

# MittBayNot

Begründet 1864

## 2|2021

März/April 2021

Mitteilungen des  
Bayerischen Notarvereins,  
der Notarkasse und der  
Landesnotarkammer  
Bayern

### Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
Vorübergehend:  
Denninger Straße 169  
81925 München

### Herausgeberbeirat:

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

### Schriftleitung:

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

## AUFSÄTZE

- **Amann:** Der Ausschluss von Unterhaltungspflichten bei Dienstbarkeiten – zugleich Anmerkung zu OLG München ..... 99
- **Wicke:** Mehrheitsklauseln und unentziehbare Rechte nach Rechtsprechung und MoPeG – zugleich Anmerkung zu BGH ..... 103
- **Leidner:** Praxisupdate Öffentliches Recht ..... 108

## RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

- **Walch** zu **OLG Naumburg:** Fehlende Bindung an Auflassung eines Rechtsvorgängers bei unterbrochener Gesamtrechtsnachfolge..... 126
- **Friedberger** zu **OLG Düsseldorf:** Voraussetzungen für die Löschung eines Nacherbenvermerks..... 141
- **Aumann** zu **OLG Köln:** Verzicht auf Anteilsgewährung bei Verschmelzung..... 155
- **Ackermann** zu **OLG München:** Fehlende Bindungswirkung eines Europäischen Nachlasszeugnisses ..... 162
- **Storch** zu **OLG Nürnberg:** Notargebühren für die Beurkundung einer Vertragsaufhebung mit zusätzlichen Regelungen zur Rückabwicklung des aufgehobenen Vertrags ..... 178
- **Grädler** zu **BFH:** Personelle Verflechtung bei von Geschäftsführung ausgeschlossenem Nur-Besitz-Gesellschafter ..... 183
- **Rohr** zu **BFH:** Zinsen aus der Stundung eines Ausgleichsanspruchs für den Pflichtteilsverzicht sind einkommensteuerbar ..... 189

## Impressum

# MittBayNot

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

### Herausgeber:

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

### Herausgeberbeirat:

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

### Schriftleitung:

Notarassessorin Ann-Kathrin Schmelter,  
Notarassessorin Julia Lindner

### Druck:

Universal Medien GmbH  
Geretsrieder Straße 10  
81379 München

# Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 2 | 2021

<b>AUFSÄTZE</b>		<b>99</b>
<b>Amann:</b> Der Ausschluss von Unterhaltungspflichten bei Dienstbarkeiten – zugleich Anmerkung zu OLG München	99	
<b>Wicke:</b> Mehrheitsklauseln und unentziehbare Rechte nach Rechtsprechung und MoPeG – zugleich Anmerkung zu BGH	103	
<b>Leidner:</b> Praxisupdate Öffentliches Recht	108	
<b>BUCHBESPRECHUNGEN</b>		<b>116</b>
<b>Gustavus:</b> Handelsregisteranmeldungen ( <b>Heringer</b> )	116	
<b>Spiegelberger:</b> Vermögensnachfolge – Gestaltung nach Zivil- und Steuerrecht ( <b>Raff</b> )	117	
<b>Weber:</b> Kölner Formularbuch Wohnungseigentumsrecht ( <b>Grimm</b> )	119	
<b>RECHTSPRECHUNG</b>		<b>120</b>
<b>Bürgerliches Recht</b>		
ALLGEMEINES		
1. Beschwerdebefugnis nach Widerruf der Vorsorgevollmacht (BGH, Beschluss vom 8.7.2020, XII ZB 68/20 – Ls.)	120	
2. Kein Eintritt eines Erwerbers in Mietverhältnis nach § 566 BGB hinsichtlich eines lediglich mitbenutzten Grundstücks (BGH, Urteil vom 4.9.2019, XII ZR 52/18 – Ls.)	120	
3. Keine Vormerkungsfähigkeit gegenseitiger Zuwendungsversprechen auf den Todesfall (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.5.2020, I-3 Wx 64/20 – Ls.)	120	
4. Auslegung von Vertragsklauseln bei Grundstücksveräußerung im „Einheimischen-Modell“ (OLG Hamm, Urteil vom 14.11.2019, I-22 U 52/19 – Ls.)	121	
SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT		
5. Eintragungsfähigkeit eines isolierten Verzichts auf die Erhaltungspflicht des Dienstbarkeitsberechtigten (OLG München, Beschluss vom 5.8.2020, 34 Wx 302/20)	121	
6. Der wechselseitige Ausschluss von Unterhaltungspflichten als Inhalt des Begleitschuldverhältnisses zu einer Dienstbarkeit (OLG München, Beschluss vom 8.6.2020, 34 Wx 177/20)	123	
7. Fehlende Bindung an Auflassung eines Rechtsvorgängers bei unterbrochener Gesamtrechtsnachfolge (OLG Naumburg, Beschluss vom 21.10.2019, 12 Wx 38/19) mit Anmerkung <b>Walch</b>	125 126	
8. Voraussetzungen für eine im Grundbuchverfahren zu beachtende Beendigung einer Testamentsvollstreckung (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 15.10.2019, 5 W 61/19)	128	
9. Kein Anspruch auf Löschung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, wenn nicht ausschließbar, dass Berechtigter noch lebt (OLG Naumburg, Beschluss vom 23.8.2019, 12 Wx 30/19)	130	
FAMILIENRECHT		
10. Adoption einer Volljährigen mit den Wirkungen einer Minderjährigenadoption – keine entgegenstehenden Interessen des leiblichen Elternteils, der seine Unterhaltungspflicht verletzt hat (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 24.6.2019, 1 UF 178/18)	132	
11. Zur Reichweite der betreuungsgerichtlichen Genehmigung der in einem Grundstückskaufvertrag enthaltenen Erklärungen (OLG Naumburg, Beschluss vom 24.4.2019, 12 Wx 16/19)	134	
ERBRECHT		
12. Widerruf des Verzichts auf Aufnahme der Erbquoten in den Erbschein (OLG München, Beschluss vom 10.4.2020, 31 Wx 354/17)	136	
13. Voraussetzungen für die Löschung eines Nacherbenvermerks (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7.4.2020, 3 Wx 230/19) mit Anmerkung <b>Friedberger</b>	138 141	
14. Ausschlagung des Zweitnachlasses (OLG München, Beschluss vom 11.3.2020, 31 Wx 74/20 – Ls.)	143	

# Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 2 | 2021

15. Testamentsauslegung durch Grundbuchamt bei Anordnung eines Vorausvermächtnisses (OLG Hamm, Beschluss vom 21.1.2020, 15 W 433/19) 144

16. Unselbstständige Stiftung als testamentarische Erbin einer Kommanditistin (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.8.2019, I-3 Wx 231/17) 145

## Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

17. Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis für Komplementär (BGH, Urteil vom 13.10.2020, II ZR 359/18) 147

18. Nachweis der Berechtigung einer KG-Liquidatorin nach Löschung der Firma und Schließung des Registerblatts (KG, Beschluss vom 24.9.2020, 1 W 1347/20) 150

19. Kein Erfordernis der Beschlussform für eine Zwischenverfügung nach § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG (OLG Stuttgart, Beschluss vom 9.3.2020, 8 W 295/19) 152

20. Eintragungsantrag einer durch Verschmelzung erloschenen Gesellschaft (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.8.2020, I-3 Wx 125/20 – Ls.) 153

21. Verzicht auf Anteilsgewährung bei Verschmelzung (OLG Köln, Beschluss vom 22.1.2020, 18 Wx 22/19) 153  
mit Anmerkung **Aumann** 155

## Internationales Privatrecht

22. Fehlende Bindungswirkung eines Europäischen Nachlasszeugnisses (OLG München, Beschluss vom 10.2.2020, 34 Wx 357/17) 157  
mit Anmerkung **Ackermann** 162

## Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

23. Einstweilige Anordnung zur Verhinderung der Löschung einer Auflassungsvormerkung (BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 15.5.2020, 2 BvQ 24/20) 166

## Beurkundungs- und Notarrecht

24. Anforderungen an die Unterschrift des Erblassers unter ein notariell errichtetes Testament (OLG Köln, Beschluss vom 18.5.2020, 2 Wx 102/20) 169

25. Beurkundung eines Testaments bei nachträglich festgestellter Schreibunfähigkeit des Erblassers (OLG Hamm, Beschluss vom 15.11.2019, 10 W 143/17) 170

## Kostenrecht

26. Notargebühren für die Beurkundung einer Vertragsaufhebung mit zusätzlichen Regelungen zur Rückabwicklung des aufgehobenen Vertrags (OLG Nürnberg, Beschluss vom 21.8.2020, 8 W 2902/20) 176  
mit Anmerkung **Storch** 178

## Steuerrecht

27. Personelle Verflechtung bei von Geschäftsführung ausgeschlossenen Nur-Besitz-Gesellschafter (BFH, Urteil vom 28.5.2020, IV R 4/17) 179  
mit Anmerkung **Grädler** 183

28. Abzug von Schuldzinsen bei Herstellung und anschließender teilweiser Veräußerung eines Mehrfamilienhauses; Zuordnung von Darlehenszinsen zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung (BFH, Urteil vom 4.2.2020, IX R 1/18) 184

29. Zinsen aus der Stundung eines Ausgleichsanspruchs für den Pflichtteilsverzicht sind einkommensteuerbar (BFH, Urteil vom 6.8.2019, VIII R 22/17) 187  
mit Anmerkung **Rohr** 189

30. Gemischte Schenkung bei einer Teilerbauseinsetzung zwischen Vater und Tochter als Miterben und hohen Wertunterschieden der Grundbesitzwerte der von den Miterben übernommenen Immobilien (FG Baden-Württemberg, Urteil vom 12.2.2020, 7 K 3078/18 – Ls.) 191

## SONSTIGES 192

**Tagungsbericht** 192

**Gansmeier:** „Update GbR“

**Veranstaltungshinweise** 195

**Neuerscheinungen** 197

## STANDESNACHRICHTEN 198

## AUFsätze

# Der Ausschluss von Unterhaltungspflichten bei Dienstbarkeiten

Zugleich Anmerkung zu den Beschlüssen des OLG München vom 8.6.2020, 34 Wx 177/20\*, und vom 5.8.2020, 34 Wx 302/20\*\*

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

Dienstbarkeiten werden häufig unter dem Druck der örtlichen Verhältnisse bestellt, weil dem herrschenden Grundstück ein Zugang zum öffentlichen Wege- und/oder Leitungsnetz fehlt. In aller Regel sind es Grunddienstbarkeiten, denn das eingeräumte Recht soll nicht auf die Lebenszeit einer bestimmten Person beschränkt sein. Dabei legen die Beteiligten gelegentlich Wert darauf, die beiderseitige rechtliche Bindung auf das Allernotwendigste zu beschränken, also sicherzustellen, dass ihnen aus der Dienstbarkeit – gerade im Hinblick auf deren ewige Dauer – keine weitergehenden Pflichten, vor allem keine Unterhaltungspflichten, erwachsen.

Geleitet von diesem Interesse haben die Beteiligten im Fall des OLG München<sup>1</sup> jegliche Unterhaltungs- und Verkehrssicherungspflicht<sup>2</sup> – sowohl des Eigentümers des herrschenden als auch des dienenden Grundstücks – ausgeschlossen und die Eintragung dieses Ausschlusses in das Grundbuch beantragt. Die dagegen ergangene Zwischenverfügung hat das OLG München mit seinem ersten Beschluss bestätigt.<sup>3</sup> Daraufhin haben die Beteiligten ihren Antrag eingeschränkt und nur den Ausschluss der Unterhaltungs- und Verkehrssicherungspflicht des Eigentümers des herrschenden Grundstücks zum dinglichen Inhalt der Dienstbarkeit erhoben. Dies hat das OLG München in seinem zweiten Beschluss<sup>4</sup> – abweichend vom Leitsatz des ersten Beschlusses – als zulässig erachtet.

## 1. Die Vorgaben der Grundbuchordnung

Zwei Vorgaben der Grundbuchordnung waren für das Gericht leitend:

Erstens: Was bereits gesetzlich gilt, kann nicht wiederholend als Inhalt eines dinglichen Rechts im Grundbuch eingetragen werden. Ich nenne diesen Grundsatz kurz „Wiederholungsverbot“. Das Wiederholungsverbot dient dem Ziel, das Grundbuch samt Eintragungsbewilligung nicht mit unnötigen Informationen zu (über-)füllen. Zusammen sollen beide eine kompakte, übersichtliche Informationsquelle bieten und keinesfalls die Gesetzeslektüre oder gar Lehrwerke des geltenden Rechts ersetzen.<sup>5</sup>

Zweitens: Aus Dienstbarkeiten ergeben sich Unterhaltungspflichten der beteiligten Eigentümer nur dann und insoweit, als solche das Gesetz anordnet (§ 1020 Satz 2, § 1022 BGB) oder sie zum Dienstbarkeitsinhalt erhoben wurden, entweder durch Vereinbarung im Begleitschuldverhältnis oder gemäß § 1021 BGB. Außerhalb dieses Rahmens ist weder der Eigentümer des dienenden noch der Eigentümer des herrschenden Grundstücks zu Unterhaltungsmaßnahmen verpflichtet.

## 2. Ohne Nutzung einer Anlage keine Unterhaltungspflicht

Überall, wo das Gesetz den Dienstbarkeitsberechtigten Unterhaltungspflichten auferlegt (§ 1020 Satz 2, §§ 1021, 1022 BGB), knüpft es diese daran, dass der Dienstbarkeitsberechtigte auf dem dienenden Grundstück eine Anlage „hält“, d. h. tatsächlich nutzt, um sein Recht auszuüben.<sup>6</sup> Ohne Vorhandensein einer Anlage auf dem dienenden Grundstück gibt es keine gesetzliche oder vereinbarte Unterhaltungspflicht als Inhalt der Dienstbarkeit. In den Augen des Gesetzgebers besteht, falls keine Anlage vorhanden ist, auch kein Unterhaltsbedarf.

Anlagen sind alle Einrichtungen, die von Menschen für eine gewisse Dauer geschaffen sind. Der Begriff der Anlage wird im

\* MittBayNot 2021, 123 (in diesem Heft).

\*\* MittBayNot 2021, 121 (in diesem Heft).

1 OLG München, Beschluss vom 8.6.2020, 34 Wx 177/20, MittBayNot 2021, 123 (in diesem Heft), und OLG München, Beschluss vom 5.8.2020, 34 Wx 302/20, MittBayNot 2021, 121 (in diesem Heft).

2 Die Verkehrssicherungspflicht ist eine Ausprägung der Unterhaltungspflicht – BGH, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, BGHZ 161, 115 ff. = DNotZ 2005, 617 m. Anm. *Amann*.

3 OLG München, Beschluss vom 8.6.2020, 34 Wx 177/20, MittBayNot 2021, 123 (in diesem Heft).

4 OLG München, Beschluss vom 5.8.2020, 34 Wx 302/20, MittBayNot 2021, 121 (in diesem Heft).

5 Vgl. OLG München, Beschluss vom 22.11.2016, 34 Wx 319/16, NJOZ 2018, 138 Rdnr. 14; *Demharter*, GBO, 31. Aufl. 2018, Anh. zu § 13 Rdnr. 22.

6 Palandt/*Herrler*, 80. Aufl. 2021, § 1020 Rdnr. 3 m. w. N.; jurisPK-BGB/*Münch*, 9. Aufl. 2020, § 1020 Rdnr. 32 m. w. N.

Hinblick auf möglicherweise entstehenden Unterhaltungsbedarf sehr weit verstanden. Demgemäß fallen darunter nicht nur Bauwerke, Ver- und Entsorgungsleitungen, Einfriedungen,<sup>7</sup> sondern auch Wege aller Art, gleichgültig, ob befestigt, gekiest oder nur durch ständige Benutzung als Fahrspuren entstanden.<sup>8</sup> Dagegen sind nicht erfasst das bloße Grundstück und darauf von selbst gewachsene Bäume und Sträucher.

### 3. Konsequenz für den Fall des OLG München

In dem Fall, über den das OLG München zweimal zu befinden hatte, war der Eigentümer des herrschenden Grundstücks lediglich befugt, „das dienende Grundstück dauernd und umfassend (...) zu begehen“. Die Ausübung des Gehrechts war nicht auf einen Weg oder sonstwie bestimmten Teil des dienenden Grundstücks beschränkt. Nicht einmal von der Spur eines Weges ist im Sachverhalt die Rede. Angesichts dessen deutete nichts auf das Vorhandensein einer vom Dienstbarkeitsberechtigten genutzten Anlage hin. Die Ausübung des Gehrechts über das dienende Grundstück war vielmehr dem tatsächlichen Gebrauch überlassen.<sup>9</sup>

Demgemäß konnte bereits von Gesetzes wegen keine Unterhaltungspflicht zulasten des herrschenden oder des dienenden Grundstücks entstehen. Als bloße Wiederholung der gesetzlich bestehenden Rechtslage war die Eintragung des Ausschlusses jeder Unterhaltungspflicht unzulässig. In seinem ersten Beschluss hat das OLG München dies zutreffend erkannt.

Bei seinem zweiten Beschluss hat es dagegen – ohne ein weiteres Wort darüber zu verlieren – unterstellt, auf dem dienenden Grundstück sei eine Anlage vorhanden, die der Berechtigte zur Ausübung des Gehrechts benutze. Es hat damit über einen Sachverhalt befunden, den die Beteiligten nicht zur Entscheidung gestellt hatten. Über diesen fiktiven Sachverhalt hat es richtig entschieden, über den wirklichen zwangsläufig falsch. Im Ergebnis ist dies allerdings unschädlich, denn die Eintragung des mit dem Gesetz übereinstimmenden Ausschlusses der Unterhaltungspflicht verstößt lediglich gegen das Wiederholungsverbot. Sie ist überflüssig, aber weder unrichtig und noch inhaltlich unzulässig.<sup>10</sup>

### 4. Verwässerung durch Leitsätze – Konkretisierung durch Fallgruppen

Über dem ersten Beschluss des OLG München steht noch der Leitsatz, der wechselseitige Ausschluss von Unterhaltungspflichten könne nicht im Grundbuch eingetragen werden, also generell nicht. Dasselbe hat bereits 2014 das OLG Hamm per Leitsatz verkündet.<sup>11</sup> Zwar hält das OLG München in seinem zweiten Beschluss an diesem Leitsatz nicht mehr uneinge-

schränkt fest. Es erklärt nun den Ausschluss jeder Unterhaltungspflicht des Eigentümers des *herrschenden* Grundstücks für eintragungsfähig. Wer an den damit unangetastet gebliebenen Teil des früheren Leitsatzes glaubt, wird infolgedessen den Ausschluss einer Unterhaltungspflicht des Eigentümers des *dienenden* Grundstücks für nicht eintragungsfähig halten, vielleicht sogar generell, nicht nur im entschiedenen Fall. Zurück bleibt ein Gefühl der Unsicherheit, denn derart allgemein formulierte Leitsätze greifen über den entschiedenen Sachverhalt hinaus. Sie haben die Tendenz, ein Eigenleben zu entfalten und vom Gesetz vorgegebene Unterscheidungen beiseite zu drängen. Daraus wird fruchtbarer Nährboden für Zwischenverfügungen.

