl. OLG Schleswig, OLG-Report 2006, 562 m. w. N.).

Des Weiteren wird der Umstand der ungesunden Verteilung von Grund und Boden nicht durch die Erwägung ausgeräumt, dass aufgrund der an den Kaufvertrag gekoppelten Verpachtung eine landwirtschaftliche Nutzung der Flächen für die nächsten zehn Jahre sichergestellt ist. Denn jedenfalls führt der Vollzug des Kaufvertrages mit dem Beteiligten zu 2 unmittelbar dazu, dass die Flächen erstmals aus dem Bestand des landwirtschaftlichen Eigenlandes ausscheiden und primär der landwirtschaftsfremden Kapitalanlage dienen. Des Weiteren muss berücksichtigt werden, dass nach Ablauf der im Vertrag vereinbarten Pachtzeit zumindest unter rechtlichen Gesichtspunkten eine Sicherstellung der weiteren sinnvollen landwirtschaftlichen Nutzung dieser Flächen nicht gewährleistet wäre. Hieran vermag der Umstand nichts zu ändern, dass der Käufer seine Bereitschaft bekundet hat, dem Beteiligten zu 3 ggf. bei Verbesserung seiner wirtschaftlichen Situation eine Rückkaufoption einzuräumen, denn diese hätte zu ihrer Verbindlichkeit ohnehin der notariellen Beurkundung bedurft. Zudem hätte die nunmehr in Aussicht gestellte weitere Verlängerung der Pachtzeit, die in den notariellen Vertrag ebenfalls keinen Eingang gefunden hat, als Änderung nach § 14 Ziffer 2 des Vertrages der Schriftform bedurft und war nach Ausübung des Vorkaufsrechtes durch Mitteilung gemäß § 6 Abs. 1 Satz 3 RSG mit Bescheid der Genehmigungsbehörde vom 4.3.2013 ohnehin nicht mehr möglich (vgl. OLG Hamm, AgrarR 1981, 81).

Allerdings soll nach § 9 Abs. 7 GrdstVG die Genehmigung, auch wenn ihr Bedenken aus den in Abs. 1 aufgeführten Gründen entgegen stehen, nicht versagt werden, wenn dies für den Veräußerer eine unzumutbare Härte bedeuten würde. Mit dieser Härteklausele hatten sich die Beteiligten und das erstinstanzliche Gericht zunächst nicht befasst, sie wurde jedoch auf entsprechenden Hinweis des Senates in der mündlichen Verhandlung erörtert und von den Beteiligten auch aufgegriffen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich um eine Ausnahmvorschrift handelt, die insbesondere bei einem Erwerb durch einen Nichtlandwirt eng auszulegen ist, so dass wirtschaftliche Nachteile nicht ausreichen, sondern außergewöhnliche Umstände vorliegen müssen, aus denen sich ergibt, dass bei Versagung der Genehmigung die Existenz des Veräußerers ernsthaft gefährdet wäre (vgl. OLG Celle, RdL 1978, 100; OLG Hamm, AgrarR 1998, 399 sowie die weitere Nachweise bei *Netz*, GrdstVG, 5. Aufl., S. 572 f.).

Ein solcher Härtefall liegt hier nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung und insbesondere der ergänzenden Anhörung des Beteiligten zu 3 nicht vor. Zwar wäre es für die

Antragsteller als Eigentümer und den Beteiligten zu 3 als Pächter des Betriebes wirtschaftlich günstiger, wenn der Kaufvertrag mit dem Beteiligten zu 2 zustande käme, da ihnen dies die – allerdings rechtlich nicht abgesicherte – Möglichkeit eines späteren Rückerwerbes oder einer Verlängerung der Pacht über zehn Jahre hinaus erhalten würde. Dieser Umstand reicht für die Annahme einer unbilligen Härte jedoch nicht aus. Wie die Anhörung des Beteiligten zu 3 ergeben hat, betreibt dieser den Betrieb, der derzeit über 56 ha Fläche – davon 26 ha Eigenland – verfügt, im Nebenerwerb neben seiner Tätigkeit bei der ... und hält aktuell 32 Milchkühe und 30 Rinder zur Nachzucht. Die Fortführung des Betriebes ist nunmehr durch den Verkauf, durch den die sonst drohende Zwangsversteigerung abgewendet und zugleich im Wesentlichen eine Entschuldung der bereits im Rentenalter befindlichen beiden Antragsteller erreicht werden kann, gesichert. Zugleich bleibt aufgrund der in den Kaufvertrag aufgenommenen Verpachtung die bisherige Betriebsfläche über den Zeitraum von zehn Jahren erhalten. Wie sich die Situation des Betriebes danach im Einzelnen darstellen wird, hängt von verschiedenen Faktoren ab und kann zum jetzigen Zeitpunkt nicht zuverlässig vorausgesagt werden. Jedenfalls geht der Senat unter Einbeziehung der Sachkunde seiner ehrenamtlichen landwirtschaftlichen Beisitzer davon aus, dass bei ordnungsgemäßer und vorausschauender Bewirtschaftung der landwirtschaftliche Betrieb des Beteiligten zu 3 im Nebenerwerb auch im Falle einer Verkleinerung der Flächen nach zehn Jahren durch den Ablauf der Pacht fortgeführt werden kann, so dass sich eine konkrete und ernsthafte Existenzgefährdung nicht feststellen lässt. Deshalb überwiegt das durchaus nachvollziehbare persönliche Interesse der Antragsteller und des Beteiligten zu 3 an der Vertragsdurchführung mit dem Beteiligten zu 2 das für die Umsetzung des Vorkaufsrechtes sprechende öffentliche Interesse an der Vermeidung des endgültigen Überganges von landwirtschaftlichen Flächen in das Eigentum eines Nichtlandwirtes nicht so erheblich, dass Letzteres ausnahmsweise nach § 9 Abs. 7 GrdstVG zurücktreten müsste.

Der Senat teilt des Weiteren die rechtliche Würdigung des AG, wonach die Regelung des § 9 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 GrdstVG mit dem Grundgesetz, insbesondere der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG und der Berufsfreiheit des Art. 12 GG vereinbar ist. Der unbestimmte Rechtsbegriff der ungesunden Verteilung von Grund und Boden wurde durch die langjährige Rechtsprechung des BGH und der OLG bezüglich des Vorranges des Erwerbsinteresses vorhandener Landwirte in dem vorerwähnten Sinne ausgefüllt und konkretisiert. Dabei entspricht es einhelliger höchstrichterlicher und auch neuerer Rechtsprechung, dass der Genehmigungsversagungsgrund der ungesunden Verteilung von Grund und Boden nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdstVG, der dem öffentlichen wirtschafts- und agrarpolitischen Interesse der Allgemeinheit dient, durch eine sachgerechte Regelung des Verkehrs mit land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken die Agrarstruktur in der Bundesrepublik Deutschland zu verbessern (vgl. BGH, Beschluss vom 9.3.2006, BLw 23/05 dok. bei juris), mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

Der Senat erachtet in Übereinstimmung mit der Rechtsauffassung des AG unter Berücksichtigung der rechtsgrundsätzlichen Entscheidung des BVerfG (Beschluss vom 12.1.1967, 1 BwR 169/63 = BVerfGE 21, 73) die Regelung des § 9 GrdstVG für verfassungsgemäß. Die grundsätzlichen Erwägungen des BVerfG aus seiner von dem AG ausführlich zitierten Entscheidung stützen zur Überzeugung des Senats auch für den gegenwärtigen Zeitpunkt die Verfassungsgemäßheit der gesetzlichen Regelung. Gerade angesichts des seitdem

erfolgten Strukturwandels in der Landwirtschaft ist es auch heute noch gerechtfertigt, die Veräußerung landwirtschaftlicher Flächen aus Gründen des Gemeinwohls in dem erfolgten Umfang der staatlichen Kontrolle zu unterwerfen, um eine ungesunde Bodenverteilung zu vermeiden und so die für die Ernährung der Bevölkerung wichtige Landwirtschaft langfristig zu stärken und zu schützen, wobei unbilligen Härtefällen mit der Regelung des § 9 Abs. 7 GrdstVG Rechnung getragen werden kann. Dies gilt aktuell besonders vor dem Hintergrund, dass nach der Finanz- und Wirtschaftskrise der zurückliegenden Jahre bei den Kapitalanlegern eine steigende Tendenz zu beobachten ist, nicht nur verstärkt in Immobilien zu investieren, sondern gerade auch landwirtschaftliche Grundstücke zum Zwecke der Kapitalanlage zu erwerben, wie dies auch in der Person des Beteiligten zu 2 der Fall ist (vgl. hierzu auch *Goetz*, NL-BzAR 2012, 132). Vor diesem Hintergrund gewinnen die Ausführungen des BVerfG in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1967, wonach der unvermehrte und unentbehrliche Boden aus volkswirtschaftlichen Gründen und wegen seiner sozialen Bedeutung im Unterschied zu anderen Vermögenswerten nicht dem freien Spiel der Kräfte und dem Belieben des Einzelnen vollständig überlassen werden kann, nach Auffassung des Senats derzeit eine neue Aktualität. Letztlich vermag der Senat auch eine Unvereinbarkeit der Regelung des § 9 GrdstVG mit der Berufsfreiheit des Art. 12 GG und der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG nicht zu erkennen.

Da somit die Voraussetzungen für die Ausübung des Vorkaufsrechtes gemäß § 4 RSG gegeben sind und deshalb der landwirtschaftsgerichtlichen Genehmigung des Vertrages Bedenken nach § 9 Abs. 1 Ziffer 1 GrdstVG entgegenstehen, war der Beschwerde der Erfolg zu versagen.

(...)