Rechtssicherheit lässt sich in unserer Frage besser dadurch gewinnen, dass man Fallgruppen bildet und diese gemäß den gesetzlichen Vorgaben beurteilt. Dabei sind die nachfolgend behandelten Fallgruppen zu unterscheiden.

### 5. Auf dem dienenden Grundstück befindet sich keine Anlage zur Ausübung der Dienstbarkeit

Ist auf dem dienenden Grundstück – wie im Fall des OLG München – keine Anlage vorhanden, die der Berechtigte zur Ausübung seines Rechts benutzt oder mitbenutzt, so trifft – wie wir in Abschnitt 2 festgestellt haben – bereits von Gesetzes wegen keinen der beteiligten Eigentümer eine Unterhaltungspflicht. Die Eintragung des Ausschlusses einer solchen widerspräche dem Wiederholungsverbot. Umgekehrt bietet das Gesetz in dieser Fallkonstellation keine Grundlage, eine Unterhaltungspflicht eines beteiligten Eigentümers in den Inhalt der Dienstbarkeit aufzunehmen.

### 6. Auf dem dienenden Grundstück befindet sich eine Anlage zur Ausübung der Dienstbarkeit

In dieser Fallgruppe muss danach unterschieden werden, ob der Eigentümer des herrschenden Grundstücks diese allein nutzt oder zusammen mit dem Eigentümer des dienenden Grundstücks.

In beiden Fällen ist zu beachten, dass die Unterhaltung nicht nur erforderliche Reparaturen umfasst, sondern ebenso die Wiederherstellung einer zerstörten Anlage, unter Umständen deren Modernisierung nach dem Stand der Technik und aktueller Sicherheitsvorschriften, die Übernahme der Verkehrssicherungspflicht für die Anlage, deren ordentliches Aussehen und Vorkehrungen gegen Eingriffe Dritter.<sup>12</sup>

#### a) Vom Berechtigten allein genutzte Anlage auf dem dienenden Grundstück

Die Fälle, in denen der Berechtigte die Anlage allein nutzt, kommen in der Praxis seltener vor als Fälle der Mitbenutzung. Meistens handelt es sich um Ver- und Entsorgungsleitungen, an die ausschließlich das herrschende Grundstück angeschlossen ist, manchmal auch um Bauwerke, die der Berechtigte auf dem dienenden Grundstück hält, zum Beispiel einen Überbau. Dann haben wir es mit dem klassischen Anwen-

7 BGH, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, BGHZ 161, 115 ff. = DNotZ 2005, 617 m. Anm. *Amann*.

8 BGH, Urteil vom 7.7.2006, V ZR 156/05, MittBayNot 2006, 495; w. N. bei Palandt/*Herrler*, § 1020 Rdnr. 3.

9 Das ist selten interessengerecht, aber zulässig, vgl. BGH, Urteil vom 3.5.2002, V ZR 17/01 m. Anm. *Dümig*, DNotZ 2002, 721.

10 Vgl. *Demharter*, GBO, § 53 Rdnr. 43.

11 OLG Hamm, Beschluss vom 11.11.2014, I-15 W 307/14, MittBayNot 2016, 317 m. Anm. *Munzig*.

12 BGH, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, BGHZ 161, 115 ff. = DNotZ 2005, 617 m. Anm. *Amann*; weitere Einzelheiten bei *Staudinger/Weber*, Neub. 2017, § 1020 Rdnr. 16-18.



dungsfall des § 1020 Satz 2 BGB zu tun. Der Berechtigte ist von Gesetzes wegen zwar nicht schlechthin zur ordnungsmäßigen Unterhaltung verpflichtet, wohl aber insoweit, als das Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks dies erfordert; dabei geht es ausschließlich darum, Beeinträchtigungen der Substanz oder der Nutzung des belasteten Eigentums zu vermeiden, mit anderen Worten: um das sog. Integritätsinteresse des Eigentümers des dienenden Grundstücks.<sup>13</sup>

Zweifelhaft mag zunächst erscheinen, ob der Berechtigte durch Vereinbarung im Begleitschuldverhältnis von dieser Pflicht ganz oder teilweise entbunden werden kann. Die Antwort darauf erschließt sich, wenn man sich vor Augen hält, dass § 1020 Satz 2 BGB das Integritätsinteresse des belasteten Eigentümers schützt. Grundsätzlich steht diesem gegen jedwede Beeinträchtigung seines Eigentums ein Abwehranspruch gemäß § 1004 Abs. 1 BGB zu. Nach § 1018 letzte Variante BGB kann die Ausübung dieses Abwehrrechts durch Dienstbarkeit beschränkt werden. Soweit dies geschehen ist, hat der damit belastete Eigentümer den Eingriff zu dulden (§ 1004 Abs. 2 BGB). Unter diesem Blickwinkel erweist sich jede Entlastung des Dienstbarkeitsberechtigten von der Unterhaltungspflicht als Erweiterung seiner Befugnisse gemäß § 1018 letzte Variante BGB und spiegelbildlich als Einschränkung des Integritätsinteresses des belasteten Eigentümers. Ein solchermaßen vereinbarter Inhalt der Dienstbarkeit ist daher zulässig und eintragungsfähig.<sup>14</sup> Noch weitergehend erlaubt § 1021 Abs. 1 Satz 1 BGB sogar die Vereinbarung, dass der Eigentümer des belasteten Grundstücks die Anlage zu unterhalten hat, soweit es das Interesse des Berechtigten erfordert. Diese ist im Gegensatz zu einer Vereinbarung im Begleitschuldverhältnis zusätzlich reallastbewehrt (§ 1021 Abs. 2 BGB).<sup>15</sup>

Nicht eintragungsfähig wäre dagegen ein Dienstbarkeitsinhalt, wonach trotz alleiniger Benutzung der Anlage durch den Berechtigten den Eigentümer des dienenden Grundstücks keine Unterhaltungspflicht trifft. Denn damit würde lediglich die gesetzliche Rechtslage wiederholend wiedergegeben.

#### b) Von beiden Eigentümern gemeinsam genutzte Anlage auf dem dienenden Grundstück

Bis zum Urteil des BGH vom 12.11.2004<sup>16</sup> haben Rechtsprechung und herrschende Meinung<sup>17</sup> § 1020 Satz 2 BGB nur für anwendbar gehalten, wenn die Anlage auf dem dienenden Grundstück ausschließlich vom Dienstbarkeitsberechtigten

genutzt wurde. Nutzten die Eigentümer des dienenden und des herrschenden Grundstücks die Anlage gemeinsam, so blieb es jedem der beiden überlassen, von sich aus und auf eigene Kosten die Unterhaltsmaßnahmen durchzuführen, die er für erforderlich hielt. Faktisch lastete der Unterhalt, zum Beispiel eines gemeinsamen Wegs oder einer gemeinsamen Leitung, dann auf demjenigen, der den eingetretenen Zustand nicht mehr ertragen konnte. Salopp konnte man diesen liberalen Ansatz „Verteilung der Unterhaltslast nach Nervenstärke“ nennen.<sup>18</sup>

Nach der neuen Rechtsprechung des BGH,<sup>19</sup> der sich das Schrifttum überwiegend angeschlossen hat,<sup>20</sup> trifft die Unterhaltung gemeinsam genutzter Anlagen mangels abweichender Vereinbarung die Eigentümer beider Grundstücke in entsprechender Anwendung der §§ 748, 742 BGB grundsätzlich also je zur Hälfte, bei deutlich abweichender tatsächlicher Nutzung oder Verursachung gemäß einem daran orientierten Verteilungsschlüssel.<sup>21</sup>

Das bedeutet:

Bei gemeinsamer Benutzung der Anlage ist grundsätzlich jeder der beiden beteiligten Eigentümer an der Unterhaltungslast beteiligt.

Wird als Inhalt der Dienstbarkeit vereinbart, dass einer von beiden oder beide davon ganz oder teilweise entbunden sind, liegt darin keine bloße Wiederholung des Gesetzesinhalts, sondern eine eintragungsbedürftige, daher eintragungsfähige Abweichung davon.

Die undifferenziert anderslautenden Aussagen der Leitsätze verwundern. Denn das OLG München zitiert in seinen beiden Beschlüssen das Urteil des BGH vom 12.11.2004.<sup>22</sup> Dieses ist aber offensichtlich bei der Formulierung der Leitsätze nicht mehr bedacht worden. Ebenso wenig hat es das OLG Hamm in seinem Beschluss aus dem Jahre 2014<sup>23</sup> berücksichtigt. Dort wollten die Beteiligten in den Inhalt der Dienstbarkeit aufgenommen wissen, dass keiner der Eigentümer zur Unterhaltung des *gemeinsam* genutzten Luftschutzkellers verpflichtet ist. Dies hätte ihnen angesichts der Rechtsprechung des BGH nicht versagt werden dürfen. Noch weniger war ein

<sup>18</sup> Amann, DNotZ 2005, 621.

<sup>19</sup> BGH, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, BGHZ 161, 115 ff., gekürzt in DNotZ 2005, 617 m. Anm. Amann; ebenso BGH, Urteil vom 7.7.2006, V ZR 156/05, MittBayNot 2006, 495.

<sup>20</sup> Vgl. Palandt/Herrler, § 1020 Rdnr. 3; Staudinger/Weber, § 1020 Rdnr. 14.

<sup>21</sup> Rdnr. 29 des Urteils des BGH vom 12.11.2004, V ZR 42/04, abgedruckt in BGHZ 161, 115 ff.; zur Verteilung der Unterhaltungspflicht unter mehreren Dienstbarkeitsberechtigten Oppermann/Scholz, DNotZ 2017, 4 ff.

<sup>22</sup> BGH, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, BGHZ 161, 115 ff., gekürzt in DNotZ 2005, 617, vom OLG München in seinem Beschluss vom 5.8.2020, 34 Wx 302/20, MittBayNot 2021, 121 (in diesem Heft) als „Grundsatzentscheidung“ bezeichnet.

<sup>23</sup> OLG Hamm, Beschluss vom 11.11.2014, I-15 W 307/14, MittBayNot 2016, 317; dazu mit Recht kritisch Munzinger, MittBayNot 2016, 318; dagegen unkritisch ohne Rücksicht auf Fallgruppen jurisPK-BGB/Münch, Stand: 1.7.2020, § 1020 Rdnr. 36, 37.

<sup>13</sup> BGH, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, DNotZ 2005, 617, 620 m. w. N.

<sup>14</sup> Ebenso OLG München, Beschluss vom 5.8.2020, 34 Wx 302/20, MittBayNot 2021, 121 (in diesem Heft) abweichend vom Leitsatz seines Beschlusses vom 8.6.2020, 34 Wx 177/20, MittBayNot 2021, 123 (in diesem Heft) und losgelöst vom zu entscheidenden Fall sowie ohne Beschränkung auf eine bestimmte Fallgruppe.

<sup>15</sup> Vgl. Staudinger/Weber, § 1020 Rdnr. 14, § 1021 Rdnr. 10; Amann, DNotZ 1989, 531, 535.

<sup>16</sup> BGH, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, DNotZ 2005, 617 m. Anm. Amann.

<sup>17</sup> Nachweise bei Staudinger/Weber, § 1020 Rdnr. 14.

Leitsatz am Platz, der den Ausschluss der Unterhaltungspflicht generell für nicht eintragungsfähig erklärt.

c) Schäden an der Anlage infolge Nutzung des dienenden Grundstücks

Auch wenn jede Unterhaltungspflicht des Eigentümers des dienenden Grundstücks ausgeschlossen ist, kann dessen Eigentümer dem Dienstbarkeitsberechtigten schadenersatzpflichtig werden, falls seine Nutzung des dienenden Grundstücks Schäden an der Anlage verursacht. So kann etwa eine in geringer Tiefe verlegte Leitung Schaden nehmen, wenn weiterhin wie bisher Schwerfahrzeuge darüberfahren; eine oberirdische Anlage kann z. B. durch Baumwurf beschädigt werden. Der Ausschluss jeder Unterhaltungspflicht allein schützt den Eigentümer des dienenden Grundstücks nicht vor dem Risiko, dafür haftbar gemacht zu werden. Schutz kann ihm aber eine gegenläufige Grunddienstbarkeit am herrschenden Grundstück bieten, wonach derartige Einwirkungen entschädigungslos zu dulden sind<sup>24</sup>. Der Wunsch nach einer solchen „Gegendienstbarkeit“ kann nebenbei offenbaren, ob der eigene Vorteil oder Kooperation als Leitbild fungiert.

## 7. Ergebnis

Die Eintragung in das Grundbuch, dass die an einer Dienstbarkeit beteiligten Eigentümer oder einer von ihnen zu keinerlei Unterhaltungsmaßnahmen verpflichtet sind, ist weder generell

unzulässig, wie die Leitsätze des OLG Hamm und des ersten Beschlusses des OLG München suggerieren, noch generell zulässig.

Als bloße Gesetzeswiederholung unzulässig ist eine solche Eintragung, wenn sich auf dem dienenden Grundstück keine Anlage befindet, die der Dienstbarkeitsberechtigte benutzt oder mitbenutzt.

Hält der Dienstbarkeitsberechtigte auf dem dienenden Grundstück eine Anlage und benutzt ausschließlich er diese, so kann der Ausschluss oder die Beschränkung seiner auf § 1020 Satz 2 BGB beruhenden Unterhaltungspflicht als Inhalt der Dienstbarkeit eingetragen werden, dagegen nicht der Ausschluss einer Unterhaltungspflicht des Eigentümers des dienenden Grundstücks; diesen trifft nämlich bereits kraft Gesetzes keine Unterhaltungspflicht.

Befindet sich auf dem dienenden Grundstück eine Anlage, die dessen Eigentümer und der Dienstbarkeitsberechtigte gemeinsam nutzen, so sind Vereinbarungen über einen Ausschluss, eine Beschränkung oder eine Verteilung der Unterhaltungspflicht beider oder eines von beiden uneingeschränkt zulässig.<sup>25</sup>

---

24 Vgl. Staudinger/Weber, § 1027 Rdnr. 9; Würzburger Notarhandbuch/Munzig, 5. Aufl. 2017, Teil 2 Kap. 7 Rdnr. 70; Beck'sches Notarhandbuch/Everts, 7. Aufl. 2019, § 7 Rdnr. 41 ff. mit Formulierungsbeispiel.

---

25 Vgl. Beck'sches Notarhandbuch/Everts, § 7 Rdnr. 27, 33 mit Formulierungsbeispiel.



# Mehrheitsklauseln und unentziehbare Rechte nach Rechtsprechung und MoPeG

Zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 13.10.2020, II ZR 359/18\*

Von Notar Prof. Dr. **Hartmut Wicke**, LL.M. (Univ. Stellenbosch), München

Die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des geschäftsführenden Gesellschafters einer Kommanditgesellschaft ist nach einem neuen Urteil des BGH ein relativ unentziehbares Recht.<sup>1</sup> Ein Eingriff in ein solches Recht ist ohne Zustimmung des betroffenen Gesellschafters nur dann rechtmäßig, wenn er im Interesse der Gesellschaft geboten und zumutbar ist. Der II. Zivilsenat führt, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, damit seine Rechtsprechung über Mehrheitsklauseln in Personengesellschaftsverträgen konsequent fort. Die Entscheidung ist rechtspolitisch aktuell von großem Interesse, da nach dem am 20. Januar beschlossenen Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) die Beschlussfassung und die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis in der Personengesellschaft einer neuen gesetzlichen Regelung zugeführt werden sollen.

## I. Der Fall

Der Sachverhalt lässt sich im Kern wie folgt zusammenfassen: In einer streitigen Gesellschafterversammlung einer GmbH & Co. KG wurde von der Mehrheit eine Ergänzung des Gesellschaftsvertrags beschlossen, wonach dem geschäftsführenden Gesellschafter durch Gesellschafterbeschluss die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ohne Angaben von Gründen mit zweimonatiger Frist zum Quartalsende entzogen werden konnte. In seiner Funktion als Versammlungsleiter erklärte der Geschäftsführer der beklagten Komplementär-GmbH den Beschluss für unwirksam. Der Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG enthielt eine Klausel, die Beschlüsse mit einfacher Mehrheit in allen Angelegenheiten – auch in solchen von besonderer Bedeutung – gestattete. Nach Ansicht des BGH war die von einem der Kommanditisten erhobene Feststellungsklage auf Wirksamkeit des Beschlusses abzuweisen, da es sich bei der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis um ein relativ unentziehbares Recht handelte und dieses nicht durch Gesellschafterbeschluss entzogen werden könnte.

## II. Anwendung des Zweistufenmodells

Gesellschafterbeschlüsse von Personen(handels-)gesellschaften werden nach der gesetzlichen Regelung einstimmig ge-

fasst (§ 119 Abs. 1, § 161 Abs. 2 HGB, § 709 Abs. 1 BGB).<sup>2</sup> Um zu verhindern, dass die Willensbildung der Gesellschaft und deren Handlungsfähigkeit durch das Vetorecht Einzelner beeinträchtigt wird, werden in der Praxis regelmäßig Mehrheitsklauseln in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen. Da andererseits die Minderheit der Ausübung der Mehrheitsmacht nicht schrankenlos ausgesetzt werden darf, besteht für Kautelarpraxis und Gerichte die Aufgabe, die Interessen beider Seiten zu einem gerechten Ausgleich zu bringen.<sup>3</sup> Die Beschlusskontrolle erfolgt seit der Leitentscheidung des BGH vom 21.10.2014 auf der Grundlage eines „Zweistufenmodells“ mit einer Prüfung der formellen Legitimation auf der ersten und der materiellen Legitimation auf der zweiten Stufe.