Steuerrecht

20. ErbStG § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 13a (*Freigebige Zuwendung eines Gesellschaftsanteils an einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft*)

- 1. Gegenstand einer freigebigen Zuwendung kann ein Anteil an einer vermögensverwaltenden Gesellschaft sein. Mit der schenkweisen Einräumung einer Unterbeteiligung an einem Gesellschaftsanteil, die nicht alle Voraussetzungen einer atypischen Unterbeteiligung erfüllt, wird kein Vermögensgegenstand zugewendet, über den der Empfänger schon tatsächlich und rechtlich verfügen kann.**
- 2. Der Freibetrag (§ 13a Abs. 1 ErbStG) und der verminderte Wertansatz (§ 13a Abs. 2 ErbStG) ist für den Erwerb eines Anteils an einer Personengesellschaft nicht zu gewähren, wenn die Gesellschaft lediglich vermögensverwaltend tätig und nicht gewerblich geprägt ist. Dies gilt auch dann, wenn die Personengesellschaft ihrerseits unmittelbar an einer Kapitalgesellschaft beteiligt ist.**

BFH, Urteil vom 18.9.2013, II R 63/11 (NV)

Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) ist neben seinem Vater V, seinen beiden Geschwistern und der Z-GmbH als Gesellschafter an einer GbR beteiligt. Die GbR ist lediglich vermögensverwaltend tätig.

Die Z-GmbH hielt zunächst als Treuhänderin für die GbR als Treugeberin Geschäftsanteile von 1.272.500 € (= 50,9 % des Stammkapi-

tals) an der A-GmbH und einen Geschäftsanteil von 10.200 € an der H-GmbH. Das Vermögen der GbR beschränkte sich auf diese Treugeberrechte. Im Gesellschaftsvertrag der GbR war vereinbart, dass sich die Beteiligung an der A-GmbH i. H. v. 1.272.500 € wirtschaftlich und schuldrechtlich intern zwischen den Gesellschaftern auf den Kläger und seine beiden Geschwister mit jeweils 200.500 € (je 15,76 %) und auf V mit 671.000 € (52,72 %) verteilt. Der Geschäftsanteil an der H-GmbH sollte intern dem Kläger und seinen beiden Geschwistern zu je einem Drittel zustehen.

Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 24.7.2003 wurde das Treuhandverhältnis beendet und das Treugut auf die GbR übertragen. Gleichzeitig übertrug V schenkweise „von seinen ihm als Gesellschafter der GbR intern wirtschaftlich und schuldrechtlich zugeordneten Rechten“ betreffend die Beteiligung an der A-GmbH Teile von jeweils 149.500 € auf den Kläger und seine beiden Geschwister. Dadurch sollten sich die Beteiligung des V auf 222.500 € ermäßigen und die Beteiligungen des Klägers und seiner Geschwister auf jeweils 350.000 € erhöhen. V behielt sich an den schenkweise übertragenen Rechten den lebenslänglichen Nießbrauch vor, der auf 50 % der auf die nießbrauchsbelasteten Rechte entfallenden, nach dem 10.1.2004 ausgeschütteten Gewinne der A-GmbH beschränkt war. Die geschenkten Anteile sollten bei der Stimmrechtsverteilung, die sich grundsätzlich nach der Zuordnung der jeweiligen Beteiligungen an der A-GmbH richtete, weiterhin dem V zugerechnet werden. Anschließend wurde der Gesellschaftsvertrag der GbR neu gefasst.

Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA) setzte für die freigebige Zuwendung des V im Bescheid vom 23.3.2005, der unter Vorbehalt der Nachprüfung erging, Schenkungsteuer von 116.983 € gegen den Kläger fest, wobei es die Steuervergünstigungen nach § 13a Abs. 1 und 2 ErbStG in der für 2003 maßgebenden Fassung berücksichtigte. Wegen des Nießbrauchs wurde ein Steuerbetrag i. H. v. 78.623 € zinslos gestundet. Nach einer Betriebsprüfung versagte das FA die Steuervergünstigungen des § 13a Abs. 1 und 2 ErbStG, weil V nicht zivilrechtlicher Inhaber der übertragenen Anteile an der A-GmbH und damit nicht zu mehr als einem Viertel unmittelbar am Nennkapital einer Kapitalgesellschaft beteiligt gewesen sei; die Anteile hätten sich vielmehr im Gesamthandsvermögen der GbR befunden. Die Schenkungsteuer wurde im Bescheid vom 13.9.2007 auf 236.683 € erhöht.

Einspruch und Klage blieben ohne Erfolg. Das Finanzgericht (FG) ging davon aus, dass Gegenstand der freigebigen Zuwendung nicht ein Teilanteil des V an der GbR, sondern lediglich Teilanteile von seinen ihm als Gesellschafter der GbR intern wirtschaftlich und schuldrechtlich zugeordneten Rechten betreffend die Beteiligung an der A-GmbH gewesen seien. Der Kläger sei dadurch nicht dinglich am Gesellschaftsvermögen der GbR beteiligt worden. Typisch stille Beteiligungen und typische Unterbeteiligungen vermittelten als rein schuldrechtliche Beziehungen keine dingliche Beteiligung und seien als reine Forderungsrechte zu qualifizieren und zu bewerten. Das Urteil des FG ist in Entscheidungen der Finanzgerichte 2012, 643 veröffentlicht.

Mit der Revision rügt der Kläger die Verletzung der § 7 Abs. 1, § 10 Abs. 1 Satz 3, § 13a Abs. 1, 2, 4 Nr. 3 ErbStG sowie eine fehlerhafte Vertragsauslegung.

Der Kläger beantragt, die Vorentscheidung aufzuheben und den Schenkungssteuerbescheid vom 13.9.2007 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 18.12.2007 dahin zu ändern, dass die Schenkungsteuer auf 115.273 € herabgesetzt wird.

Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet. Die Vorentscheidung beruht zwar insofern auf einer Verletzung bestehenden Rechts, als sie den Erwerbsgegenstand fehlerhaft bestimmt; gleichwohl ist die Revision zurückzuweisen, da sich die Entscheidung aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 126 Abs. 4 FGO). Gegenstand des Erwerbs des Klägers ist entgegen der Auffassung des FG nicht ein schuldrechtliches Nutzungsrecht am Betriebsvermögen der GbR, sondern ein Geschäftsanteil an der vermögensverwaltenden GbR. Für diesen Erwerb sind

die Steuervergünstigungen des § 13a Abs. 1 und 2 ErbStG nicht zu gewähren.

1. Der Schenkungsteuer unterliegt als Schenkung unter Lebenden (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG) jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG; vgl. auch § 516 Abs. 1 BGB).

a) Der Gegenstand der Schenkung richtet sich nach bürgerlichem Recht. Auszugehen ist grundsätzlich vom Parteiwillen, d. h. davon, was dem Bedachten nach dem Willen des Schenkers geschenkt sein soll (BFH, Urteil vom 24.8.2005, II R 16/02, BFHE 210, 515, BStBl II 2006, S. 36, und Urteil vom 25.11.2008, II R 38/06, BFH/NV 2009, 772, jeweils m. w. N.). Entscheidend ist, wie sich die Vermögensmehrung im Zeitpunkt der Ausführung der Schenkung beim Bedachten darstellt, d. h. worüber der Bedachte im Verhältnis zum Schenker – endgültig – tatsächlich und rechtlich frei verfügen kann (zum Beispiel BFH, Urteil vom 16.1.2008, II R 10/06, BFHE 220, 513, BStBl II 2008, S. 631). Dies ist die den steuerpflichtigen Erwerb (§ 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG) darstellende Bereicherung des Bedachten, an die die Wertermittlung (§§ 11, 12 ErbStG) anknüpft.

b) Gegenstand einer freigebigen Zuwendung kann ein Anteil an einer vermögensverwaltenden Gesellschaft sein (vgl. BFH, Urteil vom 11.6.2013, II R 4/12, BFH/NV 2013, 1486). Wird durch die Zuwendung eines Anteils an einer GbR eine bereits bestehende Gesellschaftsbeteiligung des Bedachten erhöht, geht der hinzuerworbene Anteil grundsätzlich in einer einheitlichen Mitgliedschaft mit der bisherigen Beteiligung des Bedachten auf (vgl. BFH, Urteil vom 23.2.2010, II R 42/08, BFHE 228, 184, BStBl II 2010, S. 555). Gegenstand der Zuwendung ist deshalb die Erhöhung des Anteils des Bedachten am Gesamthandsvermögen der Gesellschaft und die damit verbundene Verstärkung seiner Gesellschafterrechte. Hat sich der Schenker jedoch einen Nießbrauch an dem zugewendeten Geschäftsanteil vorbehalten, bleibt der Geschäftsanteil als solcher zur Wahrung der Rechte des Nießbrauchers auch in der Hand des bedachten Gesellschafters bestehen (vgl. MünchKommBGB/Ulmer, 6. Aufl., § 705 Rdnr. 182 m. w. N.), so dass in diesem Fall der Geschäftsanteil Gegenstand der Zuwendung ist.

c) Dagegen wird mit der schenkweisen Einräumung einer Unterbeteiligung an einem Geschäftsanteil, die nicht alle Voraussetzungen einer atypischen Unterbeteiligung erfüllt, kein Vermögensgegenstand zugewendet, über den der Empfänger schon tatsächlich und rechtlich verfügen kann (vgl. BFH, Urteil in BFHE 220, 513, BStBl II 2008, S. 631). Ihm werden vielmehr lediglich Rechtsansprüche in Gestalt eines Bündels schuldrechtlicher Ansprüche gegen den Zuwendenden eingeräumt. Bereichert ist der Zuwendungsempfänger erst, wenn ihm aus der Unterbeteiligung tatsächlich Gewinnausschüttungen und Liquidationserlöse zufließen.

d) Das FG hat den notariell beurkundeten Vertrag vom 24.7.2003 fehlerhaft dahin ausgelegt, dass V dem Kläger keinen Anteil an der GbR, sondern lediglich schuldrechtliche Ansprüche in Bezug auf die Beteiligung an der A-GmbH zugewendet habe. Diese Auslegung lässt wesentlichen Auslegungstoff außer Acht und verstößt deshalb gegen gesetzliche Auslegungsregeln (§ 133 und § 157 BGB), so dass der BFH daran nicht gemäß § 118 Abs. 2 FGO gebunden ist. Denn das FG hat nicht den Willen der Vertragsparteien berücksichtigt, die Beteiligung des V an der GbR zu vermindern und die Beteiligung des Klägers an der GbR entsprechend zu erhöhen. Dieser Wille der Vertragsparteien wird aus dem Schenkungsvertrag und der anschließenden Neufassung des Gesellschaftsvertrags deutlich.

Laut Schenkungsvertrag vom 24.7.2003 übertrug V dem Kläger von seinen ihm als Gesellschafter der GbR „intern wirtschaftlich und schuldrechtlich“ zugeordneten Rechten betreffend die anteilige Beteiligung an der A-GmbH einen Teilanteil von je 149.500 € auf den Kläger und seine beiden Geschwister. Dadurch sollten sich – wie in Tz II.1. des Vertrags ausgeführt ist – die anteilige Beteiligung des V auf 222.500 € ermäßigen und die des Klägers auf 350.000 € erhöhen. Nach dem Wortlaut war der Vertrag auf die Änderung der jeweiligen Beteiligung der Gesellschafter und nicht auf eine bloße Einräumung von schuldrechtlichen Rechten am Gesellschaftsanteil des V gerichtet. Dafür sprechen auch die Bestimmungen des neu gefassten Gesellschaftsvertrags. Dort ist in § 4 festgelegt, dass für die Beteiligung der Gesellschafter am Vermögen und Ertrag der GbR die internen schuldrechtlichen und wirtschaftlichen Zuordnungen der beiden Gegenstände des Gesellschaftsvermögens, also die Zuordnungen der Geschäftsanteile an der A-GmbH und an der H-GmbH maßgebend sind. Die Beteiligung des Klägers an der A-GmbH ist mit 350.000 € und die des V mit 222.500 € angegeben. Nach diesen Zuordnungen richten sich sowohl die Beteiligung der Gesellschafter am Vermögen der GbR, insbesondere im Falle der Liquidation der GbR sowie bei der Verteilung des Erlöses im Falle der Veräußerung von Gegenständen des Gesellschaftsvermögens, als auch die Beteiligung der Gesellschafter am Gewinn der GbR.

Durch die schenkweise Übertragung des Teilanteils i. H. v. 149.500 € wurde dem Kläger ein – wegen des vorbehaltenen Nießbrauchs – weiterer Gesellschaftsanteil an der GbR zugewendet. Mit der Übertragung wurde die Gesellschafterstellung des Klägers als solche verstärkt. Eine Erhöhung der Beteiligung des Klägers wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass sich V ein beschränktes Nießbrauchsrecht an dem schenkweise übertragenen Teilanteil vorbehalten hat und die Vertragsparteien vereinbart haben, dass der geschenkte Anteil bei der Stimmrechtsverteilung weiterhin dem V zuzurechnen ist.

e) Die freigebige Zuwendung des Anteils an der vermögensverwaltenden GbR unterliegt der Schenkungsteuer.

2. Für den Erwerb des Klägers sind die Steuervergünstigungen des § 13a Abs. 1 und 2 ErbStG nicht zu gewähren.

a) Bei der GbR handelt es sich nicht – wie von § 13a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG vorausgesetzt – um eine Gesellschaft im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 3 oder § 18 Abs. 4 EStG. Die GbR ist lediglich vermögensverwaltend tätig und erfüllt daher nicht die Voraussetzungen eines Gewerbebetriebs (§ 15 Abs. 2 Satz 1 EStG) oder einer selbständigen Arbeit (§ 18 EStG). Sie ist auch nicht nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 EStG gewerblich geprägt; denn bei ihr sind nicht ausschließlich eine oder mehrere Kapitalgesellschaften persönlich haftende Gesellschafter. Vielmehr sind auch V, der Kläger und seine Geschwister persönlich haftende Gesellschafter der GbR.

b) Die Voraussetzungen des § 13a Abs. 4 Nr. 3 ErbStG sind hinsichtlich der im Vermögen der GbR befindlichen Anteile an der A-GmbH nicht erfüllt.

Der Freibetrag (§ 13a Abs. 1 ErbStG) und der verminderte Wertansatz (§ 13a Abs. 2 ErbStG) gelten nach § 13a Abs. 4 Nr. 3 ErbStG für den Erwerb von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, wenn neben weiteren Voraussetzungen der Erblasser oder Schenker am Nennkapital dieser Gesellschaft zu mehr als einem Viertel unmittelbar beteiligt war. Ein Erblasser oder Schenker war nur dann im Sinne des § 13a Abs. 4 Nr. 3 ErbStG unmittelbar am Nennkapital einer Kapitalgesellschaft beteiligt, wenn er zivilrechtlich deren Gesellschafter

war (vgl. BFH-Urteil in BFH/NV 2013, 1486). Es genügt nicht, wenn ein Anteil an einer Personengesellschaft erworben wird, die ihrerseits Gesellschafterin einer Kapitalgesellschaft ist und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Personengesellschaft ertragsteuerrechtlich Privatvermögen oder Betriebsvermögen hat.

Im Streitfall war nicht der Schenker V, sondern die GbR zivilrechtlich an der A-GmbH beteiligt. Eine zivilrechtliche Beteiligung des V an der A-GmbH kann nicht deshalb angenommen werden, weil im Gesellschaftsvertrag der GbR die Anteile an der A-GmbH intern schuldrechtlich und wirtschaftlich auch dem V zugeordnet waren.

Anmerkung:

Im Erbschaft- und Schenkungsteuerrecht wird Betriebsvermögen gegenüber dem Privatvermögen erheblich privilegiert. Diese Bevorzugung wird derzeit vom BVerfG auf ihre Verfassungsgemäßheit geprüft.

Der Gesetzgeber hat bereits für die heute bestehenden Regelungen im Hinblick auf die Intention der Vorschriften – Erhalt von Arbeitsplätzen und Betrieben –, Einschränkungen für die Anwendungen der Verschonungsregelungen erlassen, insbesondere sieht § 13a Abs. 1 ErbStG¹ vor, dass nur Betriebsvermögen freigestellt wird, wobei § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG die Übertragung eines Betriebes im Ganzen, eines Teilbetriebes oder eines Anteils an einer gewerblichen Gesellschaft verlangt.

Im zu entscheidenden Fall war die Frage, ob ein Anteil an einer Gesellschaft übertragen wird, die erste Problemstellung, die vom Finanzamt und dem Finanzgericht verneint wurde, da aus deren Sicht den Erwerbern nur eine schuldrechtliche Position eingeräumt wurde, die vergleichbar war mit einer typischen Unterbeteiligung, für die nicht die Verschonungsregelungen angewendet werden können.²

Konkret war ein Vater mit drei Kindern und einer Kapitalgesellschaft Gesellschafter einer GbR in deren Gesellschaftsvermögen sich zwei GmbHs befanden. Der Gesellschaftsvertrag der GbR war so konstruiert, dass einzelnen Gesellschaftern jeweils konkrete Anteile der jeweiligen GmbH zugerechnet wurden.

Der Vater übertrug nun von den ihm zugerechneten GmbH-Anteilen einen Teil an seine Kinder. Gleichzeitig wurde nach den gesellschaftsvertraglichen Regelungen der GbR dadurch die Beteiligungsquote an der GbR zugunsten der Kinder zu Lasten des Anteils des Vaters verändert.

Dem BFH ist zuzustimmen, wenn er feststellt, dass sich der Gegenstand der Schenkung nach bürgerlichem Recht richtet. Den Beteiligten steht es grundsätzlich frei, festzulegen, wie sie die Beteiligungsquote an einer GbR berechnen. Ergibt sich aufgrund der gesellschaftsvertraglichen Regelungen, dass man hierbei auf Gesellschaftsvermögen Bezug nehmen muss, das den Gesellschaftern unterschiedlich zugeordnet wird, verschieben sich mit der intern veränderten Zuordnung des Vermögens automatisch die Quoten an der Gesellschaft, wodurch die Übertragung eines Anteils an einer Gesellschaft gemäß § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG gegeben ist und nicht nur, wie das Finanzamt meinte, ein schuldrechtlicher Anspruch begründet wird.

¹ Für das Urteil galt noch das ErbStG in seiner vorherigen Fassung. Die Bezugnahme auf §§ in dieser Anmerkung ist eine Bezugnahme auf die derzeit gültige Gesetzesfassung.

² R E 13 b.6 Abs. 2 Satz 3 ErbStR.

Jedoch scheiterte eine Freistellung bereits an der zweiten Hürde, die das Gesetz aufstellt. Wie ausgeführt muss grundsätzlich Betriebsvermögen übertragen werden.

Das ErbStG verweist hier auf das EStG. Gemäß § 15 Abs. 2 EStG liegt ein Gewerbebetrieb nur vor, wenn beim Halten von Gesellschaftsanteilen die private Vermögensverwaltung überschritten wird. Dies ist bei Anteilen an zwei Firmen nicht gegeben.³

Da natürliche Personen beteiligt waren, war die GbR auch nicht gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG gewerblich geprägt.

Anzumerken ist, dass selbst bei Vorliegen eines Gewerbebetriebes nach dem Urteil des BFH vom 16.5.2013, II R 5/12,⁴ im vorliegenden Fall keine Begünstigung in Frage gekommen wäre, da der BFH verlangt, dass der übertragene Anteil selbst die Stellung eines Mitunternehmers verleiht, also Mitunternehmerinitiative und Mitunternehmerisiko ermöglicht.⁵ Im vorliegenden Fall verblieb das Stimmrecht, das sich innerhalb der GbR wieder nach der zugerechneten Beteiligung an der A-GmbH richtete, dem Vater, so dass der übertragene Anteil als solches keine Mitunternehmerinitiative vermittelt.⁶

Dies entspricht der Lage bei der atypischen Unterbeteiligung, bei der der BFH eine Gesellschafterstellung erst dann als gegeben sieht, falls vollwertige Vermögens- und Verwaltungsrechte bestehen. Eine bloße Beteiligung an den stillen Reserven und am Geschäftswert genügt nicht.⁷

Auch konnte keine Befreiung gemäß § 13b Abs. 1 Nr. 3 EStG gewährt werden, da der Vater zwar über die Regelungen des GbR-Vertrages mittelbar zu mehr als 25 % an einer GmbH beteiligt war, jedoch nach dem Gesetzeswortlaut eine unmittelbare Beteiligung vorliegen muss, die nur gegeben ist, wenn der Schenker selbst Gesellschafter der GmbH ist.⁸ Im konkreten Fall wurden zwar die GmbH-Anteile, die die GbR hielt, zum überwiegenden Teil dem Vater intern zugerechnet, dies war jedoch nur eine Vereinbarung im Innenverhältnis. Im Außenverhältnis war die GbR als solche Gesellschafterin und nicht der Vater.