### 1. Formelle Legitimation

Auf der ersten Stufe geht es um die Beantwortung der Frage, ob die Gesellschafter es bei dem Einstimmigkeitsgrundsatz belassen wollten oder – ganz oder teilweise – das Mehrheitsprinzip einführen wollten. Im konkreten Fall war die formelle Befugnis zur Beschlussfassung zu bejahen, da der Beschluss zur Änderung des Gesellschaftsvertrags nach dem Wortlaut der einschlägigen Mehrheitsklausel allein der einfachen Mehrheit unterstellt war. Die Rüge der Beklagten, die Ermächtigungsgrundlage sei nicht bestimmt genug, hielt der II. Zivilsenat nicht für durchgreifend, da dem früheren sog. Bestimmtheitsgrundsatz nach der Rechtsprechung für die formelle Legitimation keine Bedeutung mehr zukommt. Einer allgemeine Mehrheitsklausel unterfallen demzufolge grundsätzlich auch Satzungsänderungen oder der Eingriff in mitgliederschaftliche Rechte.<sup>4</sup> Im Schrifttum wird vereinzelt verlangt, dass eindeutig erkennbar sein müsse, wenn auch Vertragsänderungen erfasst sein sollen.<sup>5</sup> Nach dem Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG sollten immerhin auch Angelegenheiten „von besonderer Bedeutung“ von der Mehrheit beschlossen werden.

### 2. Materielle Legitimation

Die materielle Legitimation der Mehrheitsentscheidung ist nach der Rechtsprechung allein auf der zweiten Stufe zu

2 MünchKomm-BGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 709 Rdnr. 81; Goette/Goette, DStR 2016, 74.

3 Goette/Goette, DStR 2016, 74.

4 Lieder, WuB 1, 14, 16; Staake, jurisPR-HaGesR 12/2020 Anm. 2; Borries, NZG 2021, 194, 195.

5 MünchKomm-BGB/Schäfer, § 709 Rdnr. 90; ders. in FS Bergmann, 2018, S. 617, 619; ferner BeckOK-HGB/Klimke, Stand: 1.10.2020, § 119 Rdnr. 41; Palandt/Sprau, 80. Aufl. 2021, § 705 Rdnr. 16a: „zusätzliche Indizien (z. B. Publikums-GbR o. Ä.)“.

\* MittBaynot 2021, 147 (in diesem Heft).

1 BGH, Urteil vom 13.10.2020, II ZR 359/18, MittBayNot 2021, 147 (in diesem Heft).

überprüfen. Im Vordergrund steht insofern die Frage, ob unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls die Mehrheitsentscheidung zu einem Verstoß gegen die gesellschaftliche Treuepflicht gegenüber der Minderheit führt. Dies gilt nach Auffassung des II. Zivilsenats allgemein für alle Beschlussgegenstände, also auch bei sog. „Grundlagengeschäften“ oder Maßnahmen, die in den „Kernbereich“ der Mitgliedschaftsrechte bzw. in absolut oder relativ unentziehbare Rechte der Minderheit eingreifen. In den zuletzt genannten Fällen der absolut oder relativ unentziehbaren Rechte ist allerdings – bei der Prüfung auf der zweiten Stufe – regelmäßig eine treuepflichtige Ausübung der Mehrheitsmacht anzunehmen, während in den sonstigen Fällen die Minderheit den Nachweis einer treuepflichtwidrigen Mehrheitsentscheidung zu führen hat.<sup>6</sup> Der BGH hat in diesem Zusammenhang ausdrücklich offen gelassen, ob und in welchem Umfang unverzichtbare und schon deshalb unentziehbare Rechte anzuerkennen sind, und stellt, abgesehen von solchen unentziehbaren Rechten, bei Eingriffen in die individuelle Rechtsstellung des Gesellschafters, d. h. in seine rechtliche und vermögensmäßige Position in der Gesellschaft, maßgeblich darauf ab, „ob der Eingriff im Interesse der Gesellschaft geboten und dem betroffenen Gesellschafter unter Berücksichtigung seiner eigenen schutzwürdigen Belange zumutbar ist“.<sup>7</sup>

Im vorliegenden Fall bestätigt der II. Zivilsenat die Einschätzung des Berufungsgerichts, dass es sich bei der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis der beklagten Komplementärin um ein relativ unentziehbares Recht handelt<sup>8</sup> und nicht um ein Sonderrecht, das grundsätzlich unentziehbar sei. Darunter fielen nur Rechtspositionen, die individuell einem Gesellschafter oder einer Gesellschaftergruppe durch die Satzung eingeräumt und zudem als unentziehbare Rechte ausgestaltet sind, nicht jedoch wie im vorliegenden Fall eine Rechtsstellung, die ohne namentliche Bezeichnung des Gesellschafters allgemein mit der Mitgliedschaft verbunden ist. In dieses relativ unentziehbare Recht werde bereits durch die Einführung der Möglichkeit zur Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis in den Gesellschaftsvertrag eingegriffen, da dadurch der Mehrheit die Entziehung ohne weitere Gründe ermöglicht werde.

Damit kommt es für die Rechtfertigung der beschlossenen Änderung darauf an, ob der Eingriff im Interesse der Gesellschaft geboten und für den betroffenen Gesellschafter unter Berücksichtigung seiner schutzwürdigen Belange zumutbar ist oder er aber dem Eingriff zugestimmt hat. Im Gegensatz zur Auffassung des Berufungsgerichts ist es nach Ansicht des BGH nicht ausreichend, dass die Entziehung im Interesse der Gesellschaft liegt, etwa wegen eines Vertrauensverlusts der

übrigen Gesellschafter oder zur Vermeidung von Prozessen über die Entziehung; „geboten“ bedeute vielmehr unerlässlich bzw. notwendig. Eine Zustimmung kann nach Ansicht des BGH grundsätzlich auch antizipiert in einer gesellschaftsvertraglichen Regelung über Mehrheitserfordernisse erklärt werden, sofern diese das Ausmaß und den Umfang einer möglichen zusätzlichen Belastung für den Gesellschafter hinreichend deutlich werden lässt. Daran aber fehlte es im Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG, der nur allgemein sämtliche Beschlüsse unter das allgemeine Mehrheitserfordernis stellte.

### III. Bewertung der Entscheidung

Wie eingangs bereits angedeutet führt die Entscheidung die Rechtsprechung zu Mehrheitsklauseln in Personengesellschaftsverträgen konsequent fort. Mit der Einordnung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis als relativ unentziehbares Recht knüpft der BGH sachlich erneut an die sog. Kernbereichslehre an,<sup>9</sup> ohne diese auch nur mit einer Silbe zu erwähnen, nachdem bereits zuvor eine Distanzierung von diesem Ansatz erfolgt war.<sup>10</sup> Damit soll erreicht werden, dass die Gerichte im Einzelfall nicht mehr die Grenze des Kernbereichs der Mitgliedschaftsrechte ermitteln müssen. Vielmehr hat in erster Linie eine Prüfung anhand des Treuepflichtgedankens unter Berücksichtigung der konkreten Struktur der jeweiligen Personengesellschaft und einer etwaigen besonderen Stellung des betroffenen Gesellschafter zu erfolgen.<sup>11</sup> Unter diesem Gesichtspunkt hätte man im konkreten Fall allerdings nähere Ausführungen zur Realstruktur der GmbH & Co. KG erwarten können, die für die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis nach ständiger Rechtsprechung durchaus relevant ist.<sup>12</sup> Nach den dispositiven Normen der §§ 117, 127 HGB kann einem persönlich haftenden Gesellschafter auf Antrag der übrigen Gesellschafter die Geschäftsführungs- bzw. Vertretungsbefugnis durch gerichtliche Entscheidung entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Der Gesellschaftsvertrag kann die Umstände festlegen, unter denen die Entziehung oder Beschränkung zulässig sein soll und auch auf die Voraussetzung eines wichtigen Grundes verzichten.<sup>13</sup> Für die Publikumsgesellschaft besteht hingegen heute Einigkeit, dass die Abberufung aus wichtigem

6 BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13, NJW 2015, 859 Rdnr. 12.

7 BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13, NJW 2015, 859 Rdnr. 19; dazu *Goette*, DStR 2016, 74, mit dem Hinweis, dass die Formulierung auch in der Konstellation der Ersetzung der Zustimmung des dissentierenden Gesellschafters aus Treuepflichtigerwägungen verwendet wird.

8 Vgl. obiter bereits BGH, Urteil vom 10.10.1994, II ZR 18/94, NJW 1995, 194, 195; ferner *Oetker/Lieder*, HGB, 6. Aufl. 2019, § 119 Rdnr. 59.

9 Henssler/Strohn/*Servatius*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 705 Rdnr. 59a; OLG Braunschweig, Urteil vom 7.4.2010, 3 U 26/09, NZG 2010, 1104 unter Bezugnahme auf § 712 Abs. 1, § 710 Satz 1 BGB.

10 BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13, NJW 2015, 859 Rdnr. 12, 19.

11 BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13, NJW 2015, 859 Rdnr. 19; *Wicke*, MittBayNot 2017, 125, 127.

12 *Werner*, GmbHR 2021, 26, 27.

13 MünchKomm-HGB/K. *Schmidt*, 4. Aufl. 2016, § 127 Rdnr. 18 f.; BGH, Urteil vom 3.11.1997, II ZR 353/96, NJW 1998, 1225, 1226; MünchKomm-HGB/*Jikeli*, § 127, § 117 Rdnr. 82 f.; *Baumbach/Hopt/Roth*, HGB, 40. Aufl. 2021, § 127 Rdnr. 12, § 117 Rdnr. 12; *Koller/Kindler/Roth/Drüen/Kindler*, HGB, 9. Aufl. 2019, § 127 Rdnr. 5, § 117 Rdnr. 5.

Grund auch ohne gesellschaftsvertragliche Regelung durch Mehrheitsbeschluss möglich sein muss.<sup>14</sup>

Für die Voraussetzung einer antizipierten Zustimmung im Gesellschaftsvertrag rekurriert der BGH auf seine Rechtsprechung zu Beitragserhöhungen, wonach das Ausmaß und der Umfang einer möglichen zusätzlichen Belastung für den Gesellschafter hinreichend deutlich werden muss.<sup>15</sup> Damit können Bestimmtheitserwägungen zwar nicht für die formelle Legitimation, wohl aber auf der zweiten Stufe bei der materiellen Prüfung der antizipierten Zustimmung relevant werden, wobei die Anforderungen besonders hoch einzustufen sind<sup>16</sup> und im konkreten Fall letztlich auf eine ausdrückliche Formulierung etwa wie folgt hinaus laufen:

„Die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis kann dem persönlich haftenden Gesellschafter jederzeit und ohne wichtigen Grund durch Beschluss der Gesellschafter mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen entzogen werden.“

Entsprechendes ist für andere relativ oder absolut entziehbare Rechte anzunehmen.

In Ermangelung einer (antizipierten) Zustimmung hat der BGH die Latte für einen Eingriff mit den Kriterien, dass dieser „geboten“ im Sinne von „unerlässlich bzw. notwendig“ und zumutbar sein muss, bewusst hoch gelegt. Für die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis kann der Begriff des wichtigen Grundes im Sinne der §§ 133, 140 HGB als sinnvolle Richtschnur dienen.<sup>17</sup> Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit kann zu prüfen sein, ob mildere Maßnahme, wie etwa die Umwandlung von Einzel- in Gesamtgeschäftsführung und -vertretung, in Betracht kommen.<sup>18</sup>

## IV. Neuerungen durch das MoPeG

### 1. Beschlussfassung und Beschlussmängelrecht

Fragen der Beschlussfassung gehören zu den Schwerpunkten der laufenden Reform des Personengesellschaftsrechts, die nach derzeitiger Planung noch in dieser Legislaturperiode verabschiedet und am 1.1.2023 in Kraft treten soll.<sup>19</sup> Nach den geltenden §§ 709 bis 711 BGB sind die Themen der Geschäftsführung und Beschlussfassung in einer schwer auflös-

14 Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Drescher, HGB, 4. Aufl. 2020, § 117 Rdnr. 3; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Hillmann, HGB, § 127 Rdnr. 23; BeckOGK-HGB/Scholl/Fischer, Stand: 15.1.2021, § 117 HGB Rdnr. 16; Oetker/Lieder, HGB, § 117 Rdnr. 20; MünchKomm-HGB/K. Schmidt, § 727 Rdnr. 36; MünchKomm-HGB/Jikeli, § 717 Rdnr. 5; BGH, Urteil vom 9.11.1987, II ZR 100/87, NJW 1988, 969 (zu § 712 BGB); Baumbach/Hopt/Roth, HGB, Anh. § 177a Rdnr. 72, 74; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Kindler, HGB, § 127 Rdnr. 5, § 117 Rdnr. 5.

15 Dazu Wicke, MittBayNot 2017, 125, 127 f.

16 Siehe auch *Borries*, NZG 2021, 194, 197; *Altmeyen*, NJW 2015, 2065, 2070; *Schäfer* in FS Bergmann, 2018, S. 614, 628f.

17 *Kleindiek*, GmbHR 2017, 674, 679; *Borries*, NZG 2021, 194, 197 f.; krit. *Schäfer* in FS Bergmann, 2018, S. 614, 625 f.

18 *Borries*, NZG 2021, 194, 197 f.; BGH, Urteil vom 10.10.1994, II ZR 18/94, NJW 1995, 194.

19 RegE MoPeG, S. 123.

baren Weise miteinander verwoben. In den neuen Vorschriften der §§ 714 BGB-E und §§ 715, 715a und 715b BGB-E wird regelungstechnisch eine Trennung vollzogen, ohne dass damit eine inhaltliche Änderung der hergebrachten Unterscheidung bezweckt wird.<sup>20</sup> Die Vorschrift des § 714 BGB-E legt wortgleich mit § 109 Abs. 3 HGB-E als Grundsatz fest, dass Beschlüsse der Zustimmung aller stimmberechtigten Gesellschafter bedürfen.<sup>21</sup> Des Weiteren wird klargestellt, dass die Gesellschafter aufgrund einer Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag Mehrheitsbeschlüsse fassen können (§ 708 i. V. m. § 714 BGB-E). Die Stimmkraft bestimmt sich in einem solchen Fall – entsprechend der üblichen Vertragspraxis – vorrangig nach dem vereinbarten Beteiligungsverhältnis, wenn keines vereinbart ist, nach den vereinbarten Werten der Beiträge und erst wenn keine Beitragswerte vereinbart sind, gemäß der Mehrheit nach Köpfen (§ 709 Abs. 3 BGB-E). Das Beschlussverfahren sowie das Beschlussmängelrecht werden in den §§ 109 bis 115 HGB-E erstmals nach aktienrechtlichem Vorbild einer Regelung zugeführt, für das die Gesellschafter einer GbR oder einer Partnerschaftsgesellschaft optieren können.<sup>22</sup>

### 2. Mehrheitsklauseln

Für den Fall einer vereinbarten Mehrheitsklausel nimmt die Regierungsbegründung an, dass die Mehrheit grundsätzlich anhand der Gesamtheit der nach § 714 BGB-E stimmberechtigten Gesellschafter zu bestimmen ist.<sup>23</sup> Als Ausfluss der Gestaltungsfreiheit, die in § 708 BGB-E an zentraler Stelle hervor gehoben wird, kann abweichend hiervon auf die Mehrheit der „anwesenden“, „teilnehmenden“ oder „vertretenden“ Stimmen oder, wie im Grundsatz bei Publikumsgesellschaften und auch bei der GmbH, auf die Mehrheit der abgegebenen Stimmen abgestellt werden;<sup>24</sup> der Gesellschaftsvertrag sollte dies, um (nicht seltene) Zweifel zu vermeiden, mit hinreichender Klarheit regeln.

Es kann künftig nicht mehr davon ausgegangen werden, dass mit einer allgemeinen Mehrheitsklausel pauschal für alle Beschlussgegenstände das Prinzip einfacher Mehrheit etabliert werden kann. „Hat nach dem Gesellschaftsvertrag die Mehrheit der Stimmen zu entscheiden“, muss nach § 732 BGB-E und § 140 HGB-E „ein Beschluss, der die Auflösung der Gesellschaft zum Gegenstand hat, mit einer Mehrheit von mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen gefasst werden.“ Entsprechendes soll für einen Fortsetzungsbeschluss gelten (§ 734 Abs. 2 BGB-E, § 142 Abs. 2 HGB-E).<sup>25</sup> Während nach dem sog. Mauracher (Diskussions-)Entwurf eine gesellschaftsvertragliche Mehrheitsklausel im Zweifel auch für Änderungen des Gesellschaftsvertrags gelten sollte, findet sich die vorgeschlagene Regelung eines entsprechenden § 714 Satz 2 BGB

20 Vgl. dazu *Lieder*, ZGR Sonderheft 23 (2021), 169, 172.

21 Siehe auch § 119 Abs. 1 HGB in der geltenden Fassung.

22 RegE MoPeG, S. 120, 124.

23 RegE MoPeG, S. 171.

24 Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Freitag, HGB, § 119 Rdnr. 75; Oetker/Lieder, HGB, § 119 Rdnr. 66.