D. h., auch wenn der BFH hinsichtlich der GbR-Anteile eine Übertragung von GbR-Anteilen auch dann annimmt, wenn die im GbR-Vertrag intern vorgesehene Zuordnung von bestimmten Vermögensgegenständen verändert wird und dadurch das Stammkapital der GbR verändert wird, führt dies nicht dazu, dass eine unmittelbare Zurechnung der Anteile einer GmbH, die von der GbR gehalten wird, zu den Gesellschaftern erfolgt.

Wichtig ist dies insbesondere für Poolvereinbarungen, die das Ziel haben, dass die 25 %-Quote für Kapitalgesellschaften (§ 136 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG) erreicht wird, um überhaupt in den Genuss der Befreiung zu kommen. Diese Vereinbarung darf nicht mittels der Bildung von Gesamthandsvermögen erreicht werden.⁹

Für die Praxis ist weiter anzumerken, dass die GbR erst am Tage der Schenkung aufgrund Auflösung eines Treuhandverhältnisses selbst unmittelbare Gesellschafterin der GmbHs wurde. In der Regel sieht ein Treuhandverhältnis vor, dass der

Treugeber verlangen kann, dass die Anteile an ihn oder an einen Dritten übertragen werden. Hätte deshalb eine Übertragung der GmbH-Anteile auf den Vater entsprechend seiner internen Beteiligung stattgefunden unter Änderung des GbR-Vertrages und hätte dieser die GmbH-Anteile an seine Kinder übergeben, so wäre es zu einer Freistellung gekommen, vorausgesetzt, die weiteren Voraussetzungen der §§ 13a und 13b ErbStG¹⁰ wären bei der GmbH gegeben gewesen. Bei dieser Gestaltung wären auch keine Probleme einer Kettenschenkung aufgetreten, wie man auf den ersten Blick annehmen könnte, da die Auflösung eines Treuhandverhältnisses kein unentgeltlicher Vorgang ist. Die Übertragung der GmbH-Anteile auf den Vater wäre somit aufgrund eines bestehenden Anspruchs erfolgt und nicht schenkungsweise. Die ausschließliche Schenkung wäre dann die Übertragung der GmbH-Anteile des Vaters an die Kinder gewesen.

Bei der GmbH wäre auch der Nießbrauchsvorbehalt am Anteil für den Vater einfacher gewesen, da hier keine Miteigentümerstellung vermittelt werden muss, um in den Genuss der Verschonungsregelungen zu kommen. Der Gesetzgeber sieht bei einer 25 %-Beteiligung des Veräußerers ein Indiz für unternehmerisches Handeln, das bei der Kapitalgesellschaft anders als bei der Personengesellschaft beim Erwerber nicht mehr gegeben sein muss.¹¹

Inwieweit weitere – zum Beispiel ertragsteuerliche – Gründe gegen solch eine sichere Lösung gesprochen haben, kann aus dem Sachverhalt nicht entnommen werden.

Notar Dr. Christoph Ziegler, Weißenhorn

¹⁰ Insbesondere weniger als 50 % Verwaltungsvermögen, Beibehaltung der Lohnsumme.

¹¹ *Meincke*, ErbStG, § 13b Rdnr. 7.

21. EStG § 15 (Personelle Verflechtung im Rahmen einer Betriebsaufspaltung)

Eine Betriebsaufspaltung liegt wegen fehlender personeller Verflechtung nicht vor, wenn an der Betriebsgesellschaft nicht alle Gesellschafter der Besitz-Personengesellschaft beteiligt sind und die Beschlüsse der Besitz-Personengesellschaft einstimmig gefasst werden müssen. Das alleinige Abstellen auf die Stimmenmehrheit nach den Grundsätzen der Personengruppentheorie berücksichtigt nämlich nicht ausreichend die Situation, dass zugleich Geschäftsführungsbefugnisse im Besitz- und/oder Betriebsunternehmen nicht oder nicht ausschließlich den Mehrheitsgesellschaftern zustehen; in diesem Fall ist (ausnahmsweise) im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles zu entscheiden, ob die Regelungen zur Geschäftsführung der Annahme einer Beherrschungsidentität entgegenstehen.

BFH, Urteil vom 16.5.2013, IV R 54/11

Aus den Gründen:

Gesellschafter der Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) – der „X Vermögensverwaltung haftungsbeschränkte Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ – waren im Streitjahr (1999) die Eheleute A und B sowie deren Kinder C und D. Die Klägerin wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 20.12.1994 von A und B gegründet. Nach § 3 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages waren A zu 52 % und B zu 48 % beteiligt. Mit Schenkungsvereinbarung vom 15.4.1995 übertrugen A und B je 12 % ihrer Beteiligung auf C und D. Danach waren im Streitjahr A zu 28 % und B, C und D zu jeweils 24 % an der Klägerin beteiligt.

³ Vgl. *Schmidt/Wacker*, EStG, § 15 Rdnr. 89 f.

⁴ DStR 2013, 1380.

⁵ *Meincke*, ErbStG, § 13b Rdnr. 5a.

⁶ Ausführlich zum Ganzen *Wachter*, DStR 2013, 1929 f.

⁷ Kritisch hierzu *Jülicher* in *Troll/Gebell/Jülicher*, ErbStG, § 13 Rdnr. 179 f.

⁸ Dies wurde vom BFH bereits mit Urteil vom 11.6.2013, II R 4/12, DStR 2013, 1536 festgestellt.

⁹ *Jülicher* in *Troll/Gebell/Jülicher*, ErbStG, § 13b Rdnr. 217.

Der Gesellschaftsvertrag enthält u. a. folgende Bestimmungen:

„§ 2

(...)

(1) Gegenstand der Gesellschaft ist der Erwerb und die Verwaltung von Vermögen im In- und Ausland, insbesondere von Grundbesitz und damit in Zusammenhang stehendem Kapitalvermögen.

(2) Die Gesellschaft darf keinen Gewerbebetrieb im Sinne des deutschen Steuerrechts betreiben. Alle etwaigen gemeinschaftlichen gewerblichen Aktivitäten der Gesellschafter im Zusammenhang mit dieser Gesellschaft oder ohne einen solchen werden im Rahmen einer gesonderten Gesellschaft bürgerlichen Rechts durchgeführt, für die die §§ 705 ff. BGB unmittelbar Anwendung finden, sofern kein separater Gesellschaftsvertrag geschlossen ist.

§ 3

(...)

(4) Als Gesellschaftereinlage legt (A) das ihm gehörende Grundstück (G) in die Gesellschaft ein. (...)

§ 4

(...)

(1) Die Gesellschaft wird bis zum 31.12.2020 fest geschlossen. Sie kann zu diesem Zeitpunkt erstmals mit einer Frist von 24 Monaten gekündigt werden. (...)

(2) Dem Gründungsgesellschafter (A) steht ein höchstpersönliches außerordentliches Kündigungsrecht mit sechsmonatiger Kündigungsfrist zum Ende eines jeden Geschäftsjahres zu.

(...)

§ 5

(...)

(2) Zu ersten Geschäftsführern sind die Gründungsgesellschafter bestellt, wobei die aktive Geschäftsführung bei (B) liegt. Sie sind alleinvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Eine Abberufung dieser Geschäftsführer durch Gesellschafterbeschluss ist ausgeschlossen. (...)

§ 6

(...)

(1) Gesellschafterbeschlüsse sind in allen Angelegenheiten der Gesellschaft zulässig. Die Beschlussfassung erfolgt mit einfacher Mehrheit. Abgestimmt wird nach den in § 3 Abs. (1) genannten Quoten.

(...)

(7) Gesellschafterbeschlüsse gegen die Stimme des Gründungsgesellschafters (A) sind ausgeschlossen.

(...)

§ 10

(...)

(2) Kündigt ein Gesellschafter, so scheidet er aus der Gesellschaft aus. Die Gesellschaft wird von den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt. ...

(3) Im Falle der Kündigung durch (A) scheidet alle übrigen Gesellschafter aus der Gesellschaft aus. Die Kündigung kann auf das Ausscheiden einzelner Gesellschafter beschränkt werden.

(...)

§ 12

(...)

(1) Für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters – aus welchem Grunde auch immer – wird jeglicher Abfindungsanspruch ausgeschlossen.

(...)“

Aufgrund Auflassung vom 13.3.1995 wurden A und B „in BGB-Gesellschaft mit der Bezeichnung ‚X Vermögensverwaltung haftungsbe-

schränkte Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ als Miteigentümer des Grundstücks G ins Grundbuch eingetragen. Aufgrund notariellen Berichtigungsantrags vom 12.8.1998 wurden neben A und B auch die neu eingetretenen Gesellschafter C und D „in BGB-Gesellschaft ...“ als Miteigentümer eingetragen.

Mit notariellen Urkunden vom 4.9.1995 übertrug A die in seinem Eigentum stehenden Grundstücke H und K sowie Wohnungs- bzw. Teileigentum am Grundstück L an die „X Vermögensverwaltung haftungsbeschränkte Gesellschaft bürgerlichen Rechts“. In den notariellen Urkunden heißt es ferner, dass die Erschienenen (A und B) sich darüber einig seien, dass das Eigentum an den vorgenannten Wohnungen auf A und B „in Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit der Bezeichnung: ‚X Vermögensverwaltung haftungsbeschränkte Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ mit Wirkung zum 31.12.1995 übergehe. Nachdem zunächst A und B „in BGB-Gesellschaft mit der Bezeichnung ‚X Vermögensverwaltung haftungsbeschränkte Gesellschaft bürgerlichen Rechts‘, in die Grundbücher eingetragen worden waren, wurden auch hier aufgrund von notariellen Berichtigungsanträgen vom 12.8.1998 die neu als Gesellschafter eingetretenen C und D als weitere Gesamthandseigentümer eingetragen.