25 Siehe auch § 737 Abs. 2 BGB-E; § 39c Abs. 2 UmwG-E; krit. *Drescher*, ZGR Sonderheft 23 (2021), 115, 120 f.; vgl. ferner DAV, NZG 2020, 1133, 1141.

weder im Referenten- noch im Regierungsentwurf.<sup>26</sup> Nach der Regierungsbegründung lässt sich nicht allgemein beurteilen, ob die Änderung des Gesellschaftsvertrags von einer gesellschaftsvertraglichen Mehrheitsklausel umfasst ist; vielmehr könne dies nur von der Rechtsprechung im Einzelfall entschieden werden.<sup>27</sup> Im Einklang mit der bisherigen Judikatur ist es daher grundsätzlich weiterhin eine Auslegungsfrage, welche Beschlussgegenstände von einer Mehrheitsklausel erfasst werden, insbesondere ob Vertragsänderungen eingeschlossen sind.<sup>28</sup> Für die Vertragspraxis bleibt daher die Empfehlung, qualifizierte Mehrheitsklauseln wie auch Zustimmungserfordernisse einzelner im Interesse des Minderheitenschutzes klar zu regeln.<sup>29</sup> Systematisch stimmiger wäre es zweifellos, wenn man entsprechend einem Vorschlag in der Literatur für Vertragsänderungen dem Vorbild der § 33 Abs. 1 BGB, § 53 Abs. 2 GmbHG und § 179 Abs. 2 AktG folgend eine qualifizierte Mehrheit verlangen würde.<sup>30</sup>

### 3. Eingriff in die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis und andere unentziehbare Rechte

Die geltende gesetzliche Regelung zur Entziehung der Geschäftsführungs- bzw. Vertretungsbefugnis soll im Wesentlichen übernommen, in einzelnen Belangen aber fortentwickelt werden.<sup>31</sup> Für die GbR stellt die Neuregelung in § 715 Abs. 5 BGB-E bzw. § 720 Abs. 4 BGB-E zunächst klar, dass die entsprechende Befugnis dem Gesellschafter nicht durch den Gesellschaftsvertrag übertragen sein muss, und erlaubt es zudem, die Vertretungsbefugnis unabhängig von der Geschäftsführungsbefugnis und beides im Sinne der Verhältnismäßigkeit auch nur teilweise (Gesamt- statt Einzelbefugnis) zu entziehen.<sup>32</sup> Ebenso ermöglichen § 116 Abs. 5 HGB-E bzw. § 124 Abs. 5 HGB-E nach ihrem Wortlaut nunmehr ausdrücklich die teilweise Entziehung der Geschäftsführungs- bzw. Vertretungsbefugnis. Die Vorschriften halten im Einklang mit dem geltenden Recht<sup>33</sup> für Personenhandelsgesellschaften daran fest, dass die Entziehung nur durch gerichtliche Entscheidung erfolgen kann; die Regierungsbegründung lässt aber keinen Zweifel daran, dass dieses Erfordernis abdingbar ist.<sup>34</sup> Erwäh-

nenswert ist ferner, dass die Regierungsbegründung für Rechtseingriffe in Mitgliedschaftsrechte durch Mehrheitsbeschlüsse an Kernbereichsüberlegungen anknüpft und bei der Verletzung absolut unentziehbarer Rechte von Nichtigkeit der Beschlussfassung ausgeht, während bei relativ unentziehbaren Rechten eine fehlende Zustimmung den Beschluss weder nichtig, noch anfechtbar, sondern unwirksam machen soll.<sup>35</sup>

### 4. Exkurs: weitere notarrelevante Neuerungen des MoPeG

#### a) Gesellschaftsregister und Bedeutung der Eintragung

Am Rande sei erwähnt, dass in dem Entwurf des MoPeG vielfältige notarrelevante Änderungen vorgesehen sind. So soll es ein Gesellschaftsregister geben, dem sich die Existenz, Identität und ordnungsgemäße Vertretung der Gesellschaft mit Publizitätswirkung entnehmen lässt (§ 707a Abs. 3 Satz 1 BGB-E i. V. m. § 15 HGB).<sup>36</sup> In die Anmeldung sind in bewährter Weise Notare zum Zweck der Prüfung der Identität der Anmeldenden und der Eintragungsfähigkeit eingebunden (§ 707b Nr. 2 BGB-E i. V. m. § 12 HGB).<sup>37</sup> Die Eintragung der GbR ist weder verpflichtend noch konstitutiv für die Rechtsfähigkeit<sup>38</sup>, aber Voraussetzung für eine weiter reichende Beteiligung an Umwandlungsvorgängen sowie für die Eintragung in Gesellschaftsregistern (§ 40 Abs. 1 GmbHG-E, § 67 AktG-E) und vor allem im Grundbuch mit Folgeänderungen in § 47 GBO und Abschaffung von § 899a BGB.<sup>39</sup>

#### b) Vorschlag einer (GmbH & Co.) eGbR im Sinne einer zivilrechtlichen KG

Der Entwurf greift die systembildende Unterscheidung zwischen Innen- und Außengesellschaft auf und schreibt für letztere die Rechtsfähigkeit ausdrücklich fest (§ 705 Abs. 2 BGB-E). In Anlehnung an die neuere Rechtsprechung zur unbegrenzten Gesellschafterhaftung wird das Haftungsregime der GbR vollständig an dasjenige der OHG angeglichen (§§ 721 - 721b BGB). Bemerkenswert ist nun aber, dass dieses „Haftungsregime nicht als abschließende Regelung konzipiert“ ist, sondern „institutionelle Haftungsbeschränkungen, zum Beispiel im Wege (...) der Analogie zu den §§ 171 ff. HGB-E“ grundsätzlich zulässt.<sup>40</sup> Dies kann man nicht anders verstehen, als dass die Haftung einzelner Gesellschafter entsprechend dem KG-Modell durch Eintragung einer Haftsumme im Gesellschaftsregister – einem Referentenvorschlag

26 Vgl. dazu *Noack*, DB 2020, 2618, 2621; für eine Streichung der Vermutung *Drescher*, ZGR Sonderheft 23 (2021), 115, 119; *DAV*, NZG 2020, 1133, 1137; für eine Umkehrung der Vermutung, dass Vertragsänderungen ohne besondere Regelung nicht derselben Mehrheit unterliegen sollen *Schäfer*, ZIP 2020, 1149, 1152.

27 RegE MoPeG, S. 160; siehe auch *DAV*, NZG 2020, 1133, 1137.

28 *Noack*, DB 2020, 2618, 2621; *Drescher*, ZGR Sonderheft 23 (2021), 115, 119; *Wicke*, MittBayNot 2017, 125.

29 *Wicke*, MittBayNot 2017, 125, 127.

30 So *Heckschen*, NZG 2020, 761, 764; *ders.*, GWR 2021, 1, 3; *Schäfer*, ZIP 2020, 1149, 1152; ferner *Martens*, AcP 2021, 68; a. A. *Drescher*, ZGR Sonderheft 23 (2021), 115, 119.

31 Krit. *Scholz*, NZG 2020, 1044, 1048.

32 Vgl. RegE MoPeG, S. 174, 189 f. Siehe demgegenüber die geltenden § 712 Abs. 1, § 715 BGB.

33 Vgl. §§ 117, 127 HGB.

34 Siehe RegE MoPeG, S. 281, 285. Sehr krit. dazu *Altmeyden*, ZIP 2021, 214 mit Hinweis auf § 140 HGB-E, der die Möglichkeit einer gesellschaftsvertraglichen Regelung ausdrücklich normiert, insoweit aber eine qualifizierte Mehrheit vorsieht.

35 RegE MoPeG, S. 125.

36 Dazu *Herrler*, ZGR Sonderheft 23 (2021), 39.

37 RegE MoPeG, S. 122.

38 Siehe krit. insoweit *Habersack*, ZGR 2020, 539, 556; *Heckschen*, NZG 2020, 761, 762 f.; *Geibel*, ZRP 2020, 137, 140; Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft, Sonderheft, ZIP 2/2021, S 13; *Wicke* in Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages 2016, Bd. II/1, O 31, 33; *ders.*, DNotZ 2017, 261, 263; *Röder*, AcP 215 (2015), 450, 466 ff.

39 Siehe dazu etwa *Werthenbruch*, GmbHR 2021, 1, 4; *Reymann*, DNotZ 2021, 103, 106, 117 f.; krit. *Schall*, ZIP 2020, 1443, 1444.

40 RegE MoPeG, S. 116, 190 f.



vom 71. Deutschen Juristentag folgend<sup>41</sup> – beschränkt werden kann. Eine solche GbR könnte etwa eine erleichterte Beteiligung von Minderjährigen im Rahmen von Nachfolgekonzepten gewährleisten und zu einer starken Konkurrenz der klassischen Familien-KG avancieren, die mit einer zwingenden Anwendung handelsrechtlicher Vorschriften verbunden ist.<sup>42</sup>

Im Einklang mit einem weiteren auf dem 71. Deutschen Juristentag vorgetragenen Vorschlag<sup>43</sup> soll für die „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ oder „eGbR“<sup>44</sup> die Möglichkeit anerkannt werden, dass keine natürliche Person unbeschränkt haftet, indem für diesen Fall in § 707a Abs. 2 Satz 2 BGB-E entsprechend § 19 Abs. 2 HGB ein die Haftungsbeschränkung kennzeichnender Zusatz gefordert wird. Eine solche GmbH & Co. eGbR mit (entsprechend §§ 171 ff. HGB) beschränkt haftenden natürlichen Personen als weiteren Gesellschaftern, gleichsam eine zivilrechtliche GmbH & Co. KG, könnte sich – vorbehaltlich berufsrechtlicher Anforderungen – als geborene Rechtsform für Zusammenschlüsse von Freiberuflern und nicht kaufmännischen Erwerbsgesellschaften etablieren. Sie hat das Potenzial, der PartGmbH, die zwingend den Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung voraussetzt (§ 8 Abs. 4 PartGG), und der durch das MoPeG gerade erst

41 Vgl. Wicke in Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages 2016, Bd. II/1, O 31, 34; ders., DNotZ 2017, 261, 263; in diesem Sinne auch Fleischer, ZGR Sonderheft 23 (2021), 1, 6; Bachmann, NZG 2020, 612, 617; Beuthien, NZG 2011, 481, 488.

42 Zur handelsrechtlichen Bilanzierungspflicht siehe in diesem Zusammenhang Arbeitskreis Bilanzrecht Hochschullehrer Rechtswissenschaft, Sonderheft, ZIP 2/2021, S 13, S 24.

43 Wicke in Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages 2016, Bd. II/1, O 31, 34; ders., DNotZ 2017, 261, 263 f.

44 Zum verpflichtenden Namenszusatz im Fall einer Eintragung siehe § 707a Abs. 2 Satz 1 BGB-E.

neu zu schaffenden Freiberufler-KG (§ 107 Abs. 1 Satz 2 HGB-E), die der Gewerbesteuerpflicht unterliegen kann und nach Maßgabe von § 264a i. V. m. § 325 HGB ihren Jahresabschluss offen legen muss,<sup>45</sup> glatt den Rang abzulaufen. Für den nachträglichen Statuswechsel in eine andere eingetragene Personengesellschaft wäre der Handelsregistervollzug ausdrücklich geregelt (§§ 707c BGB-E 106, 107 BGB-E, § 4 Abs. 4 PartGG-E). Angesichts des großen praktischen Nutzens einer solchen Spielart der eGbR sollte die optionale Anwendung der §§ 171 ff. HGB vorsorglich im Gesetztext ausdrücklich klargestellt werden.

## V. Fazit

Mehrheitsklauseln in Personengesellschaftsverträgen sollten im Interesse der Rechtssicherheit und des Minderheitenschutzes klare Bestimmungen zur Stimmkraft, zur Ermittlung des Beschlussergebnisses und zu etwaigen qualifizierten Mehrheitserfordernissen enthalten und insbesondere nicht offenlassen, inwieweit Vertragsänderungen und Auflösungsbeschlüsse erfasst sind. Für die gesellschaftsvertragliche Zulassung von Eingriffen in relativ unentziehbare Rechte und Beitragserhöhungen bedarf es einer expliziten Vereinbarung, die besonders hohen Bestimmtheitsanforderungen genügen muss. Der Regelungsbedarf wird mit der anstehenden Reform der Beschlussfassung von Personengesellschaften nicht geringer. Das MoPeG wird im Fall seiner geplanten Umsetzung zum 1.1.2023 im Übrigen zahlreiche Auswirkungen auf die notarielle Praxis haben und neue Gestaltungsmöglichkeiten eröffnen, wie insbesondere die vorliegend herausgearbeitete eGbR mit beschränkter Haftung im Sinne einer zivilrechtlichen (GmbH & Co.) KG.

45 Siehe dazu RegE MoPeG, S. 124.

# Praxisupdate Öffentliches Recht

Von Rechtsanwalt Dr. Tobias Leidner, Würzburg

Der folgende Beitrag analysiert zwei immer wieder auftretende Fragestellungen der notariellen Praxis, die sich bei der Beteiligung von Gemeinden an Verträgen stellen. Dabei beschränken sich die Problemkreise nicht nur auf das „reine“ öffentliche Recht, sondern sie werden in ihrer Wechselwirkung von zivil- und öffentlichrechtlichen Kontrollmaßstäben betrachtet. Ausgangspunkt der skizzierten Gestaltungsfragen sind mehrere Anfragen an das DNotl.<sup>1</sup>

## I. Vertragsstrafen in gemeindlichen Grundstücksgeschäften

### 1. Stein des Anstoßes: Unzulässigkeit pauschaler Nachzahlungsklauseln bei nicht subventionierten Rechtsgeschäften – BGH, Urteil vom 20.4.2018, V ZR 169/17, MittBayNot 2019, 81

Angesichts einer Vielzahl an neu ausgewiesenen Baugebieten bleibt die Zahl gemeindlicher Grundstücksgeschäfte ungebrochen hoch. Dabei verkaufen die Gemeinden Gewerbe- oder Wohnungsgrundstücke teilweise unter, nicht selten aber auch zum Verkehrswert, wollen dabei aber auch noch bestimmte öffentlichrechtliche Ziele (Einheimischen- und Sozialmodell, Ansiedlung von Gewerbebetrieben zur Schaffung und Erhaltung von Arbeitsplätzen etc.) verfolgen. Sie erlegen dem Erwerber meist eine Baupflicht, mitunter auch eine Selbstnutzungspflicht und ein Veräußerungsverbot mit bestimmten Fristen auf.<sup>2</sup> Für den Fall eines Verstoßes gegen diese Verpflichtungen – die nach Ansicht des BGH typischerweise nicht einklagbar und daher lediglich als Obliegenheiten zu verstehen sein sollen –<sup>3</sup> soll den Erwerber eine (selbstständige)<sup>4</sup> Vertragsstrafe treffen. Zweifelhaft ist allerdings, ob solche Vereinbarungen rechtlich zulässig sind. Diese Zweifel resultieren insbesondere aus der Entscheidung des BGH vom 20.4.2018, V ZR 169/17 zu Nachzahlungsklauseln in gemeindlichen Grundstücksgeschäften.<sup>5</sup>

In dem genannten Urteil befasst sich der BGH mit einer Regelung, die dem Erwerber eines gemeindlichen Grundstücks

eine von der Verkehrswertsteigerung des Grundstücks unabhängige Zuzahlung bei einem Verstoß gegen Selbstnutzungsobliegenheit und Veräußerungsverbot innerhalb von acht Jahren nach Errichtung des Eigenheims auferlegte. Der V. Senat sah darin einen Verstoß gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung im Sinne des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB.<sup>6</sup> In der Literatur wurde die Entscheidung teilweise so gedeutet, dass der BGH mit diesem Verdikt über die Nachzahlungsklauseln die Unzulässigkeit von Vertragsstrafen mitentschieden habe.<sup>7</sup> Auch in der notariellen Praxis herrscht seither Unsicherheit über die Bedeutung der Ausführungen des BGH. Ein strenges Verständnis der BGH-Entscheidung hätte zur Folge, dass in gemeindlichen Grundstücksgeschäften – jedenfalls bei einer Veräußerung zum Verkehrswert – Vertragsstrafenregelungen nicht vereinbart werden könnten. Eine solche strikte Lesart der Entscheidung überzeugt jedoch nicht.

### 2. Dogmatische Unterschiede von Nachzahlungsklauseln und Vertragsstrafen

*Prima facie* deutet die Entscheidung durchaus in Richtung der Unzulässigkeit von Vertragsstrafen, weil dort von der Unangemessenheit „von der Verkehrswertsteigerung unabhängiger“ Zuzahlungspflichten die Rede ist.<sup>8</sup> Allerdings würde eine Gleichsetzung beider Rechtsinstitute die Unterschiede zwischen Nachzahlungsklauseln und Vertragsstrafen missachten.

Eine Vertragsstrafe unterscheidet sich von einer Nachzahlungsklausel zunächst dadurch, dass letztere ein aufschiebend bedingter Teil der Gegenleistung für den Erwerb des Grundstücks ist,<sup>9</sup> während die Vertragsstrafe keine Anpassung der Gegenleistung mit sich bringen soll.

Vertragsstrafen dienen vielmehr einerseits der Kompensation des Verstoßes gegen die auferlegten Bindungen mit einem Ausgleich für die Beeinträchtigung des öffentlichrechtlichen Interesses,<sup>10</sup> andererseits der Vermittlung eines gewissen Drucks auf die Erwerber.<sup>11</sup> Die Möglichkeit einer Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen in den Schranken des

1 Die hier vertretenen Rechtsauffassungen stellen allerdings nur die persönliche Ansicht des Verfassers und nicht die Meinung des DNotl oder der BNotK dar.

2 Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, 5. Aufl. 2018, Teil 6 Rdnr. 174.

3 BGH, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, MittBayNot 2010, 501, 502.

4 Palandt/*Grüneberg*, 80. Aufl. 2021, § 339 Rdnr. 3; BeckOGK-BGB/*Ulrici*, Stand: 1.11.2020, § 339 Rdnr. 68; BeckOGK-BGB/*Kähler*, Stand: 1.7.2020, § 307 Vertragsstrafeklausel Rdnr. 97; *Leidner*, DNotZ 2019, 83, 89; *Staudinger/Rieble*, Neub. 2015, Vor § 339 Rdnr. 10 ff. (allerdings von einem einheitlichen Begriff der Vertragsstrafe ausgehend).

5 BGH, Urteil vom 20.4.2018, V ZR 169/17, MittBayNot 2019, 81 ff.

6 BGH, Urteil vom 20.4.2018, V ZR 169/17, MittBayNot 2019, 81, 82 Rdnr. 10 ff.

7 *Grziwotz*, MittBayNot 2019, 83, 86: „Folgt man der hier vertretenen Meinung, wären entgegen der Entscheidung des BGH Vertragsstrafen zur Verfolgung städtebaulicher Ziele des Gemeinwohls zulässig“.

8 BGH, Urteil vom 20.4.2018, V ZR 169/17, MittBayNot 2019, 81, 82 Rdnr. 12.

9 Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 6 Rdnr. 205; BeckOGK-BGB/*Ulrici*, § 339 Rdnr. 21.2.

10 „Immaterieller Schaden“ nach *Grziwotz*, MittBayNot 2019, 83, 85.

11 Vgl. zur Unterscheidung von Ersatz- und Druckfunktion: *Grziwotz*, MittBayNot 2019, 83, 85.



§ 309 Nr. 5 BGB<sup>12</sup> anstelle einer Vertragsstrafe besteht bei gemeindlichen Grundstücksgeschäften regelmäßig nicht, weil immaterielle Interessen der Gemeinde (Nichteinhaltung der städtebaulichen/öffentlichrechtlichen Verpflichtungen) verletzt werden.<sup>13</sup> Zum (partiellen) Ausgleich ist daher die Vertragsstrafe das zielführende Instrument.<sup>14</sup> Im Mittelpunkt stehen bei der Vertragsstrafe also die Druck- und die Ersatzfunktion für den Verstoß gegen die Bindungen,<sup>15</sup> bei der Nachzahlungsklausel geht es entweder um die Abschöpfung des Mehrerlöses im Falle des Weiterverkaufs oder die Rückforderung einer Subvention bei Ankauf von der Gemeinde durch den privaten Erwerber unter Wert. Für die Bemessung des Sicherungsmittels ist bei der Nachzahlungsklausel der tatsächliche Grundstückswert<sup>16</sup>, bei der Vertragsstrafe sind mehrere Faktoren entscheidend: Das Gewicht der Verletzung der Pflicht bzw. Obliegenheit, der Gewinn des Schuldners, der Kaufpreis und die Dauer des die Vertragsstrafe verwirkelnden Verstoßes.<sup>17</sup>

Bei Vertragsstrafen gilt anders als bei Nachzahlungsklauseln, bei denen ein Verstoß ohne weitere Prüfung zur Nachzahlungspflicht führt, zudem das Verschuldensprinzip.<sup>18</sup> Trotz der hier skizzierten Differenzen von Vertragsstrafe und Nachzahlungsklausel ist die Gemeinde bei der Wahrnehmung ihrer Rechte – unabhängig davon, ob bei der Geltendmachung einer Vertragsstrafe oder einer Nachzahlungsklausel – an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden.<sup>19</sup>

### 3. Fehlende Eignung von Vertragsstrafen als Sicherungsmittel?

Trotz der vielfachen Unterschiede haben beide Sicherungsmittel gemeinsam, dass sie bei Vorliegen eines Verstoßes gegen eine Bau-, Selbstnutzungs- oder Veräußerungsunterlassungsgebot nur einen Zahlungsanspruch der Gemeinde begründen. Der BGH kritisiert den Einsatz von Nachzahlungsklauseln zur Sanktion von Verstößen gegen Selbstnutzungsverpflichtungen daher mit der Begründung, sie seien „nicht geeignet, die angestrebte Selbstnutzung durch den Käufer zu erreichen“.<sup>20</sup> Einfluss auf die Nutzerstruktur könne man nur mit einem Wiederkaufsrecht nehmen.<sup>21</sup>

12 Palandt/Grüneberg, § 309 Rdnr. 37; Staudinger/Coester-Waltjen, Neub. 2013, § 309 Nr. 6 Rdnr. 27.

13 Treffend Grziwotz, MittBayNot 1994, 465, 467 = Anm. zu OLG München, Urteil vom 27.6.1994, 30 U 974/93, MittBayNot 1994, 464.

14 BeckOGK-BGB/Kähler, § 307 Vertragsstrafeklausel Rdnr. 24.

15 So bereits Grziwotz, MittBayNot 2019, 83, 86.

16 Aufzahlungsklausel: Differenz von Ankaufspreis zu Grundstückswert bei ursprünglichem Verkauf; Mehrerlösklausel: Differenz von Ankaufspreis zu Grundstückswert im Falle der Weiterveräußerung, Würzburger Notarhandbuch/Hertel, Teil 6 Rdnr. 203.

17 BeckOGK-BGB/Kähler, § 307 Vertragsstrafeklausel Rdnr. 128 ff.

18 Staudinger/Weiland, Neub. 2019, § 307 Rdnr. 252; BeckOGK-BGB/Kähler, § 307 Vertragsstrafeklausel Rdnr. 101.

19 BGH, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, DNotZ 2003, 341, 343; Urteil vom 30.9.2005, V ZR 37/05, MittBayNot 2006, 324.

20 BGH, Urteil vom 20.4.2018, V ZR 169/17, MittBayNot 2019, 81, 82.

21 BGH, Urteil vom 20.4.2018, V ZR 169/17, MittBayNot 2019, 81, 82.

Diese Passage des Urteils verwundert aus mehreren Gründen. Zum einen hatte der V. Senat in einer früheren Entscheidung zu einem Einheimischenmodell dargelegt, dass bei einem Verstoß gegen das dort bestimmte Veräußerungsverbot aus haushaltsrechtlichen Gründen faktisch nie die Ausübung eines Wiederkaufsrechts, sondern stets nur eine Nachzahlungsklausel denkbar sei.<sup>22</sup> Zumindest insoweit stehen beide Entscheidungen miteinander in Widerspruch.

Zum anderen ist bei dem neben der Angemessenheitskontrolle nach § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB anwendbarem AGB-Recht als Kontrollmaßstab<sup>23</sup> die Geeignetheit kein zulässiges Prüfungskriterium. Im Rahmen von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sind formularmäßige Vertragsbestimmungen dann unangemessen, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen.<sup>24</sup> Von einer Prüfung der Geeignetheit der gewählten Mittel ist daher im Rahmen des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht die Rede,<sup>25</sup> wenngleich ein vollkommen ungeeignetes Mittel ggf. eine missbräuchliche Durchsetzung der eigenen Interessen des Klauselverwenders nach sich ziehen kann.

Zu konzedieren ist ferner für den Kontrollmaßstab des Angemessenheitsgebots im Sinne des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB, dass dort das Geeignetheitskriterium nicht vollkommen außer Betracht bleiben kann. Zwar richtet sich die Angemessenheitskontrolle primär auf die Frage, ob die Leistung der Gemeinde bei wirtschaftlicher Betrachtung des Gesamtvorgangs nicht außer Verhältnis zu der vom Bürger erstrebten Leistung steht und auch sonst keine unzumutbare Belastung des Privaten bedeutet.<sup>26</sup> Öffentlichrechtlich geht es bei der Prüfung an § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB also um die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne; dort können freilich die Kategorien der Geeignetheit oder Erforderlichkeit, welches beide Ausprägungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im weiteren Sinne sind, nicht vollkommen außen vor bleiben. Denn ein von vorneherein nicht geeignetes Mittel bedarf keiner Angemessenheitsprüfung mehr, ist es doch schon ohne konkrete Abwägung des Einzelfalls unverhältnismäßig.

Aber auch im Lichte dieser Erwägungen zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dürfte die Aussage des BGH in der Sache unzutreffend sein. Zu konzedieren ist zwar, dass zur Einflussnahme auf die Nutzerstruktur das Wiederkaufsrecht das effek-

22 BGH, Urteil vom 13.10.2006, V ZR 33/06, MittBayNot 2007, 306, 307.

23 Zur Anwendung beider Maßstäbe: Grziwotz, NVwZ 2002, 391, 394, Niemeyer, MittBayNot 2016, 120, 124; Leidner, DNotZ 2019, 83, 87.

24 BGH, Urteil vom 3.11.1999, VIII ZR 269/98, BGHZ 143, 103, 113; Urteil vom 25.4.2001, VIII ZR 135/00, NJW 2001, 2331.

25 Generell gegen die Verwendung der Kriterien „Erforderlichkeit“ und „Geeignetheit“ bei Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Privatrecht: Leidner, Rechtsmissbrauch im Zivilprozess, 2019, S. 96.

26 Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Krautzberger, BauGB, Stand: Mai 2020, § 11 Rdnr. 167; Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt/Reidt, BauGB, 14. Aufl. 2019, § 11 Rdnr. 75; BeckOK-BauGB/Hoffmann, Stand: 1.8.2020, § 11 Rdnr. 44.

tivere Mittel ist. Die Gemeinde bekommt mit ihm nämlich das Grundstück wieder an die Hand und kann den ursprünglich angedachten öffentlichrechtlichen Zweck durch eine erneute Grundstücksvergabe an andere Erwerber erfüllen. Einer Nachzahlungsklausel oder Vertragsstrafe aber jegliche Eignung zur Verfolgung der angestrebten Zwecke abzusprechen, geht fehl. Das Kriterium der Geeignetheit setzt im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes voraus, dass das eingesetzte staatliche Mittel den Zweck zu fördern in der Lage ist.<sup>27</sup> Dazu muss die Wahrscheinlichkeit einer Zweckerreichung durch die staatliche Maßnahme zumindest erhöht werden.<sup>28</sup> Es muss gerade nicht das wirkungsstärkste Mittel eingesetzt werden.<sup>29</sup> Diese Kriterien vermögen aber auch Nachzahlungsklauseln und Vertragsstrafen zu erfüllen, da Erwerber in Ansehung der drohenden Zahlungspflicht von einer Veräußerung der erworbenen Immobilie etwa mit dem Ziel eines Spekulationsgewinns absehen werden, wenn der diesbezügliche Betrag ohnehin durch die Gemeinde abgeschöpft wird. Mit drohenden Zahlungspflichten kann der von der Gemeinde verfolgte Zweck einer Selbstnutzung bzw. eines Veräußerungsverbots mit größerer Wahrscheinlichkeit erzielt werden als ohne jedes Sicherungsmittel.

Die Ausführungen des BGH sind, sofern er Nachzahlungsklauseln als nicht geeignet und damit rechtswidrig einstuft, unzutreffend und stehen darüber hinaus im Widerspruch zu seiner früheren Judikatur.<sup>30</sup> Eine Übertragung auf Vertragsstrafen<sup>31</sup> muss zusätzlich daran scheitern, dass es sich bei Nachzahlungsklauseln und Vertragsstrafen um unterschiedliche Rechtsinstitute handelt.

#### 4. Gestaltungsgrenzen bei Vertragsstrafen

##### a) Prüfungsmaßstab, Bestimmtheitsgebot, Verschuldenserfordernis

Geht man von der Zulässigkeit von Vertragsstrafen in gemeindlichen Grundstücksgeschäften aus, stellt sich in einem zweiten Schritt die Frage nach den Gestaltungsgrenzen. Maßstab für Vertragsstrafen in gemeindlichen Grundstücksgeschäften ist stets das AGB-Recht, bei städtebaulichen Verträgen zusätzlich noch § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB.<sup>32</sup> § 309 Nr. 6 BGB ist dabei aber kein tauglicher Prüfungsmaßstab, da mit diesem Verbot eine Klausel eine Regelung untersagt wird, „durch die dem Verwender für den Fall der Nichtabnahme oder der späten Abnahme der Leistung, des Zahlungsverzugs oder für den Fall, dass der andere Vertragsteil sich vom Vertrag löst, Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen wird“. Die Vertragsstrafe zur Sicherung von Bau-, Selbstnutzungs- und Ver-

äußerungsunterlassungsverpflichtung sichert allerdings keinen der vom Klauselverbot genannten Fälle. Mithin kommt als Kontrollnorm nur die Generalklausel des § 307 BGB in Betracht.<sup>33</sup>

Eine Vertragsstrafe und die Gründe für ihre Verwirkung müssen hinreichend bestimmt sein,<sup>34</sup> wobei die Bedingungen auch generalklauselartig gefasst sein dürfen.<sup>35</sup> Das Verschuldenserfordernis als Voraussetzung einer Vertragsstrafe nach § 339 BGB kann in einer formularmäßigen Klausel grundsätzlich nicht abbedungen werden.<sup>36</sup>

##### b) Keine unverhältnismäßige Höhe der Vertragsstrafe

Besondere Probleme bereitet in der Praxis die Bemessung der Vertragsstrafe, da sie zur Wahrung der Angemessenheitsschranken nicht unverhältnismäßig hoch sein darf.<sup>37</sup> Sie muss in Relation zur Pflichtverletzung<sup>38</sup> und zum vertraglich vereinbarten Leistungsaustausch stehen;<sup>39</sup> weitere Faktoren sind ein etwaiger Gewinn des Schuldners und die Dauer des die Vertragsstrafe verwirkelnden Verstoßes.<sup>40</sup> Da die Beurteilung der Angemessenheit letztlich eine wertende Entscheidung im Einzelfall ist, lassen sich abstrakt nur schwerlich „absolute“ Grenzen ziehen. Entscheidend sind stets die konkreten Umstände des Einzelfalls.

Im Schrifttum werden zur angemessenen Höhe von Vertragsstrafen in AGB unterschiedliche Ansätze vertreten. Einige Stimmen halten in Anlehnung an die Rechtsprechung zum Bauvertrag eine Vertragsstrafe in Höhe von 5 % der Vertragssumme für noch denkbar.<sup>41</sup> Gegenüber Unternehmern soll nach Auffassung mancher<sup>42</sup> sogar eine Vertragsstrafe bis zu 10 % der Vertragssumme in Betracht kommen. Vereinzelt werden bei Verstößen gegen die Pflicht zu wahrheitsgemäßen Angaben bei der Bewerbung um die gemeindlichen Grundstücke

27 Klatt/Meister, JuS 2014, 193, 195; Maunz/Dürig/Grzeszick, GG, Stand: April 2020, Art. 20 Rdnr. 112.

28 Sachs/Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 20 Rdnr. 150; Maunz/Dürig/Grzeszick, GG, Art. 20 Rdnr. 112.

29 BVerfG, Urteil vom 4.7.2007, 2 BvE 1/06, 2 BvE 2/06, 2 BvE 3/06, 2 BvE 4/06, NVwZ 2007, 916, 931; Sachs/Sachs, GG, Art. 20 Rdnr. 150.

30 Zu Letzterem: BGH, Urteil vom 13.10.2006, V ZR 33/06, MittBayNot 2007, 306, 307.

31 Dies befürchtet Grziwotz, MittBayNot 2019, 83, 86.

32 Vgl. hierzu Grziwotz, NVwZ 2002, 391, 394, Niemeyer, MittBayNot 2016, 120, 124; Leidner, DNotZ 2019, 83, 87.

33 MünchKomm-BGB/Wurmnest, 8. Aufl. 2019, § 309 Nr. 6 Rdnr. 7; Staudinger/Coester-Waltjen, § 309 Nr. 6 Rdnr. 15.

34 Staudinger/Rieble, § 339 Rdnr. 37 ff.

35 Staudinger/Rieble, § 339 Rdnr. 37; Palandt/Grüneberg, § 339 Rdnr. 11.

36 „Rechtfertigung durch gewichtige Interessen“, vgl. BGH, Beschluss vom 4.6.2003, XII ZB 22/02, NJW-RR 2003, 1156, 1160; Urteil vom 21.3.2013, VII ZR 224/12, NJW 2013, 2111, 2113; BeckOGK-BGB/Kähler, § 307 Vertragsstrafeklausel Rdnr. 103; Staudinger/Rieble, § 339 Rdnr. 133, 381 (generell unabdingbar).

37 Staudinger/Coester-Waltjen, § 309 Nr. 6 Rdnr. 24 m. zahlr. w. N.; Wolf/Lindacher/Pfeifer/Dammann, AGB-Recht, 7. Aufl. 2020, § 309 Nr. 6 Rdnr. 71; Schwab, Städtebauliche Verträge, 2017, Rdnr. 191; Bunzel/Coulmas/Schmidt-Eichstaedt, Städtebauliche Verträge, 4. Aufl. 2013, S. 354-356.

38 Wolf/Lindacher/Pfeifer/Dammann, AGB-Recht, § 309 Nr. 6 Rdnr. 71: „vollkommen geringfügiger und belangloser Pflichtverletzung (...) jede Art von Vertragsstrafe unverhältnismäßig“.

39 So zum Bauvertrag BGH, Urteil vom 23.1.2003, VII ZR 210/01, NJW 2003, 1805.

40 BeckOGK-BGB/Kähler, § 307 Vertragsstrafeklausel Rdnr. 128 ff.

41 Owusu, Die Absicherung von Verpflichtungen in städtebaulichen Verträgen gemäß § 11 BauGB, 2017, S. 334.

42 BeckOnlineFormulare Vertrag/Frense, Stand: 1.6.2020, 8.1.6.2 Rdnr. 37 sowie § 9 des Vertragsformulars.

Pauschalbeträge vorgeschlagen.<sup>43</sup> Eine solche vom Kaufpreis losgelöste Vertragsstrafe ist freilich weniger geeignet, weil mit ihr keine Relation zum gezahlten Entgelt möglich ist und damit der vertragliche Leistungsaustausch als Bemessungsfaktor für die Höhe der Vertragsstrafe völlig unberücksichtigt bleibt.<sup>44</sup>

In der obergerichtlichen Rechtsprechung wurde allerdings auch schon davon ausgegangen, dass es auf das Verhältnis zwischen der Vertragsstrafe und der Schwere des mit ihr geahndeten Verstoßes gegen die auferlegten Pflichten ankommen müsse.<sup>45</sup> Das OLG Köln sah daher bei einem Kaufpreis von 700.000 €<sup>46</sup> eine Vertragsstrafe von 10.000 € pro Monat (in Höhe von insgesamt [den Kaufpreis um mehr als 100 % übersteigenden] 710.000 €) wegen eines Verstoßes gegen eine Bauverpflichtung als AGB-konform an.<sup>47</sup> Dieses Judikat bezog sich dabei auf die BGH-Rechtsprechung zu Vertragsstrafen bei Dauerschuldverhältnissen, wo die angemessene Höhe einer Vertragsstrafe von der Zeitspanne eines Verstoßes gegen die übernommene Pflicht abhängig ist.<sup>48</sup>

Selbst wenn man die Rechtsprechung des BGH zu Vertragsstrafen, deren Höhe von der Zeitdauer der Missachtung des Vertrages abhängig ist, auf die Bauverpflichtung- und die Selbstnutzungs- sowie die Veräußerungsunterlassungsverpflichtung für übertragbar hält, sollte man zur Wahrung des Gebots des sichersten Weges einen gewissen Prozentsatz von der Gesamtvertragssumme (5-10 %)<sup>49</sup> als Höchstgrenze der Vertragsstrafe vorsehen. Nimmt man insbesondere in den Blick, dass es bei städtebaulichen Verträgen primär auf die Druckfunktion ankommt<sup>50</sup> und Vertragsstrafen nicht der Generierung von Gewinnen, sondern der Vermittlung des Drucks zur Einhaltung der städtebaulichen Verpflichtungen dienen, dürfte eine Vertragsstrafe in diesem Spektrum bis zu 10 % ausreichend und verhältnismäßig sein.<sup>51</sup> Insbesondere, da die Gemeinde ihr Sachinteresse (Verfügbarkeit von Wohnraum für besondere Personenkreise, Einheimischen- und Sozialmodell) letztlich nur mit einem Wiederkaufsrecht effektiv durchsetzen kann und Vertragsstrafen primär Warn- und Druckfunktion ha-

ben, sind höhere Vertragsstrafen auch meist nicht zweckmäßig.