Bereits aufgrund eines Mietvertrags mit dem vorherigen Eigentümer aus dem Jahr 1989 war ein Teil des Grundstücks G an die (GmbH) vermietet. Dort betrieb die GmbH in dafür hergerichteten Räumlichkeiten – wie auch in den Folgejahren – eine Spielhalle. Der Mietvertrag wurde fortgeführt, nachdem A das Grundstück G im Jahr 1990 erworben hatte. An der GmbH waren in den Jahren ab 1995 – darunter auch das Streitjahr – A mit einem Anteil von 75,2 % und C mit einem Anteil von 24,8 % beteiligt.

Für die Jahre 1995 bis 1999 wurden für die Klägerin Feststellungserklärungen abgegeben, nach denen Gesellschafter der Klägerin A, B, C und D waren. Dabei wurden für das Jahr 1995 Einkünfte aus Kapitalvermögen sowie Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung aus den Grundstücken E und G angegeben. Für die Folgejahre wurden neben Einkünften aus Kapitalvermögen Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung aus den Grundstücken E, G, H, K und L erklärt. Zum Grundstück E hat das Finanzgericht (FG) keine weiteren Feststellungen getroffen.

Wie bereits in den Vorjahren ging der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA) auch für das Streitjahr zunächst erklärungsgemäß von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung bzw. aus Kapitalvermögen aus. In seinem unter den Vorbehalt der Nachprüfung (§ 164 Abs. 1 der Abgabenordnung – AO) gestellten Feststellungsbescheid 1999 vom 22.11.2001 stellte das FA erklärungsgemäß Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung i. H. v. 261.962 DM und Einkünfte aus Kapitalvermögen i. H. v. 2.868 DM fest.

Anlässlich einer Außenprüfung für die Jahre 1999 bis 2002 gelangte der Prüfer zu der Auffassung, dass zwischen der Klägerin und der GmbH eine Betriebsaufspaltung bestehe. Eine personelle Verflechtung sei gegeben, weil A einerseits beherrschender Gesellschafter der GmbH sei und zum anderen aufgrund der besonderen Regelungen des Gesellschaftsvertrags – insbesondere der Einräumung eines Vetorechts in § 6 des Gesellschaftsvertrags sowie des außerordentlichen Kündigungsrechts in § 4 des Gesellschaftsvertrags – in der Lage sei, die Klägerin durch Gesellschafterbeschlüsse so zu lenken, wie er es für richtig halte. Darüber hinaus nehme die aus A und C bestehende Personengruppe sowohl bei der Klägerin mit einer Beteiligung von 52 % als auch bei der GmbH mit einer Beteiligung von 100 % eine beherrschende Stellung ein. Die Betriebsaufspaltung habe zur Folge, dass sämtliche Einkünfte der Klägerin als solche aus Gewerbebetrieb zu behandeln seien. Die gewerblichen Einkünfte aus der Vermietung der Spielhalle infizierten die übrigen Einkünfte.

Das FA schloss sich dieser Auffassung an und stellte mit nach § 164 Abs. 2 AO geändertem Feststellungsbescheid 1999 vom 4.5.2006 Einkünfte aus Gewerbebetrieb i. H. v. 218.141 DM fest. Der Einspruch der Klägerin hatte keinen Erfolg.

Das FG wies die Klage aus den in Entscheidungen der Finanzgerichte 2012, 41 veröffentlichten Gründen ab.

Mit ihrer Revision rügt die Klägerin die Verletzung materiellen Rechts.

Sie macht im Wesentlichen geltend, neben der Klägerin existiere eine weitere „X Vermögensverwaltung haftungsbeschränkte Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ (GbR 2). Die Grundstücke E und G seien vor der Schenkungsvereinbarung vom 15.4.1995 in die zu jener Zeit noch

aus den Gesellschaftern A und B bestehende Klägerin eingebracht worden. Weitere fünf Immobilien (betreffend die Grundstücke H, K und L) seien mit Verträgen vom 4.9.1995 auf die GbR 2 übertragen worden. Es greife der „Automatismus“ des § 2 Abs. 2 Satz 2 des Gesellschaftsvertrags der Klägerin, nach dem alle gewerblichen Aktivitäten der Gesellschafter im Rahmen einer gesonderten GbR durchgeführt würden; konkreter Maßnahmen zur Begründung dieser Schwestergesellschaft bedürfe es nicht. Die zivilrechtliche Trennung der Gesellschaften erlaube keinen Durchgriff auf die Schwestergesellschaft, auch wenn das Vorliegen zweier Gesellschaften mit derselben Bezeichnung nach außen hin nicht zu erkennen gewesen wäre.

Soweit gleichwohl die Existenz nur einer Gesellschaft (der Klägerin) angenommen werde, liege keine personelle Verflechtung zwischen Klägerin und GmbH vor, denn die aktive Geschäftsführung bei der Klägerin obliege nach § 5 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags der Klägerin allein der B, die weder an der GmbH beteiligt noch in deren Geschäftsführung eingebunden sei. Nach den Grundsätzen des Urteils des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 30.11.2005, X R 56/04 (BFHE 212, 100, BStBl II 2006, S. 415) werde die Klägerin von B beherrscht. B führe die Geschäfte des täglichen Lebens eigenständig, sei von den Beschränkungen des § 181 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) befreit und brauche für Geschäfte, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgingen, nicht die Zustimmung der Gesellschafterversammlung. Entsprechend sei A nicht in der Lage, bei der Klägerin seinen Willen durchzusetzen. Das Vetorecht des A ändere daran nichts, denn gegen die Mehrheit der anderen Gesellschafter könne er seinen Willen nicht durchsetzen.

Die Spielhalle (Grundstück G) mache nur ungefähr 5 % der Gesamtvermietung aus. Die Einnahmen aus der Vermietung der Spielhalle lägen im Jahr 1999 bei 6,31 % des Gesamtumsatzes, wobei nur die Hälfte der Gesellschafter der Klägerin auch Gesellschafter der GmbH seien, so dass dieser Prozentsatz zu halbieren sei. Es sei unverhältnismäßig, bei einem derart geringfügigen Anteil von der Gewerblichkeit der Klägerin auszugehen. Auch die Rechtsprechung stuft einen äußerst geringen Anteil als unschädlich ein; in der Literatur werde eine abfärbende Wirkung erst beim Überschreiten der absoluten Geringfügigkeitsgrenze in Höhe des gewerbesteuerlichen Freibetrags vertreten.

Die Klägerin beantragt sinngemäß, das vorinstanzliche Urteil und die Einspruchsentscheidung vom 15.2.2008 aufzuheben und den geänderten Gewinnfeststellungsbescheid 1999 vom 4.5.2006 mit der Maßgabe zu ändern, dass keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb festgestellt werden.

Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Zur Begründung bezieht sich das FA auf die Rechtsausführungen in der angefochtenen Entscheidung und trägt ergänzend vor, die Gründungsgesellschafter der Klägerin hätten nicht allein durch „faktisches Handeln“ eine zweite GbR gründen können; entsprechende Willenserklärungen seien nicht abgegeben worden. Die Grundstücksübertragungen seien auf die bestehende GbR – die Klägerin – erfolgt. Aus dem Umstand, dass die personelle Zusammensetzung der Klägerin bei Abschluss der Verträge eine andere gewesen sei als in den Verträgen angegeben, lasse sich für die Ansicht der Klägerin nichts herleiten.

Soweit die Klägerin unter Berufung auf das BFH-Urteil in BFHE 212, 100, BStBl II 2006, S. 415 eine personelle Verflechtung mit der Begründung bestreite, die Geschäfte des täglichen Lebens der Klägerin als Besitzunternehmen würden von B beherrscht und nicht von den die Betriebsgesellschaft (GmbH) beherrschenden Personen, sei jene Entscheidung nicht einschlägig. Die dort aufgestellten Grundsätze betreffen die Beherrschung der Betriebsgesellschaft und kämen auch nur bei einer im Streitfall nicht vorliegenden Konstellation zur Anwendung.

Die Beteiligten haben mitgeteilt, dass sie mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden sind.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet. Sie führt gemäß § 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 der Finanzgerichtsordnung (FGO) zur Aufhebung der Vorentscheidung und der Einspruchsentscheidung und zur

Abänderung des geänderten Gewinnfeststellungsbescheids 1999 vom 4.5.2006 mit der Maßgabe, dass keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb festgestellt werden.

1. Der erkennende Senat hat vorliegend nur darüber zu entscheiden, ob die für die Klägerin festzustellenden Einkünfte zu Recht sämtlich als solche aus Gewerbebetrieb qualifiziert worden sind.

a) Ein Gewinnfeststellungsbescheid kann eine Vielzahl selbständiger und damit auch selbständig anfechtbarer Feststellungen enthalten, die eigenständig in Bestandskraft erwachsen und deshalb für die in dem nämlichen Bescheid getroffenen und rechtlich nachgelagerten Feststellungen Bindungswirkung entfalten können (ständige Rechtsprechung, zum Beispiel BFH, Urteil vom 19.7.2011, IV R 42/10, BFHE 234, 226, BStBl II 2011, S. 878 m. w. N.). Eine solche selbständige Regelung (Feststellung) stellt insbesondere (auch) die Qualifikation der Einkünfte dar (ebenfalls ständige Rechtsprechung, zum Beispiel BFH, Urteil vom 13.12.2012, IV R 51/09, BFHE 240, 55, BStBl II 2013, S. 203 m. w. N.).

b) Mit ihrer Klage wendet sich die Klägerin dagegen, dass das FA und ihm folgend auch das FG im Streitfall von einer Betriebsaufspaltung zwischen ihr – der Klägerin – und der GmbH ausgegangen sind und infolgedessen nicht nur die Einkünfte aus der Vermietung eines Teils des Grundstücks G (Spielhalle) an die GmbH, sondern auch alle übrigen Einkünfte der Klägerin gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 1 des Einkommensteuergesetzes (EStG) als gewerblich qualifiziert haben. Soweit sich die Klägerin auch auf die Existenz einer weiteren „namensidentischen“ GbR berufen hat, lässt sich weder ihrem vor dem FG noch ihrem im Revisionsverfahren gestellten Antrag das die Höhe der erzielten Einkünfte betreffende Klagebegehren entnehmen, einen Teil der streitbefangenen Einkünfte nicht ihr – der Klägerin –, sondern jener GbR zuzurechnen. Nach dem vor dem FG gestellten Aufhebungsantrag genüge der Klägerin die Wiederherstellung des Ausgangsbescheids. Deshalb geht der erkennende Senat davon aus, dass nur die Einkünftequalifikation als selbständige Feststellung im Streit ist.