## 5. Folgerungen für die notarielle Praxis

Vertragsstrafen sind meines Erachtens sowohl in Grundstücksgeschäften ohne Subvention als auch solchen mit Subvention nach wie vor zulässig. Daran haben auch die missverständlichen Aussagen in der Entscheidung des BGH vom 20.4.2018, V ZR 169/17, zu dem von Vertragsstrafen zu unterscheidenden Nachzahlungsklauseln nichts geändert. Wichtig für die Vertragsgestaltung sind die Bestimmtheit der Vertragsstrafe, die Wahrung des Verschuldensprinzips und die Begrenzung auf eine angemessene Höhe. Insbesondere weil sich gerade letzteres als schwierig gestaltet, sollte an Stelle von Vertragsstrafen auch an andere Sicherungsmittel gedacht werden, bis eindeutige höchstrichterliche Rechtsprechung ergangen ist.

### a) Zweckmäßigkeitserwägungen und § 17 Abs. 1 BeurkG

Auch aus Zweckmäßigkeitsgründen sollte die Wahl des Instruments „Vertragsstrafe“ mit Bedacht erfolgen. Nach § 17 Abs. 1 BeurkG ist mit der Gemeinde genauestens zu eruiieren, ob diese ausschließlich eine Vertragsstrafe oder eine Nachzahlungsklausel (in Form der Aufzahlungs- oder Mehrerlösklausel) ohne ein flankierendes Wiederkaufsrecht für den Fall eines Verstoßes gegen die Bau-, Selbstnutzungs- oder Veräußerungsunterlassungsverpflichtung wünscht. Dies ist allerdings keine Frage der Recht-, sondern der Zweckmäßigkeit. Im Rahmen dieser Erwägungen ist zu berücksichtigen, dass die Gemeinde ggf. die eigene öffentlichrechtliche bzw. städtebauliche Zwecksetzung unterminiert, wenn sie einen Verstoß gegen die Bindungen nur mit einer Zahlungspflicht sanktioniert. Denn vermögende Erwerber können sich auf diesem Wege durch Zahlung der öffentlichrechtlichen Bindungen entledigen.

Typischerweise werden Bau-, Selbstnutzungs- oder Veräußerungsunterlassungsverpflichtungen aber in den Vertrag aufgenommen, damit auch *de facto* eine Wohn- oder Gewerbenutzung durch bestimmte Personenkreise auf dem durch die Gemeinde veräußerten Grundstück stattfindet. Die Kommune versucht auf diese Weise, den aus § 1 Abs. 6 Nr. 2 BauGB (Berücksichtigung der Wohnbedürfnisse der Bevölkerung und Eigentumsbildung weiter Kreise der Bevölkerung) sowie Nr. 8 lit. a, c BauGB (Belange der Wirtschaft und deren mittelständische Struktur, Erhaltung, Sicherung und Schaffung von Arbeitsplätzen) folgenden Planungsbelangen ebenso wie ihrer Pflicht zur Schaffung von Wohnraum und Überlassung von Bauland zu Wohnzwecken (Art. 83 Abs. 1 BV, § 4 Abs. 1 WoFG) gerecht zu werden.

### b) Gestaltungsmöglichkeiten

Am effektivsten lassen sich die genannten Ziele dadurch erreichen, dass die Gemeinde einen Verstoß gegen die städtebauliche bzw. öffentlichrechtliche Zwecksetzung nicht mit einer Zahlungspflicht, sondern mit einem Ankaufs- oder Wiederkaufsrecht sanktioniert.

Diese Sicherungsmittel sind nicht deshalb untauglich, weil die Gemeinde regelmäßig den Wiederkaufspreis nicht aufbringen

43 Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 6 Rdnr. 171 XI. Vertragsstrafe.

44 Zur Berücksichtigung des Leistungsaustauschs: OLG Jena, Urteil vom 26.11.2008, 7 U 329/08, BeckRS 2009, 1159 (Vertragsstrafe für Wettbewerbsverbot); BeckOGK-BGB/*Kähler*, § 307 Vertragsstrafeklausel Rdnr. 149.

45 OLG Köln, Beschluss vom 30.11.2018, 3 U 53/18, BeckRS 2018, 30901.

46 LG Köln, Urteil vom 14.9.2010, 5 O 102/10, BeckRS 2010, 144335; die Entscheidung erging in einem Vorprozess zur Entscheidung des OLG Köln, also nicht als Entscheidung der Vorinstanz.

47 OLG Köln, Beschluss vom 30.11.2018, 3 U 53/18, BeckRS 2018, 30901.

48 Zurückgehend auf BGH, Urteil vom 12.3.2003, XII ZR 18/00, NJW 2003, 2158, 2161 für Dauerschuldverhältnisse.

49 Ausgehend von den in der Literatur vertretenen Grenzen, vgl. etwa zur 10 %-Grenze nach BeckOnlineFormulare Vertrag/*Frense*, 8.1.6.2 Rdnr. 37 sowie § 9 des Vertragsformulars.

50 *Grziwotz*, MittBayNot 2019, 38, 85.

51 Für eine Zulässigkeit von bis zu 10 % bei zeitabhängigen Vertragsstrafen: BeckOGK-BGB/*Kähler*, § 307 Vertragsstrafeklausel Rdnr. 181; *Schweiger*, NZBau 2013, 548 (Facility Management-Verträge).



könnte<sup>52</sup> oder kein unmittelbares (Eigen-)Interesse am bebauten (allerdings abredewidrig genutzten) Grundstück habe. Rechtskonstruktiv kann der Gemeinde ein Wieder- oder Ankaufsrecht zugunsten eines Dritten eingeräumt werden<sup>53</sup>, wobei sie dann wiederum in diesem Verhältnis ihre städtebaulichen Ziele durchsetzen kann. Eigene Mittel muss die Gemeinde dann nicht bereithalten, sondern kann die Finanzierung dem von ihr benannten Dritten überlassen.

Formulierungsvorschlag für ein Wiederkaufsrecht (Verstoß gegen Bauverpflichtung) sowie eine Vertragsstrafe mit konsektivem Wiederkaufsrecht (Selbstnutzungspflicht oder Veräußerungsverbot):

Ein Verstoß gegen die übernommene Bauverpflichtung (Fertigstellung innerhalb von vier Jahren) berechtigt die Gemeinde zur Ausübung eines Wiederkaufsrechts für sich oder zugunsten eines von ihr zu benennenden Dritten. Die Gemeinde kann diese Erfüllungsfrist um längstens ein Jahr verlängern, wenn sich die Fertigstellung aus nicht unmittelbar vom Erwerber zu vertretenden Gründen (Verzug durch Bauunternehmen etc.) über die ursprüngliche Fertigstellungsfrist hinaus verzögert. Die Gemeinde ist zur Ausübung innerhalb eines Jahres ab Kenntnis des Verstoßes berechtigt.

Eine Gebrauchsüberlassung an andere Personen als die Erwerber oder eine Veräußerung ohne Zustimmung der Gemeinde ist für die Dauer von zehn Jahren ab Erfüllung der Fertigstellungspflicht unzulässig. Eine Gebrauchsüberlassung an andere Personen als die Erwerber ohne die Zustimmung der Gemeinde berechtigt diese zur Geltendmachung einer Vertragsstrafe und im Nachgang zur Ausübung eines Wiederkaufsrechts für sich oder zugunsten eines von ihr zu benennenden Dritten. Für jeden Monat, in dem der Erwerber das errichtete Objekt schuldhaft ohne Zustimmung der Gemeinde ausschließlich an Dritte zum Gebrauch überlässt, muss er 0,8 % des Kaufpreises an die Gemeinde als Vertragsstrafe zahlen, wobei die zu entrichtende Vertragsstrafe insgesamt auf eine Höchstgrenze von 5 % der Vertragssumme begrenzt ist.

Wird die ohne Zustimmung erfolgte Gebrauchsüberlassung nicht innerhalb eines halben Jahres ab Aufnahme der Gebrauchsüberlassung beendet, ist die Gemeinde berechtigt, ihr Wiederkaufsrecht auszuüben. Soweit eine Vertragsstrafe gezahlt wurde, ist diese dem Erwerber im Wiederkaufsfall insoweit zurückzuzahlen, als er im Zeitraum, für den die Vertragsstrafe angefallen ist, keine Nettoeinnahmen mit der vertragsgegenständlichen Immobilie erzielt hat.<sup>54</sup>

52 Zu diesem Aspekt: BGH, Urteil vom 13.10.2006, V ZR 33/06, MittBayNot 2007, 306, 307; Urteil vom 6.11.2009, V ZR 63/09.

53 Zur dogmatischen Zulässigkeit: MünchKomm-BGB/Westermann, 8. Aufl. 2019, § 456 Rdnr. 7; BeckOK-BGB/Faust, § 456 Rdnr. 7; Palandt/Weidenkaff, § 456 Rdnr. 7.

54 Diese Anrechnung dient der Vermeidung einer unangemessenen Benachteiligung des Erwerbers durch Kumulation von Vertragsstrafe und Wiederkaufsrecht (vgl. zum Anrechnungsgebot bei Vertragsstrafe und pauschalitem Schadensersatz: BGH, Urteil vom 24.6.2009, VIII ZR 332/07, NJW-RR 2009, 1404, 1405 Rdnr. 12; gegen ein pauschales Kumulationsverbot: BeckOGK-BGB/Kähler, § 307 Vertragsstrafeklausel Rdnr. 206), wobei dem Erwerber durch die Pflicht zur Abgabe der Nettoeinnahmen aus einer etwaigen Vermietung dennoch die Vorteile einer abredewidrigen Gebrauchsüberlassung entzogen werden.

Eine Veräußerung ohne Zustimmung der Gemeinde berechtigt die Gemeinde zur Ausübung eines Wiederkaufsrechts für sich oder zugunsten eines von ihr zu benennenden Dritten.

Die Gemeinde hat die Zustimmung zur Vermietung oder zur Veräußerung zu erteilen, wenn der Erwerber aufgrund Arbeitsplatzwechsels, Scheidung oder aus sonstigen ähnlichen Gründen die Immobilie nicht mehr selbst nutzen kann und er einen Nutzer bzw. Erwerber stellt, der den bei der Vergabe der Grundstücke maßgeblichen Orts- und Sozialkriterien entspricht.

Aus Vertragsstrafen (alternativ: Nachzahlungsklauseln) herrührende Mittel sind von der Gemeinde zweckgebunden zum Ziel der Eigentumsbildung weiter Kreise der Bevölkerung und zur Schaffung von Wohnraum zu verwenden.<sup>55</sup>

## II. Ablösung von Erschließungsbeiträgen in Bayern

Häufig wünschen Gemeinden im Zuge der Veräußerung von Grundstücken, bei denen die leitungsgebundenen Einrichtungen (Art. 5 BayKAG, Wasserversorgung/Entwässerung) und Erschließungsanlagen (Art. 5a BayKAG, Straße) vollständig hergestellt sind, eine einheitliche Kaufpreisausweisung.

Zur Illustration soll folgender Beispielsfall dienen: Eine bayerische Gemeinde will voll erschlossene Grundstücke zu einem pauschalen Quadratmeterpreis (einschließlich Erschließungsbeitrag für Straße und kommunaler Herstellungsbeitrag für Wasser/Abwasser) verkaufen. Unter der Überschrift „öffentliche Lasten“ will sie regeln, dass die Beteiligten davon ausgehen, dass der Vertragsgegenstand voll erschlossen ist, also die Erschließungsanlagen fertiggestellt und endabgerechnet sind. Die Beitragspflicht soll bei der Gemeinde entstanden und somit sollen die Kosten der Ersterschließung bezahlt sein.

Zentral ist hiernach die Frage, ob die Gemeinde mit dem Privaten eine Ablösung der Erschließungs- und Kommunalbeiträge vereinbaren kann oder ob öffentlichrechtliche Schranken einer solchen Abrede entgegenstehen.

Mit Blick auf die Herstellungsbeiträge für die leitungsgebundenen Einrichtungen nach Art. 5 Abs. 1 BayKAG ist die einheitliche Ausweisung im Kaufpreis nach Herstellung und Widmung der leitungsgebundenen Einrichtungen deswegen unproblematisch, weil nach der Rechtsprechung des BayVGh die Beitragspflicht in derartigen Konstellationen unmittelbar noch bei der Gemeinde entsteht und sofort erlischt.<sup>56</sup> Eine Ablösungsvereinbarung ist in solchen Konstellationen daher gar nicht möglich. Anders ist dies bei Erschließungsanlagen (Straßen etc.) nach Bundesrecht: Für Erschließungsanlagen entstehen die Beiträge bei gemeindeeigenen Grundstücken erst, wenn die Gemeinde das Grundstück veräußert.<sup>57</sup> Offen ist dagegen,

55 Vgl. hierzu Leidner, DNotZ 2019, 83, 90.

56 VGh Bayern, Beschluss vom 7.8.1985, 23 CS 84 A.3129, BayVBl. 1986, S. 84, 85 = MittBayNot 1986, 101 ff.; DNotl-Report 2007, 129, 130; Würzburger Notarhandbuch/Hertel, Teil 6 Rdnr. 227.

57 BVerwG, Urteil vom 21.10.1983, 8 C 29.82, DVBl. 1984, S. 188; Urteil vom 5.7.1985, 8 C 127.83, MittBayNot 1985, 268 (Ls.) = NVwZ 1985, 912, 913.

wie mit den Erschließungsbeiträgen gemäß Art. 5a BayKAG umzugehen ist.

## 1. Dogmatische Abgrenzung der Kommunalbeiträge für leitungsgebundene Einrichtungen im Sinne des Art. 5 BayKAG und der Erschließungsbeiträge im Sinne des Art. 5a BayKAG

Für eine wirksame Ablösungsvereinbarung müssen vier Voraussetzungen vorliegen:<sup>58</sup>

- Die Beitragspflicht für die Erschließungsanlagen darf noch nicht entstanden sein (keine Herstellung, keine Widmung, keine Baureife des Grundstücks).
- Vorliegen von Ablösungsbestimmungen in Form einer Satzung oder eines Gemeinderatsbeschlusses (Berechnungsweise/gesamter Erschließungsaufwand)
- Offenlegung des Ablösungsbetrages im Kaufvertrag
- Angemessenheit der vereinbarten Ablösesumme

Besonders bedeutsam für die hier aufgeworfene Handhabung der Erschließungsbeiträge in Bayern ist der Entstehungszeitpunkt der Pflicht für Kommunalbeiträge nach Art. 5 BayKAG und für Erschließungsbeiträge nach Art. 5a BayKAG.

### a) Entstehung der Beitragsschuld bei Kommunalbeiträgen im Sinne des Art. 5 BayKAG

Kommunalbeiträge im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 BayKAG entstehen nach Art. 5 Abs. 6 Satz 1 BayKAG bei demjenigen, der bei Entstehung der Beitragspflicht Grundstückseigentümer ist.<sup>59</sup> Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 des (von den Gemeinden in Bayern typischerweise ihren Beitragssatzungen zugrunde gelegten) Musters einer Beitrags- und Gebührensatzung zur Wasserabgabesatzung/Entwässerungssatzung (BGS-WAS/EWS)<sup>60</sup> entsteht die Beitragsschuld mit Verwirklichung des Beitragstatbestandes, also wenn entweder für bebaute, bebaubare oder gewerblich genutzte oder nutzbare Grundstücke ein Recht zum Anschluss an die Wasserversorgungs- bzw. Entwässerungseinrichtung gegeben ist oder die Grundstücke tatsächlich angeschlossen sind, vgl. § 2 BGS-WAS/EWS,<sup>61</sup> und eine gültige Beitragssatzung vorliegt.<sup>62</sup> Das Vorliegen der Voraussetzungen der gemeindlichen Beitrags- und Gebührensatzungen sollte der Notar, wenn eine Ablösungsvereinbarung gewünscht ist, mit der Gemeinde zumindest kurz erörtern. Sind diese Voraussetzungen zu einem Zeitpunkt gegeben, zu

<sup>58</sup> Vgl. DNotI-Report 2001, 53, 54; 2007, 129 ff.; Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 6 Rdnr. 216.

<sup>59</sup> VGH Bayern, Beschluss vom 7.8.1985, 23 CS 84 A.3129, BayVBl. 1986, S. 84, 85 = MittBayNot 1986, 101 ff. .

<sup>60</sup> Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern über Muster einer Beitrags- und Gebührensatzung zur Entwässerungssatzung vom 20.5.2008 (AllIMBl., S. 350); Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern über die Muster einer Beitrags- und Gebührensatzung zur Wasserabgabesatzung vom 1.12.2008 (AllIMBl., S. 824).

<sup>61</sup> Im Falle der Entwässerung gilt dies auch für Grundstücke und befestigte Flächen, die keine entsprechende Nutzungsmöglichkeit aufweisen, auf denen aber tatsächlich Abwasser anfällt, vgl. § 2 BGS-EWS.

<sup>62</sup> Ecker, Kommunalabgaben in Bayern, Stand: April 2013, Ziffer 41.00, Erl. 3.9.1.

dem die Gemeinde Eigentümerin ist, ist sie wegen der Rechtsprechung des BayVGH zu Art. 5 Abs. 6 Satz 1 BayKAG selbst Beitragsschuldnerin.<sup>63</sup> Nur vor dem Zeitpunkt der Beitragsentstehung können Ablösungsvereinbarungen nach öffentlichem Recht geschlossen werden.<sup>64</sup> Nach Entstehung der Beitragsschuld bei der Gemeinde (und ggf. im Nachgang an eine interne Verrechnung<sup>65</sup>) kann bei Grundstücksveräußerung lediglich der Kaufpreis höher ausgewiesen werden,<sup>66</sup> weil für eine Ablösung (= vorweggenommene Tilgung einer Beitragsschuld)<sup>67</sup> wegen der bei der Gemeinde entstandenen und sogleich erloschenen Beitragspflicht kein Raum mehr ist.