2. Das FG hat zu Unrecht die Voraussetzungen einer personellen Verflechtung zwischen der Klägerin als Besitzgesellschaft und der GmbH als Betriebsgesellschaft und damit einer Betriebsaufspaltung zwischen beiden Gesellschaften bejaht. Deshalb kommt nicht in Betracht, die Einnahmen aus der teilweisen Vermietung des Grundstücks G an die GmbH als Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu qualifizieren.

a) Eine Betriebsaufspaltung liegt vor, wenn einem Betriebsunternehmen wesentliche Grundlagen für seinen Betrieb von einem Besitzunternehmen überlassen werden und die hinter dem Betriebs- und dem Besitzunternehmen stehenden Personen einen einheitlichen geschäftlichen Betätigungswillen haben; dieser ist anzunehmen, wenn die Person, die das Besitzunternehmen beherrscht, auch in der Betriebsgesellschaft ihren Willen durchsetzen kann (Beschluss des Großen Senats des BFH vom 8.11.1971, GrS 2/71, BFHE 103, 440, BStBl II 1972, S. 63, ständige Rechtsprechung). Ob die damit umschriebenen Voraussetzungen einer sachlichen und personellen Verflechtung vorliegen, ist nach den Verhältnissen des einzelnen Falles zu entscheiden (zum Beispiel BFH, Urteil vom 18.8.2009, X R 22/07, BFH/NV 2010, 208). Ist aufgrund besonderer sachlicher und personeller Gegebenheiten eine so enge wirtschaftliche Verflechtung zwischen der Besitzgesellschaft und dem Betriebsunternehmen zu bejahen, dass die Besitzgesellschaft durch die Vermietungs- oder Verpachtungstätigkeit über das Betriebsunternehmen am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt, so ist die Besitzgesell-

schaft nach der ständigen Rechtsprechung des BFH zur Betriebsaufspaltung gewerblich tätig (zum Beispiel BFH, Urteil vom 8.9.2011, IV R 44/07, BFHE 235, 231, BStBl II 2012, S. 136, Rdnr. 18 m. w. N.).

b) Im Streitfall kann offenbleiben, ob – auch wenn die Klägerin diese nicht in Abrede stellt – zwischen der Klägerin und der GmbH eine sachliche Verflechtung bestanden hat. Eine Betriebsaufspaltung kommt im Streitfall bereits deshalb nicht in Betracht, weil unter den hier vorliegenden Umständen eine personelle Verflechtung zwischen der Klägerin und der GmbH ausscheidet.

(aa) Eine personelle Verflechtung liegt vor, wenn eine Person oder Personengruppe beide Unternehmen in der Weise beherrscht, dass sie in der Lage ist, in beiden Unternehmen einen einheitlichen Geschäfts- und Betätigungswillen durchzusetzen (ständige Rechtsprechung, zum Beispiel BFH, Urteile vom 1.7.2003, VIII R 24/01, BFHE 202, 535, BStBl II 2003, S. 757 m. w. N., und in vom 30.11.2005, X R 56/04, BFHE 212, 100, BStBl II 2006, S. 415). Für die personelle Verflechtung ist nämlich entscheidend, dass die Geschicke des Besitzunternehmens in den wesentlichen Fragen durch die Person oder Personen bestimmt werden, die auch hinter dem Betriebsunternehmen stehen (BFH, Urteil vom 8.9.2011, IV R 44/07, BFHE 235, 231, BStBl II 2012, S. 136, Rdnr. 25).

(bb) Das FG ist davon ausgegangen, dass A und C als Personengruppe in der Lage waren, sowohl in der GmbH als Betriebsgesellschaft – dort als alleinige Gesellschafter – als auch bei der Klägerin als Besitzgesellschaft – hier aufgrund einer Mehrheitsbeteiligung von insgesamt 52 % – ihren Willen durchzusetzen. Zwar wird diese Auffassung – bei isolierter Betrachtungsweise – durch einzelne Regelungen des Gesellschaftsvertrags der Klägerin gestützt. Das FG hat jedoch rechtsfehlerhaft den gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen zur Geschäftsführung bei der Klägerin keine entscheidende Bedeutung beigemessen. In einer Gesamtschau lassen sich die gesellschaftsvertraglichen Regelungen nur dahin würdigen, dass A und C nicht in der Lage waren, in der GbR (Klägerin) ihren Willen durchzusetzen.

(1) Eine Betriebsaufspaltung liegt wegen fehlender personeller Verflechtung nicht vor, wenn an der Betriebsgesellschaft nicht alle Gesellschafter der Besitz-Personengesellschaft beteiligt sind und die Beschlüsse der Besitz-Personengesellschaft einstimmig gefasst werden müssen (BFH, Urteil vom 1.7.2003, VIII R 24/01, BFHE 202, 535, BStBl II 2003, S. 757 m. w. N.). Umgekehrt ist – wie das FG unter Berufung auf das BFH, Urteil vom 10.4.1997, IV R 73/94, BFHE 183, 127, BStBl II 1997, S. 569 zutreffend ausgeführt hat – eine personelle Verflechtung gegeben, wenn die Personen, die an beiden Unternehmen zusammen mehrheitlich beteiligt sind und damit die Betriebs-GmbH beherrschen, auch im Besitzunternehmen über die Mehrheit der Stimmen verfügen und im Besitzunternehmen kraft Gesetzes oder vertraglich wenigstens für Geschäfte des täglichen Lebens das Mehrheitsprinzip maßgeblich ist. Dies entspricht der auf dem Beschluss des Großen Senats des BFH in BFHE 103, 440, BStBl II 1972, S. 63 gründenden sog. Personengruppentheorie (zum Beispiel BFH, Urteil vom 28.1.1993, IV R 39/92, BFH/NV 1993, 528; BFH, Beschluss vom 7.1.2008, IV B 24/07, BFH/NV 2008, 784). Liegen die genannten Voraussetzungen vor, ist regelmäßig keine weitergehende Einzelfallwürdigung erforderlich. Ausgehend hiervon deuten im Streitfall die Regelungen des § 6 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags auf das Vorliegen einer personellen Verflechtung hin, soweit danach Gesellschafterbeschlüsse in allen Angelegenheiten der Gesellschaft zulässig sind und die Beschlussfassung mit einfacher Mehrheit zu

erfolgen hat. Käme es im Streitfall allein auf das in § 6 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags statuierte Mehrheitsprinzip an, könnten A und C, die gemeinsam im Besitzunternehmen (Klägerin) über eine einfache Mehrheit verfügen, auch dort ihren Willen durchsetzen. Diese Sichtweise misst jedoch den im Streitfall vorliegenden Regelungen zur Geschäftsführung nur ungenügende Bedeutung bei. Das alleinige Abstellen auf die Stimmenmehrheit nach den Grundsätzen der Personengruppentheorie berücksichtigt nämlich nicht ausreichend die Situation, dass zugleich Geschäftsführungsbefugnisse im Besitz- und/oder Betriebsunternehmen nicht oder nicht ausschließlich den Mehrheitsgesellschaftern zustehen; in diesem Fall ist (ausnahmsweise) im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles zu entscheiden, ob die Regelungen zur Geschäftsführung der Annahme einer Beherrschungsidentität entgegenstehen.

(2) Nach § 5 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags der Klägerin sind A und B zu deren Geschäftsführern berufen, wobei die „aktive“ Geschäftsführung bei der B liegt. A und B sind alleinvertretungsberechtigt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Eine Abberufung dieser Geschäftsführer durch Gesellschafterbeschluss ist ausgeschlossen. Danach war im Streitfall die gemeinschaftliche Geschäftsführung der Gesellschafter (§ 709 Abs. 1 BGB) abbedungen, was nach § 710 BGB bedeutet, dass die übrigen Gesellschafter (C und D) von der Geschäftsführung ausgeschlossen waren. Insoweit mussten sie zwar bei gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten mitwirken, konnten aber keinen Einfluss auf die Verwaltungsgeschäfte der Klägerin nehmen, zu denen bei einer GbR – anders als bei Personenhandelsgesellschaften – nicht nur solche Geschäfte gehören, die der gewöhnliche Betrieb der Gesellschaft mit sich bringt, sondern alle rechtlichen und tatsächlichen Maßnahmen, auch ungewöhnlicher Art (BFH, Urteil in BFHE 202, 535, BStBl II 2003, S. 757 m. w. N.). Damit ist hinsichtlich maßgeblicher Geschäfte der Klägerin ein Zusammenwirken von A und C ausgeschlossen. Es kommt hinzu, dass die B ungeachtet ihrer „aktiven“ Geschäftsführerstellung alleinvertretungsberechtigt war und insoweit ohne Mitwirkung des A handeln konnte. Dabei konnte die B auch nicht mittelbar durch ein Zusammenwirken von A und C berührt werden, nachdem ihre Abberufung als Geschäftsführerin durch Gesellschafterbeschluss ausgeschlossen war.

(3) Soweit nach § 6 Abs. 7 des Gesellschaftsvertrags Gesellschafterbeschlüsse gegen die Stimme des A ausgeschlossen sind, steht dies der vorgenannten Würdigung nicht entgegen. Zum einen stehen Gesellschafterbeschlüsse der alleinigen Geschäftsführung durch B nicht entgegen, wobei auch insoweit zu berücksichtigen ist, dass ein von eventuellen Gesellschafterbeschlüssen abweichendes Handeln der B nicht durch einen auf deren Abberufung gerichteten Gesellschafterbeschluss sanktioniert werden könnte. Zum anderen ist nicht allein schon aufgrund einer gemeinsamen Mehrheitsbeteiligung von A und C das „Vetorecht“ des A zugleich auch der C zuzurechnen. Auch müssen sich die Interessen von A und C nicht in jedem Fall decken, so dass auch insoweit das „Vetorecht“ des A nicht zwingend Wirkungen auch zugunsten der C entfaltet. Insoweit wäre auch im Rahmen der sog. Personengruppentheorie zu berücksichtigen, dass deren Folgenungen nicht eintreten, wenn die ihr innewohnende Vermutung gleichgerichteter Interessen (zum Beispiel BFH, Beschluss in BFH/NV 2008, 784) nicht greift.

(4) Anders als es das FG gesehen hat, lässt sich auch aus dem in § 4 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags dem A eingeräumten außerordentlichen Kündigungsrecht nicht herleiten, dass A und C bei der Klägerin ihren Willen durchsetzen konnten.

Wie bei dem A zustehenden Vetorecht gilt zunächst auch insoweit, dass sich aus dem Kündigungsrecht des A nicht zwingend ein stets gleichgerichtetes Interesse der C herleiten lässt. Dies gilt erst recht, soweit in § 10 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags die Kündigung des A regelmäßig das Ausscheiden aller übrigen Gesellschafter aus der Gesellschaft zur Folge hat. Des Weiteren lässt sich aber aus der ungesicherten Annahme eines mit dem Kündigungsrecht des A verbundenen „Drohpotenzials“ für Verwaltungsgeschäfte der Klägerin nicht zwingend herleiten, dass dem Willen des A oder einem von A und C gemeinsam gebildeten Willen im Rahmen der Geschäftsführung durch B in jedem Fall entsprochen wurde. Im Übrigen hätte der Senat Zweifel, ob allein der Umstand, dass ein Gesellschafter das Ende der Gesellschaft erzwingen könnte, es rechtfertigt, laufende Geschäfte dieser Gesellschaft dem gewerblichen Bereich zuzuordnen. Denn maßgeblich für die Beurteilung des Vorliegens einer personellen Verflechtung ist der Einfluss auf die Verwaltungsgeschäfte unter Annahme der Fortführung der Gesellschaft.

(5) Trotz gewichtiger Einflussmöglichkeiten des A bei der Klägerin sind diese bei einer Gesamtwürdigung aller Regelungen des Gesellschaftsvertrags dahin zu relativieren, dass wegen der gleichzeitigen maßgeblichen Einflussmöglichkeiten der B die Durchsetzung eines gemeinsamen Willens von A und C (auch) bei der Klägerin nicht unterstellt werden kann. Die anderslautende Würdigung des FG erweist sich als rechtsfehlerhaft, soweit sie auf einer unzureichenden Berücksichtigung der rechtlichen Stellung und Befugnisse der B als Geschäftsführerin der Klägerin beruht.

3. Scheidet im Streitfall eine personelle Verflechtung und damit die Annahme einer Betriebsaufspaltung aus, hat die Klägerin auch im Rahmen der Vermietung eines Teils des Grundstücks G an die GmbH keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt. Schon deshalb kann auch hinsichtlich der übrigen Einkünfte der Klägerin keine Abfärbewirkung i. S. d. § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG eintreten. Insoweit braucht der Senat keine Stellung zu der von der Klägerin aufgeworfenen Frage zu nehmen, ob wegen relativer und/oder absoluter Geringfügigkeit der infolge einer Betriebsaufspaltung als gewerblich zu qualifizierenden Einkünfte keine Abfärbewirkung hinsichtlich der übrigen Einkünfte der Klägerin eintritt.

4. Unter Aufhebung der Vorentscheidung und der Einspruchsentscheidung war deshalb der angefochtene Änderungsbescheid mit der Maßgabe zu ändern, dass keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb vorliegen. Diese Feststellung entfaltet hinsichtlich der in dem nämlichen Bescheid getroffenen und rechtlich nachgelagerten Feststellungen Bindungswirkung (BFH, Urteil in BFHE 234, 226, BStBl II 2011, S. 878). Auf dieser Grundlage wird das FA Folgeänderungen hinsichtlich der rechtlich nachgelagerten, in dem angegriffenen Änderungsbescheid getroffenen Feststellungen vorzunehmen haben.

Anmerkung:

Betriebsaufspaltung aufgrund des Geschäftsführeramtes?

Die Einordnung der Entscheidung: Die Entscheidung bestätigt zum Teil die bisherige Rechtsprechung und Praxis zur Betriebsaufspaltung. Eine Betriebsaufspaltung setzt immer eine personelle und eine sachliche Verflechtung voraus.¹ Die sachliche Verflechtung spielt in der Praxis meist keine we-

sentliche Rolle und bereitet wenig Probleme, da inzwischen praktisch jede zur Nutzung überlassene Immobilie eine wesentliche Betriebsgrundlage ist, die eine sachliche Verflechtung begründet. Problematischer, unsicherer und auch gestaltungsfreudiger ist die Frage der personellen Verflechtung, also ob die gleiche Personengruppe in dem Besitzunternehmen und der Betriebsgesellschaft den einheitlichen geschäftlichen Betätigungswillen durchsetzen kann.² Im Regelfall kommt es dabei auf die konkrete Ausgestaltung der Stimmverhältnisse auf der Ebene der Gesellschafterversammlung an.³ Daher lassen sich die unerwünschten Folgen einer Betriebsaufspaltung regelmäßig auch vermeiden, indem Vetorechte, Einstimmigkeitsabreden,⁴ Stimmbindungsabreden⁵ oder dergleichen die Beherrschungsidentität verhindern. Dann bleibt das Vermögen des Besitzunternehmens Privatvermögen.

Die hier zu besprechende Entscheidung lenkt den Blick auf eine andere Ebene, nämlich auf die der Geschäftsführung. Nach der BFH-Entscheidung vom 16.5.2013 spielt nunmehr die Geschäftsführung eine entscheidende Rolle und wird bei der Frage der personellen Verflechtung als Argumentationstopos herangezogen. Dies ist bisher erst selten der Fall gewesen. Die konkrete Entscheidung des BFH ist m. E. nicht überzeugend und sie ist nicht verallgemeinerungsfähig. Die Finanzverwaltung hat die Entscheidung daher auch nicht im BStBl veröffentlicht, so dass der einzelne Finanzbeamte dienstrechtlich diese Entscheidung nicht über den entschiedenen Einzelfall hinaus anwenden soll. Dies überrascht nicht. Denn unabhängig von der Ausgestaltung der konkreten Geschäftsführungsbefugnis im hier vorliegenden Einzelfall konnten die an beiden Gesellschaften beteiligten Gesellschafter tatsächlich ihren einheitlichen geschäftlichen Betätigungswillen durchsetzen und hatten in der Gesellschafterversammlung beider Gesellschaften die Mehrheit. Der Hauptgesellschafter hatte gesellschaftsrechtlich ja auch die Möglichkeit,⁶ sich die Anteile der Mitgesellschafter per Hinauskündigung jederzeit zu verschaffen, so dass er auch dadurch seinen geschäftlichen Betätigungswillen jederzeit durchsetzen konnte. Dieser Frage nachzugehen, ist jedoch müßig und für die Gestaltungspraxis weniger von Bedeutung. Da der BFH jedoch erneut die Geschäftsführung als entscheidendes Kriterium für personelle Verflechtung heranzieht, soll aus Anlass dieser Entscheidung der Blick vielmehr auf einen viel häufigeren Sachverhalt gelenkt werden, der leicht übersehen wird und daher besonders tückisch ist.

² Siehe *Carle/Carle* in *Korn/Carle/Stahl/Strahl* (KCSS), EStG, § 15 Rdnr. 452 ff.

³ *Carle/Carle* in *Korn/Carle/Stahl/Strahl* (KCSS), EStG, § 15 Rdnr. 454.

⁴ BFH, Beschluss vom 15.6.2011, X B 255/10, BFH/NV 2011, 1859; BFH, Beschluss vom 19.10.2007, IV B 163/06 (NV), BFH/NV 2008, 212.

⁵ *Roschmann/Frey*, GmbHR 1997, 155 ff.

⁶ Über die gesellschaftsrechtliche Wirksamkeit dieser Gestaltung ließe sich freilich trefflich streiten; siehe zum Problem der Hinauskündigungsklauseln BGH, Urteil vom 19.9.2005, II ZR 342/03, GmbHR 2005, 1561 = DB 2005, 2404; BGH, Urteil vom 19.9.2005, II ZR 173/04, GmbHR 2005, 1558 = DB 2005, 2401; *Böttcher*, NZG 2005, 992; *Bütter/Tonner*, BB 2005, 283; *Bütter/Tonner*, MDR 2006, 61; *Heckschen/Voigt*, NotBZ 2005, 427; *Hinderer*, RNotZ 2005, 416; *Hohaus/Weber*, NZG 2005, 961; *Kollaschnik/Haase*, Stbg 2004, 575; *Kowalski/Bormann*, GmbHR 2004, 1438; *Lohr*, GmbH-StB 2005, 380; *Schneider/Wiechers*, DB 2005, 2450; *Sosnizza*, DStR 2005, 72; *Sosnizza*, DStR 2006, 99.

¹ Siehe zusammenfassend OFD Frankfurt/Main v. 10.5.2012, S 2240 A – 28 – St 219, FR 2012, 976 ff.

Die Folgeproblematik mag folgender Sachverhalt verdeutlichen:

Der Alleineigentümer des von der GmbH genutzten Grundstücks war zu 70 % an der GmbH beteiligt; nach deren Satzung waren Beschlüsse entweder einstimmig⁷ oder in laufenden Angelegenheiten mit Dreiviertelmehrheit zu fassen. Ein Geschäftsführungssonderrecht zugunsten des Grundstückseigentümers bestand nicht. Er konnte nach der Satzung also jederzeit abberufen werden. Bestimmte besonders wichtige Maßnahmen durften nur nach vorheriger Zustimmung der Gesellschafterversammlung vom Geschäftsführer entschieden werden. Die erforderlichen Mehrheitsverhältnisse für Gesellschafterbeschlüsse nach der Satzung waren gezielt so gestaltet worden, dass der Mehrheitsgesellschafter keinerlei Beschlüsse gegen den Willen des Minderheitsgesellschafters durchsetzen konnte.