### b) Entstehung der Beitragsschuld bei Erschließungsbeiträgen nach Art. 5a BayKAG

Bei Erschließungsbeiträgen nach Art. 5a BayKAG erweist sich dagegen die Rechtslage in Bezug auf den Zeitpunkt des Entstehens als derzeit noch nicht abschließend geklärt. Nach Bundesrecht entstehen die Beiträge bei gemeindeeigenen Grundstücken erst, wenn das Eigentum wechselt.<sup>68</sup> Ausgehend hiervon können Ablösungsvereinbarungen auch nach Herstellung und Widmung der Erschließungsanlagen bis zur Grundstücksübertragung durch die Gemeinde vereinbart werden. Ein einheitlicher Kaufpreis darf dann nicht ausgewiesen werden.

Das Erschließungsbeitragsrecht fällt seit 1994 in die Landesgesetzgebungskompetenz, vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG, wobei nach Art. 125a Abs. 1 GG erlassenes Bundesrecht bis zu einer Ersetzung durch Landesrecht fort gilt. In Bayern wurde im Jahr 1996 mit Art. 5a BayKAG eine Regelung zum Erschließungsbeitrag eingeführt.<sup>69</sup> Seither ist unklar, ob die Rechtsprechung des BayVGH zu Beiträgen für leitungsgebundenen Einrichtungen auf Erschließungsbeiträge nach Art. 5a BayKAG zu übernehmen ist.

Der Blick auf die äußere Normsystematik des BayKAG legt eine Übernahme der Rechtsprechung des BayVGH zu den kommunalen Herstellungsbeiträgen auch auf den Bereich des Art. 5a BayKAG nahe,<sup>70</sup> insbesondere da es sich nach vom

<sup>63</sup> VGH Bayern, Beschluss vom 7.8.1985, 23 CS 84 A.3129, BayVBl. 1986, S. 84, 85 = MittBayNot 1986, 101 ff.

<sup>64</sup> Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 6 Rdnr. 228, wobei der VGH Mannheim sogar für eine getrennte Ausweisung von Erschließungsbeiträgen und solchen Beiträgen für leitungsgebundene Einrichtungen plädiert, VGH Mannheim, Urteil vom 26.6.2003, 2 S 2567/01, BeckRS 2003, 22738; Beschluss vom 17.4.2007, 2 S 2101/06, BeckRS 2007, 26456.

<sup>65</sup> Hierzu Ecker, Kommunalabgaben in Bayern, Ziffer 41.00, Erl. 3.6.2.2. [4]; dabei handelt es sich um eine interne Umbuchung innerhalb des Haushalts, damit Kosten und Einnahmen den richtigen Haushaltstiteln zugeordnet sind.

<sup>66</sup> Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 6 Rdnr. 227, der zwar von Erschließungsbeiträgen spricht, allerdings wohl auch die Beiträge für leitungsgebundenen Einrichtungen abstellt.

<sup>67</sup> BeckOK-BauGB/*Eiding*, § 133 Rdnr. 89; Battis/Krautzberger/Löhr/*Reidt*, BauGB, § 133 Rdnr. 49.

<sup>68</sup> BVerwG, Urteil vom 21.10.1983, 8 C 29.82, DVBl. 1984, S. 188; Urteil vom 5.7.1985, 8 C 127.83, MittBayNot 1985, 268 (Ls.) = NVwZ 1985, 912, 913;.

<sup>69</sup> KAG-Änderungsgesetz vom 27.12.1996, GVBl. 1996, S. 541.

<sup>70</sup> In diese Richtung: *Grziwotz*, MittBayNot 2003, 200, 203.

BVerwG<sup>71</sup> nicht beanstandeter Rechtsprechung des BayVGH bei Art. 5a BayKAG um Landesrecht handeln soll.<sup>72</sup> In der Konsequenz wäre eine gesonderte Ausweisung der Erschließungsbeiträge nach tatsächlichem straßenrechtlichen Anschluss bzw. nach Entstehen eines Anspruchs auf Anschluss an das straßenrechtliche Erschließungssystem nebst Widmung nicht mehr möglich.

Zwei Aspekte sprechen allerdings dagegen, die Rechtsprechung des BayVGH insoweit auf Erschließungsbeiträge zu erstrecken.

Zum einen wird teilweise vertreten, dass aus verfassungsrechtsdogmatischer Perspektive das Bundeserschließungsbeitragsrecht in Bayern nicht landesrechtlich ersetzt worden sei.<sup>73</sup> Für eine wirksame Ersetzung des Bundes- durch Landesrecht im Sinne des Art. 125a Abs. 1 GG müsse der Gesetzeswortlaut in Gestalt eines Landesgesetzes neu bekannt gemacht werden.<sup>74</sup> Angesichts der Verweisung in Art. 5a Abs. 9 BayKAG auf den Normtext des BauGB sei dies in Bayern nicht der Fall.<sup>75</sup> Eine Verweisung sei keine Ersetzung.<sup>76</sup> Nimmt man dies zur Prämisse, wäre schon mangels Implementierung einer Regelung zur Entstehung von Erschließungsbeiträgen in das BayKAG kein Raum für eine Prägung durch das Landesrecht. Im Ergebnis wäre damit das Erschließungsbeitragsrecht in Bayern nach wie vor Bundesrecht, sodass Erschließungsbeiträge bei gemeindeeigenen Grundstücken erst mit Eigentumsübergang entstehen würden.

Zum anderen unterscheidet sich der Wortlaut von Art. 5 BayKAG (Beiträge) mit der zugehörigen Rechtsprechung des BayVGH von demjenigen des Art. 5a BayKAG (Erschließungsbeiträge). Während nach Art. 5 Abs. 6 Satz 1 BayKAG beitragspflichtig ist, wer im Zeitpunkt des Entstehens der Beitragsschuld Eigentümer des Grundstücks oder Erbbauberechtigter ist, ist Art. 5a BayKAG zu dieser Frage keine Aussage zu entnehmen. Tragend begründet der BayVGH seine Auffassung zur Entstehung der sachlichen Beitragspflicht bei Kommunalbeiträgen allerdings damit, dass Art. 5 Abs. 6 Satz 1 KAG ohne Unterschied den Beitragsschuldner danach bestimme, wer zur Zeit der Entstehung der Beitragspflicht Eigentümer des Grundstücks sei;<sup>77</sup> gleichzeitig regule Art. 5 Abs. 1 Satz 1 KAG ausnahmslos, dass die Beiträge von den Grundstückseigentümern zu erheben seien, denen die Möglichkeit der Inanspruchnahme einer öffentlichen Einrichtung besondere Vorteile biete.<sup>78</sup> Mit dieser Entscheidung habe der Gesetzgeber, da Grundstücke in Gemeindeeigentum keine

Seltenheit darstellten, bewusst akzeptiert, dass auch solche Grundstücke der Beitragspflicht des aktuellen Eigentümers unterliegen sollten, wenn und sobald für sie der ihnen aus einer solchen Einrichtung zufließende Vorteil in Anspruch genommen werden könne.<sup>79</sup>

Eine derartige Wertung lässt sich dem Art. 5a BayKAG aber weder nach seinem Wortlaut noch durch einen Verweis im Rahmen des Art. 5a Abs. 9 BayKAG entnehmen. Vielmehr nimmt die Norm Bezug auf § 133 Abs. 2, § 134 Abs. 1 BauGB. Dort fällt aber im Gegensatz zu Art. 5 Abs. 6 Satz 1 BayKAG<sup>80</sup> die sachliche<sup>81</sup> mit der persönlichen<sup>82</sup> Beitragspflicht nicht zusammen, sondern es ist nach § 134 Abs. 1 BauGB für die persönliche Beitragspflicht der Erlass eines hierauf gerichteten Bescheids erforderlich. Daher gehen zentrale Stimmen in der Literatur davon aus, dass auf die Rechtsprechung des BVerwG, wonach die Erschließungsbeitragspflicht gemeindeeigener Grundstücke erst bei einer Veräußerung entsteht, auch in Bayern weiter die bestehende Rechtslage widerspiegelt.<sup>83</sup>

## 2. Folgerungen für die notarielle Praxis

Im Bereich der Zulässigkeit von Ablösungsvereinbarungen zu Erschließungsbeiträgen in Bayern bewegt man sich weiterhin auf unsicherem Terrain.

### a) Gesonderte Kaufpreisausweisung und Unwägbarkeiten einer Abrede nach § 436 BGB

Nach derzeitiger Rechtslage erscheint für die notarielle Praxis folgende Vorgehensweise empfehlenswert: Soweit in Bayern die zum Bundesrecht entwickelten Grundsätze weiterhin Gültigkeit beanspruchen, ist ein separat ausgewiesener Ablösungsbetrag daher auch nach Herstellung der Erschließungsanlagen beim Erwerb von Gemeinden unerlässlich. Geht man vom Vorliegen von Landesrecht aus und überträgt die Rechtsprechung des BayVGH zu den leitungsgebundenen Beiträgen, ist die gesonderte Ausweisung des Betrages für die Erschließung unschädlich. Die Ablösungsvereinbarung selbst ginge freilich ins Leere, weil mangels zukünftig entstehender Beitragspflicht eine Ablösungsvereinbarung nicht mehr wirksam vereinbart werden kann.

Eine einheitliche Kaufpreisausweisung ebenso wie eine zivilrechtliche Vereinbarung über die Tragung der öffentlichen Lasten im Sinne des § 436 BGB jedenfalls sind in ihrer Wirksamkeit zweifelhaft.<sup>84</sup> Eine Vereinbarung im Sinne des § 436 BGB

71 BVerwG, Beschluss vom 9.8.2002, 9 B 35.02, MittBayNot 2003, 241.

72 VGH Bayern, Beschluss vom 26.4.2002, 6 B 99.44, MittBayNot 2003, 240.

73 *Rottenwallner*, DÖV 2013, 515, 522; *ders.*, NVwZ 2016, 1290, 1293.

74 *Rottenwallner*, NVwZ 2016, 1290, 1293.

75 *Rottenwallner*, NVwZ 2016, 1290, 1293.

76 *Rottenwallner*, DÖV 2013, 515, 522; *ders.*, NVwZ 2016, 1290, 1293.

77 VGH Bayern, Beschluss vom 7.8.1985, 23 CS 84 A.3129, BayVBl. 1986, S. 84, 85 = MittBayNot 1986, 101 ff.

78 VGH Bayern, Beschluss vom 7.8.1985, 23 CS 84 A.3129, BayVBl. 1986, S. 84, 85 = MittBayNot 1986, 101 ff.

79 VGH Bayern, Beschluss vom 7.8.1985, 23 CS 84 A.3129, BayVBl. 1986, S. 84, 85 = MittBayNot 1986, 101 ff.

80 Vgl. hierzu VG Regensburg, Urteil vom 19.1.1987, Az.: unbekannt, zitiert nach: Ecker, Kommunalabgaben in Bayern, Ziffer 41.00, Erl. 3.6.2.2. [4].

81 Frage: Welches Grundstück ist beitragspflichtig?, § 133 Abs. 2 BauGB.

82 Frage: Wer kann Schuldner im Rahmen der sachlichen Beitragspflicht sein?, § 134 Abs. 1 BauGB.

83 Vgl. Ecker, Kommunalabgaben in Bayern, Ziffer 41.00, Erl. 3.6.2.2. [4]; tendenziell wohl a. A. Beck'sches Notar-Handbuch/*Grzivotz*, 7. Aufl. 2019, § 1 Rdnr. 396 sowie *ders.*, MittBayNot 2003, 200, 203.

84 So bereits DNotI-Report 2007, 129, 132.



setzt sich im Allgemeinen in Widerspruch zum Grundsatz der Abgabengleichheit und -gerechtigkeit.<sup>85</sup> Denn soweit die Parteien zivilrechtlich regeln, dass sie von einer vollständigen Ersterschließung ausgehen, ohne dass aber die Erschließungsbeiträge tatsächlich in der zutreffenden Höhe gezahlt werden, könnte sich hierin ein unzulässiger Beitragsverzicht verstecken.<sup>86</sup> Selbst wenn dem nicht so wäre, würde eine pauschale Abrechnung aber dem im Abgabenrecht geltenden Transparenzgrundsatz<sup>87</sup> zuwiderlaufen. Empfehlenswert ist daher für den Fall, dass die Parteien dennoch eine Regelung nach § 436 BGB wünschen, die Aufnahme eines Zweifelsvermerks und eine Vertragsklausel für den Fall der Unwirksamkeit der Vereinbarung.<sup>88</sup>

Zusätzlich läuft man Gefahr, dass die (dogmatisch unzutreffende) Rechtsprechung, wonach die Nichtigkeit einer Vereinbarung zu Erschließungskosten wegen § 139 BGB auch die Nichtigkeit des Hauptvertrags zur Folge hat,<sup>89</sup> auf den Fall einer zivilrechtlichen „Ablösung“ übertragen wird.

## b) Gestaltungsmöglichkeit

Soweit Ablösungsbestimmungen vorliegen,<sup>90</sup> ist angesichts der ungesicherten Rechtslage auch bei bereits hergestellten und gewidmeten Erschließungsanlagen eine Ablösungsvereinbarung zu treffen. Subsidiär muss eine Vorauszahlungsvereinbarung die Ablösungsregelung ergänzen, wenn diese wegen Fehlens einer der anderen genannten Voraussetzungen unzulässig sein sollte.<sup>91</sup> Für den Fall, dass die Rechtsprechung des BayVGH zu den Kommunalbeiträgen<sup>92</sup> auch auf die Erschließungsbeiträge nach Art. 5a BayKAG Gültigkeit beansprucht, ist – da dann weder eine Ablösungsvereinbarung noch eine Vorauszahlungsvereinbarung zulässig wären – eine weitere Auffangregelung nötig, wonach die Gemeinde die (separat ausgewiesenen) Kaufpreisbestandteile als Gegenleistung behalten dürfen soll. Mit dieser Vorgehensweise dürfte gesichert sein, dass die Gemeinde nicht nur den Anteil für das Grundstück, sondern auch denjenigen für die Erschließungskosten behalten darf.

<sup>85</sup> Beck'sches Notar-Handbuch/*Grziwotz*, § 1 Rdnr. 396.

<sup>86</sup> DNotI-Report 2007, 129, 132.

<sup>87</sup> Vgl. hierzu Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/*Grziwotz*, BauGB, Stand: August 2020, § 11 Rdnr. 425.

<sup>88</sup> DNotI-Report 2007, 129, 132; *Grziwotz*, BauR 2008, 471, 475.

<sup>89</sup> BGH, Urteil vom 6.2.2009, V ZR 26/08, NVwZ-RR 2009, 412; Beck'sches Notar-Handbuch/*Grziwotz*, § 10 Rdnr. 39.

<sup>90</sup> Wobei hier zwar nach dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 9 Satz 2 BayKAG Satzungsqualität erforderlich ist, dies aber sowohl von Rechtsprechung (VGH Bayern, Urteil vom 2.6.1999, 6 B 94.3742, BeckRS 1999, 26086) als auch Literatur (Ecker/*Schenk/Holzinger*, Kommunalabgaben in Bayern, Stand: 2016, 87.00, S. 4) ausdrücklich nicht gefordert wird.

<sup>91</sup> Dann müssen allerdings später durch die Gemeinde Beitragsbescheide erlassen werden, vgl. Battis/Krautzberger/Löhr/*Reidt*, BauGB, § 133 Rdnr. 42; Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/*Grziwotz*, BauGB, § 133 Rdnr. 72.

<sup>92</sup> VGH Bayern, Beschluss vom 7.8.1985, 23 CS 84 A.3129, BayVBl. 1986, S. 84, 85 = MittBayNot 1986, 101 ff.

Formulierungsvorschlag für „bayerische“ Erschließungsbeiträge:<sup>93</sup>

Hinsichtlich des Erschließungsbeitrages für das hier veräußerte Grundstück soll die Beitragspflicht nach Art. 5a Abs. 9 Satz 1 BayKAG, § 133 Abs. 3 Satz 5 BauGB abgelöst werden. Nach den Ablösungsbestimmungen der Gemeinde vom (...) ergibt sich für das Vertragsgrundstück bei einer Verpflichtung von (...) €/qm ein Ablösebetrag von (...) €. Dieser Betrag ist zusammen mit dem Kaufpreis für das Grundstück an die Gemeinde zu entrichten. Die Ablösungswirkung tritt mit Zahlung des Betrages ein. Das Recht der Gemeinde zur Beitragserhebung bei Veränderung der Grundstücksgröße oder aufgrund anderer abgaberechtlicher Vorschriften bleibt unberührt.

Sollte die vereinbarte Ablösung nicht zulässig sein, ist der vom Käufer zu bezahlende Ablösebetrag als Vorausleistung auf die per Bescheid zu erhebenden Erschließungsbeiträge anzurechnen; hierüber sind die Vertragsteile einig. Insoweit wird die vorstehend geschuldete Zahlungspflicht als Vorauszahlungspflicht vereinbart. Diese Vorauszahlung ist auch bei einem Eigentumswechsel mit der endgültigen Beitragsschuld zu verrechnen.

Sollte hinsichtlich der Erschließungsbeiträge weder eine Ablösung wirksam vereinbart werden können noch mangels Beitragspflicht eine Vorauszahlungsverpflichtung entstehen, wird der vorstehend ausgewiesene Betrag als gesonderter Teil des Kaufpreises vereinbart. Die Gemeinde darf dann diesen Kaufpreisbestandteil als weitere Gegenleistung vereinnahmen.

## III. Ergebnis

Vertragsstrafen in gemeindlichen Grundstücksgeschäften sind trotz der die Praxis verunsichernden Entscheidung des BGH vom 20.4.2018 weiterhin zulässig, sollten zur Wahrung der Angemessenheit im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 bzw. § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB aber eine Höchstgrenze enthalten. Mit der Gemeinde ist nach § 17 Abs. 1 BeurkG zu erörtern, ob die mit der Grundstücksveräußerung verbundenen Ziele nicht effektiver mit einem Wiederkaufsrecht (ggf. zugunsten eines Dritten) oder einer konsekutiven Lösung von Vertragsstrafe und Wiederkaufsrecht durchgesetzt werden können.

Angesichts der weiterhin ungesicherten Rechtslage zur Übertragbarkeit der BayVGH-Rechtsprechung für Beiträge zu leitungsgebundenen Einrichtungen nach Art. 5 Abs. 6 Satz 1 BayKAG auf Erschließungsbeiträge nach Art. 5a BayKAG empfiehlt sich kautelarjuristisch ein Dreischritt: Zunächst wird durch gesonderte Ausweisung der Erschließungsbeiträge eine Ablösungsvereinbarung getroffen; leidet sie an Wirksamkeitshindernissen, greift subsidiär eine Vorauszahlungsabrede ein. Entscheidet die Rechtsprechung später, dass die BayVGH-Rechtsprechung zu den Beiträgen für leitungsgebundene Einrichtungen auch auf die bayerischen Erschließungsbeiträge Anwendung findet, hilft eine Auffangregelung, wonach die Gemeinde den gesondert ausgewiesenen Betrag als weitere Gegenleistung behalten darf.