Gleichwohl hat der BFH⁸ in dem vorliegenden Beispielfall das Vorliegen einer personellen Verflechtung und damit einer Betriebsaufspaltung bejaht. Ein Besitzunternehmer beherrscht nach Ansicht des BFH⁹ die Betriebskapitalgesellschaft auch dann personell, wenn er zwar über die einfache Stimmrechtsmehrheit und nicht über die im Gesellschaftsvertrag vorgeschriebene qualifizierte Mehrheit verfügt, er aber als Gesellschafter-Geschäftsführer deren Geschäfte des täglichen Lebens beherrscht, sofern ihm die Geschäftsführungsbefugnis nicht gegen seinen Willen entzogen werden kann. Der Aus-

⁷ Dies steht bereits nach der bisher h. M. einer Betriebsaufspaltung nicht entgegen, BFH, Urteil vom 21.8.1996, X R 25/93, BStBl II 1997, S. 44.

⁸ BFH, Urteil vom 30.11.2005, X R 56/04, BStBl II 2006, S. 415 = DStR 2006, 744 = BB 2006, 920 – als Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung mit Urteil vom 21.8.1996, X R 25/93, BStBl II 1997, S. 44 bezeichnet.

⁹ BFH, Urteil vom 30.11.2005, X R 56/04, BStBl II 2006, S. 415 = DStR 2006, 744 = BB 2006, 920 – als Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung mit Urteil vom 21.8.1996, X R 25/93, BStBl II 1997, S. 44 bezeichnet.

schluss des Gesellschafters vom Stimmrecht nach § 47 Abs. 4 GmbHG in bestimmten Fällen oder das Erfordernis von qualifizierten Mehrheiten oder von Gesellschafterbeschlüssen in besonderen Fällen, steht der personellen Verflechtung nach Ansicht des BFH nicht entgegen. Denn die laufenden, täglichen Geschäfte kann der Geschäftsführer allein und ohne Gesellschafterbeschluss durchführen; aufgrund der Mehrheitsverhältnisse kann dem Geschäftsführer sein Amt nur aus wichtigem Grund ohne seine Zustimmung entzogen werden. Denn auch bei einer Abstimmung über seine Abberufung ohne wichtigen Grund kann der Gesellschafter-Geschäftsführer trotz § 47 Abs. 4 GmbHG mitstimmen. Für die Annahme einer personellen Verflechtung ist die Befreiung von § 181 BGB beim Besitzgesellschafter nicht zwingend erforderlich.¹⁰ Danach ist die personelle Verflechtung auch dann gegeben, wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer einer Besitz-GbR, der gleichzeitig alleiniger Geschäftsführer der GmbH ist, zwar bei der GbR nicht von § 181 BGB befreit ist, aufgrund seiner beherrschenden Stellung in der GmbH aber jederzeit bewirken kann, dass für die GmbH ein anderer Vertreter auftritt. Der Fall müsste nach den Kriterien der vorstehenden BFH-Entscheidung wohl ebenso entschieden werden, wenn ein Alleineigentümer eines Grundstücks nur zu 50 % an der GmbH beteiligt, jedoch gleichzeitig deren einziger Geschäftsführer ist. Denn auch dann kann der Geschäftsführer frei schalten und walten und kann nur aus wichtigem Grund abberufen werden. Demgegenüber geht die bisherige Praxis der Steuerberatung in entsprechenden Fällen meist davon aus, dass so die Betriebsaufspaltung vermieden wird. Demgegenüber wendet die Finanzverwaltung¹¹ auch die personelle Verflechtung aufgrund Geschäftsführungsposition an.

Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

¹⁰ BFH, Urteil vom 24.8.2006, IX R 52/04, FR 2007, 351 = BStBl II 2007, S. 165.

¹¹ OFD Frankfurt/Main v. 10.5.2012, S 2240 A – 28 – St 219, FR 2012, 976 Tz. 2.2.1.

STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung zum 1.10.2014:

Notar Dr. Werner Reiß, München

2. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.10.2014:

Augsburg	dem Notar Thomas Zöpfl (bisher in Ochsenfurt)
Bayreuth	der Notarassessorin Stefanie Tafelmeier (bisher in München Landesnotarkammer Bayern)
Dingolfing (in Sozietät mit Notar Weiß)	dem Notarassessor Michael Gutfried (bisher in Berlin Bundesnotarkammer)
München (in Sozietät mit Notarin Dr. Hepp)	dem Notar Dr. Adolf Reul (bisher in Neu-Ulm)

3. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.10.2014:

Dr. Katharina Hermannstaller, Würzburg
(Notarstellen Prof. Dr. Limmer/Dr. Friederich)

4. Versetzung und sonstige Veränderungen

Notarassessor Jörg Theilig, Bamberg
(Notarstellen Dr. Eue/Dr. Dietz), ab 1.9.2014
in Würzburg (DNotI)

Notarassessor Richard Rachlitz, Prien a. Chiemsee
(Notarstellen Dr. Rieger/Koller), ab 1.10.2014
in Berlin (Bundesnotarkammer)

Notarassessor Dr. Michael Brockmann, Rosenheim
(Notarstelle Lederer), ab 1.11.2014 in München
(Notarstellen Dr. Vollrath/Dr. Walz)

Notarassessorin Inga Franzen, Kaiserslautern
(Notarstellen Jacob/Dietrich), führt seit 13.9.2014
den Namen Gergen

Amtfrau i. N. Karin Huber, Neumarkt-St. Veit
(Notarstelle Wurm), ab 1.10.2014 in Mühldorf a. Inn
(Notarstellen Weishäupl/vormals Dr. Nachreiner)

5. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberinspektorin i. N. Karin Keisel, München
(Notarstelle Prof. Dr. Mayer), zum 31.8.2014 ausgeschieden

Amtsrat i. N. Günter Schiedermeier, Mitterfels
(Notarstelle Haubold), ab 1.9.2014 im Ruhestand

Amtsärztin i. N. Erika Scheiding, Selb
(Notarstelle Dr. Roßner), ab 1.10.2014 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Helmut Reinold, Altötting
(Notarstellen Habel/Martin), ab 1.11.2014 im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Dieter Zawadil, Grünstadt
(Notarstelle Krebs), ab 1.11.2014 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Hans Schwimmer, Vilsbiburg
(Notarstelle Dr. König), ab 1.12.2014 im Ruhestand

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Bad Tölz, Notarstelle Dolp/Leitensdorfer
Albert-Schäffenacker-Straße 7, 83646 Bad Tölz

Bayreuth, Notarstelle Tafelmeier
Spinnereistraße 5a, 95445 Bayreuth
Telefon: 0921 5070440
Telefax: 0921 50704410

Lauingen, Notarstelle Dr. Franck
Herzog-Georg-Straße 22, 89415 Lauingen

München, Notarstellen Dr. Ott/Dr. Dr. Forst
E-Mail: info@ott-forst.de

Traunstein, Notarstellen Jenewein/Gleißner
E-Mail: mail@notare-stadtplatz38.de

Schriftleitung: Notarassessorin Anja Schaller
Notarassessor Stefan Künkele

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit sechs Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € zuzüglich 6,00 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.
Einzelheft 13,00 € einschließlich Versandkosten.

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:
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter www.mediengruppe-universal.de/notarkammer.

Veranstaltungen des DAI

1. Mitarbeiterlehrgang: (Wieder-)Einstieg in die Praxis des Notariats
(*Tondorf*)
3.–7.11.2014 in Bad Zwischenahn
2. Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag
(*Krauβ*)
7.11.2014 in Bochum
3. Aktuelle Fragen zum Betreuungsrecht, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung
(*Müller/Renner*)
7.11.2014 in Kassel
4. Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag
(*Krauβ*)
8.11.2014 in Kiel
5. Bilanzkunde für Notare
(*Wicke/Graf von Kanitz*)
8.11.2014 in Würzburg
6. Intensivkurs Erbrecht
(*Frenz*)
14.–15.11.2014 in Kiel
7. Ausgewählte Fragen des Bauträgervertragsrechts
(*Basty*)
14.11.2014 in Kaiserslautern
8. Grenzüberschreitendes Erbrecht
(*Wachter*)
15.11.2014 in Heusenstamm
9. Aktuelles zum Recht der Hauptversammlung
(*Reul/Ziemons*)
15.11.2014 in München
10. Intensivkurs Gesellschaftsrecht
(*Heckschen/Heidinger/Kirschstein*)
21.–22.11.2014 in Osnabrück
11. Elektronischer Rechtsverkehr im Grundbuchbereich
(*Büttner*)
24., 25., 26., 27., 28., 29.11.2014 in Kiel
12. Mitarbeiterlehrgang: (Wieder-)Einstieg in die Praxis des Notariats
(*Tondorf*)
15.–19.12.2014 in Berlin

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. Bergschneider: Verträge in Familiensachen. 5. Aufl., Giesecking, 2014. 335 S., 49 €
2. Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn: HGB. Band 1, 3. Aufl., Beck, 2014. 2875 S., 299 €
3. Elsing: Fälle und Lösungen zur Abrechnung nach GNotKG. 1. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2014. 160 S., 49 €
4. Götz/Hülsmann: Der Nießbrauch im Zivilrecht und Steuerrecht. 10. Aufl., NWB, 2014. 388 S., 59,90 €
5. Klingelhöffer: Pflichtteilsrecht. 4. Aufl., Beck, 2014. 250 S., 49 €
6. Langhein: NotarFormulare Wohnungseigentumsrecht. Deutscher Notarverlag, 2014. 312 S., 79 €
7. Sauren: Wohnungseigentumsgesetz. 6. Aufl., Beck, 2014. 828 S., 39 €
8. Timme (Hrsg.), Wohnungseigentumsgesetz. 2. Aufl., Beck, 2014. 1395 S., 119 €
9. Zimmermann: Die Testamentsvollstreckung. 4. Aufl., Schmidt, 2014. 616 S., 98 €

Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F