<sup>93</sup> Zu den ersten beiden Absätzen allgemein schon Beck'sches Notar-Handbuch/*Grziwotz*, § 10 Rdnr. 41a.

## BUCHBESPRECHUNGEN

**Eckhart Gustavus:**

### Handelsregisteranmeldungen

10. Aufl., Dr. Otto Schmidt, 2020. 501 S., 59,60 €

Von Notarin a. D. Dr. **Anja Heringer**, Maître en droit (Nizza), München

„Schnell, einfach, sicher“, so wird die Neuauflage dieses Klassikers zurecht auf der Homepage des Verlags beworben. Drei Jahre nach der Voraufgabe erscheint der *Gustavus* nun in zehnter Auflage. Das Werk besticht weiterhin durch den bewährten klaren Aufbau, der Notaren und deren Mitarbeitern in der täglichen Praxis einen schnellen Zugriff auf die Muster und relevanten Gerichtsentscheidungen ermöglicht.

Die vorangestellte übergreifende Einleitung gibt eine allgemeine Einführung in das Handelsregister, in die Grundsätze der Handelsregisteranmeldungen und in die Kostenberechnung für Anmeldungen und Eintragungen. Wie auch in der Voraufgabe finden sich hier nützliche Ausführungen etwa zur Beteiligung von Minderjährigen, Testamentsvollstreckern und Insolvenzverwaltern in Handelsregistersachen. Zudem wurden Erläuterungen zur notariellen Prüfungspflicht nach § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG und der Bestellung von Vertretungsorganen durch das Registergericht aufgenommen.

Das Gesetz zur Änderung des Justizkosten- und des Rechtsanwaltsvergütungsrechts (KostRÄG 2021) konnte leider nicht mehr berücksichtigt werden. Hierdurch ergeben sich unter anderem relevante Änderungen betreffend die XML-Gebühr beim Vollzug im Regelfall (Reduzierung des Gebührensatzes von 0,3 auf 0,2; Gebührensatz von lediglich 0,1 bei Anfall einer anderen Vollzugsgebühr; Absenkung des Höchstbetrags der Gebühr von 250 € auf 125 €) sowie beim Vollzug in besonderen Fällen (Reduzierung des Gebührensatzes von 0,5 auf 0,6 in den Fällen, in denen Notarinnen und Notare keine anderweitigen Gebühren erhalten).

Teil A bildet den Schwerpunkt des Werkes: Hier werden nach Unternehmensformen sortiert die wirtschaftlichen und rechtli-

chen Vorgänge und Veränderungen und die daraus folgenden Handelsregisteranmeldungen in rund 180 Anmeldefällen mit ausformulierten Mustertexten dargestellt. Alle Muster können komfortabel im Internet im Downloadbereich heruntergeladen werden. Behandelt werden sowohl die „Standardfälle“ (Einzelunternehmen, OHG, KG, GmbH, GmbH & Co KG, Partnergesellschaft und AG) als auch eher seltener vorkommende „Exoten“ (SE, EWIV). Die einzelnen Anmeldefälle gliedern sich in rechtliche Hinweise, anmeldepflichtige Personen, beizufügende Unterlagen, Kosten bei Gericht und Notar sowie den Text der Anmeldung. Neu aufgenommen wurden in diesem Teil Erläuterungen und Muster zur GmbH-Gesellschafterliste und zur grenzüberschreitenden Verschmelzung/Sitzverlegung.

Teil B rundet das Werk durch eine Sammlung wichtiger Entscheidungsleitsätze zum Handelsregisterrecht ab, die über zahlreiche Verweise eng mit den Bearbeitungshinweisen bei den einzelnen Vorgängen verknüpft sind. In der Neuauflage wurden wesentliche Entscheidungen der vergangenen Jahre aufgenommen, beispielhaft sei hier nur auf die aktuellere Rechtsprechung zur Gesellschafterliste verwiesen, die sich mit der Problematik von mehreren Listeneinreichungen am selben Tage und dem Erfordernis einer Veränderungsspalte außerhalb des Anwendungsbereichs des § 2 Abs. 2 GesLV auseinandersetzt.

Insgesamt dient der *Gustavus* als praktischer Wegweiser durch den „Dschungel“ der Handelsregisteranmeldungen. Die Anschaffung auch der Neuauflage kann ohne Einschränkungen empfohlen werden.

Sebastian Spiegelberger (Hrsg.):

## Vermögensnachfolge – Gestaltung nach Zivil- und Steuerrecht

3. Aufl., C. H. Beck, 2020. 745 S., 119 €

Von Notar Dr. **Thomas Raff**, Ludwigshafen/Rhein

Das Buch ist eine für den Vertragsgestalter einzigartige Mischung aus Hand-, Lehr- und Formularbuch. Es ist möglich, dieses Buch von Anfang bis Ende durch- und querzulesen, und gerade jüngeren Kolleginnen und Kollegen (auch Assessorinnen und Assessoren), deren Erfahrung in der Vertragsgestaltung möglicherweise noch nicht so groß ist, empfehle ich genau dies. Das Buch behandelt nicht jeden relevanten Aspekt erschöpfend; das kann und will es auch gar nicht. Aber es zeigt die zahlreichen Dimensionen auf, in denen man bei der Gestaltung von Übertragungsurkunden denken muss. Auch wer in steuerlichen Themen noch etwas ungeübt ist, findet hier eine zielgenaue Hinführung zu relevanten Fragen, ohne dass er zum Verständnis der Ausführungen große Vorkenntnisse bräuchte. Die nachstehenden, auch teils kritischen Hinweise dürfen vor diesem Hintergrund nicht missverstanden werden: Sie sollen die kleineren Mängel aufdecken, die in der vierten Auflage, welche hoffentlich nicht erst wieder in zehn Jahren erscheinen wird, beseitigt werden könnten. Im Einzelnen:

*Sebastian Spiegelberger* verantwortete die ersten beiden Auflagen dieses Werks allein, jetzt sind Mitautoren hinzugetreten (wobei an keiner Stelle bündig steht, wer welchen Abschnitt bearbeitet; dafür muss man das Buch durchblättern). *Spiegelberger* bearbeitet weiterhin § 1 (Dogmatik der vorweggenommenen Erbfolge), den „Überblick“ und die Abschnitte B. (Einkommensteuer) und E. (Umsatzsteuer) in § 2 (Steuerrecht der Vorwegerbfolge), § 3 (Frühzeitige Vorsorgemaßnahmen), § 10 (Entgeltliche und teilentgeltliche Rechtsgeschäfte) und § 13 (Vermögensverwaltende GmbH & Co. KG), *Eckhard Wälzholz* verantwortet Abschnitt C. (Erbchaft- und Schenkungsteuer) in § 2 und § 14 (Sparschwein-GmbH), *Thomas Wachter* den Abschnitt D. (Grunderwerbsteuer) in § 2 und § 19 (Stiftung als Instrument der Vermögensnachfolge), *Ottmar Fleischer* § 4 (Nießbrauchsgestaltungen), *Martin Leib* § 5 (Wohnungsrecht und Leibgeding), § 6 (Überlassung mit wiederkehrenden Bezügen), § 7 (Sukzessiverwerb und Kettenschenkung) und § 9 (Erbrechtliche Rechtsgeschäfte und Verfügungen), *Lucas Wartenburger* § 8 (Rechtsgeschäfte unter Lebenden auf den Todesfall) und § 16 (Erwerb vom Ehegatten), *Ulrich Schmitz* § 11 (Gesellschaft bürgerlichen Rechts), *Hans-Peter Christl* § 12 (Vermögensverwaltende Familien-Kommanditgesellschaft), *Manfred Rapp* § 15 (Erbrechtsreform und Erbaueinsetzung) und *Christoph Döbereiner* § 17 (Die Europäischen Güterrechtsverordnungen – EuGüVO und EuPartVO) sowie § 18 (Die Europäische Erbrechtsverordnung – EuErbVO).

Dem Buch sieht man auf den ersten Blick nicht an, was es alles kann: Es ist zum einen Teil eines zweibändigen Werks (der zweite Band – Unternehmensnachfolge – soll im Juni 2021 erscheinen), zum anderen verwebt dieser erste Band geschickt schuldrechtliche, sachenrechtliche, familienrechtliche, erbrechtliche, gesellschaftsrechtliche und international-

privatrechtliche Fragen. Das Steuerrecht tritt gleichberechtigt zu den zivilrechtlichen Aspekten hinzu, wenn es das Buch nicht sogar, zumindest in einigen Teilen, dominiert. Zwar erhält das Steuerrecht mit § 2 scheinbar „nur“ einen eigenen übergreifenden Paragraphen, aber es wird in allen anderen Paragraphen teils stark vertieft ebenfalls aufgegriffen. So wird beispielsweise die Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter grunderwerb-, umsatz-, schenkung- und einkommensteuerlichen Aspekten beleuchtet (§ 11 Rdnr. 136 ff.).

Das Buch enthält auch zahlreiche Muster (jedoch nicht überall: Bei der Güterstandsschaukel – § 16 Rdnr. 17 ff. – würde man beispielsweise auch eines erwarten), die über einen Code im Buch verarbeitungsfähig heruntergeladen werden können. Die Muster, die man herunterladen kann, führen als Titel die jeweiligen Paragraphen mit Randnummern. Für eine effiziente Nutzung der Mustersammlung hätte es sich empfohlen, zusätzlich den Namen des Musters in den Titel aufzunehmen.

Weiterhin behandelt das Buch Themen, die man hier nicht unbedingt erwarten würde: So werden in § 9 (Erbrechtliche Rechtsgeschäfte und Verfügungen) u. a. der Erbschaftsvertrag behandelt und dem Leser ein Muster an die Hand gegeben (§ 9 Rdnr. 10 ff.). In § 10 Rdnr. 61 ff. findet sich ein Muster für eine Teilungserklärung gemäß § 8 WEG (Teilung eines Doppelhauses), um die Übertragung von zwei Wohnungen in einem Doppelhaus an zwei Kinder der Eltern im Wege der vorweggenommenen Erbfolge gestalten zu können. § 3 Rdnr. 121 enthält ferner zum Beispiel ein Muster für einen Adoptionsantrag.<sup>1</sup> Umgekehrt gibt es Themen, deren Behandlung man im Buch erwarten würde, die aber offenbar fehlen, so beispielsweise der Vertrag über den Erlass bereits entstandener Pflichtteilsansprüche.<sup>2</sup>

Es überrascht insgesamt nicht, dass das Buch äußerlich zwar schmal wirkt, aber doch 745 Seiten hat. Das Werk ist insgesamt sehr dicht geschrieben, wobei § 11 (Gesellschaft bürgerlichen Rechts, *Ulrich Schmitz*) eine Ausnahme darstellt: Dieser Beitrag ist diskursiver geschrieben, der Zugang also noch einfacher (der derzeit zur Diskussion stehende Mauracher Entwurf konnte freilich noch nicht verwertet werden).<sup>3</sup> Dass sich das Buch weitgehend auf das Notwendige beschränkt, ermöglicht dem unter Zeitdruck stehenden Leser (Notare ohne Zeitdruck kenne ich jedenfalls nicht) eine schnelle Einarbeitung in ihm noch unbekanntere oder weniger bekannte Bereiche.

1 Erwachsene Adoption; schwache Wirkung; aus der Literatur über die Angaben im Spiegelberger hinaus ist *Müller-Engels* (u. a. Hrsg.), *Adoptionsrecht in der Praxis*, 4. Aufl. 2020, zu empfehlen.

2 Vgl. dazu eingehend *Staudinger/Herzog*, Neub. 2015, § 231, Rdnr. 58 ff.

3 Vgl. dazu etwa *Geibel*, ZRP 2020, 137.

Manchmal ist das Buch allerdings zu knapp: Etwa in § 16 Rdnr. 47 ff. hätte *Wartenburger* § 1374 Abs. 2 BGB heranziehen und erläutern können, dass nach der herrschenden Meinung weder Schenkungen noch ehebedingte Zuwendungen einen Fall des § 1374 Abs. 2 BGB darstellen.<sup>4</sup>

Um den ganzen Schatz dieses Buchs zu heben, sollte man bei der Suche nach Informationen Inhaltsverzeichnisse und Stichwortverzeichnis parallel auswerten und in den aufgeführten Textstellen nach weiteren internen Verweisen suchen, da die Verweisungstechnik des Buches insgesamt nicht durchgehend verlässlich ist. So ist die Verweisung in § 4 (Nießbrauch) auf weitere Abschnitte, die sich mit dem Nießbrauch beschäftigen, unpräzise (§ 4 Rdnr. 8 verweist pauschal auf §§ 11-14; zentral ist etwa § 12-A-VI. = § 12 Rdnr. 28 ff.). Manche Verweise gehen auch ins Leere (so muss der Verweis in § 1 Rdnr. 289 auf § 5 Rdnr. 67 richtig § 5 Rdnr. 57 ff. lauten). Das in § 1 Rdnr. 286 ff. recht abstrakt und doch kursorisch behandelte Sozialhilferecht hätte zudem noch enger mit § 5 Rdnr. 57 ff. verknüpft werden sollen, werden dort doch sehr lesenswerte Ausführungen mit anschaulichen Beispielrechnungen (§ 5, Rdnr. 58) verbunden. Das dort behandelte Beispiel zum Elternunterhalt kann bei der Beratung von Menschen helfen, die einerseits das „Häusle“ in der Familie halten wollen, andererseits Angst davor haben, dass die Kinder ihnen einmal Unterhalt schulden. An dieser Stelle spielt auch das Schonvermögen eine wichtige Rolle, das im *Spiegelberger* in § 1 Rdnr. 297 und § 5 Rdnr. 59 ff. behandelt wird. Zu *beiden* Randnummern gelangt man aber nur über das Stichwortverzeichnis; im Text sind die beiden Randnummern leider nicht über Querverweise miteinander verbunden. Auch etwa der Verweis in § 2 Rdnr. 161 auf „Rdnr. 7“ geht ins Leere: Das Muster für die Option findet sich in § 2 Rdnr. 169; das Stichwortverzeichnis hilft insoweit auch nicht weiter. An anderen Stellen würde man eine Weiterverweisung überhaupt erwarten, so etwa in § 11 Rdnr. 13; die dort angesprochenen Gestaltungsalternativen werden im Buch behandelt (§§ 12 bis 14), und ein Verweis auf die letztgenannten Paragraphen hätte sich daher angeboten.

Umgekehrt gibt es Themen, die sich im Text finden, aber nicht im Stichwortverzeichnis. So werden Erb- und Pflichtteilsverzichtsverträge etwa in § 9 Rdnr. 18 ff. behandelt; die Begriffe tauchen aber nicht im Stichwortverzeichnis auf, dafür aber im Inhaltsverzeichnis, wenn man es genau liest (§ 9 Buchst. C.). Insgesamt könnte das Stichwortverzeichnis in der nächsten Auflage sorgfältiger bearbeitet werden. So gibt es etwa ein Hauptstichwort zur Europäischen Güterrechtsverordnung (Singular), obwohl die Überschrift in § 17 bewusst im Plural gehalten ist und dort auch die Besonderheiten der EuPartVO behandelt werden (§ 17 Rdnr. 84 ff.); letztere erscheint im Stichwortverzeichnis aber nicht. Auch die Erbrechtsverordnung erscheint im Stichwortverzeichnis nicht, obwohl sie in § 18 ausführlich behandelt wird. Dafür ist das Europäische Nachlasszeugnis im Stichwortverzeichnis aufgeführt. Während beim Erbvertrag die Auslandsberührung im Stichwortverzeichnis Aufnahme gefunden hat (Verweis auf § 18 Rdnr. 40 ff.), gilt dies für das gemeinschaftliche Testament nur insoweit, als das

gemeinschaftliche Testament Hauptstichwort ist. Dort, wo das gemeinschaftliche Testament Unterstichwort von Testament ist, fehlt sowohl eine Weiterverweisung auf das Hauptstichwort gemeinschaftliches Testament als auch eine Verweisung auf § 18 Rdnr. 40 ff. Die Beispiele ließen sich fortsetzen.

Bisweilen fragt man sich, ob der Rückgriff auf frühere Rechtslagen erforderlich ist. Sicherlich sinnvoll, da noch zahlreiche laufende „Alt“-Fälle denkbar sind, ist die Beschreibung der Rechtslage bis zum Jahressteuergesetz 2008 (u. a. § 6 Rdnr. 30 ff.; § 9 Rdnr. 44 ff.). Bei der Lektüre von § 15 fragt man sich dagegen beispielsweise, ob die Aufnahme eines eigenen Abschnitts A zur Erbrechtsreform 2009/2010 (§ 15 Rdnr. 1-20) in dieser Form auch in der neuen Auflage 2020 sinnvoll war. Umgekehrt ist es schön, dass jüngste Entwicklungen im Compliance-Bereich immerhin gestreift werden. Geldwäscherechtliche Fragen werden jedenfalls in § 13 Rdnr. 4 ff. angesprochen. Blickt man in das Stichwortverzeichnis, sucht man den Begriff Geldwäsche aber leider vergebens. Dafür findet man das Hauptstichwort „Transparenzregister“, das auf § 13 Rdnr. 4 ff. verweist.

Das Buch hat nicht zuletzt wissenschaftlichen Anspruch; es zeigt, wie selbstverständlich Wissenschaft zur notariellen Praxis gehört. Um ein Beispiel herauszugreifen: Der Begriff der Vermögensnachfolge – ebenso wie damit zusammenhängende Vertragstypenbeschreibungen wie Überlassungsvertrag, Übertragungsvertrag, Übergabe(-vertrag) o. ä. – ist bekanntermaßen komplex. *Spiegelberger* versucht vor diesem Hintergrund in § 1 A. eine Annäherung und betitelt diesen Abschnitt mit „Dogmatik“. Gesichert ist, dass das Gesetz all die vorgenannten Begriffe nicht oder jedenfalls nicht an zentraler Stelle verwendet; es geht vielmehr um Sammelkategorien, die dem Gestalter erlauben, komplexe Schenkungsverträge aus seiner Sicht plastischer zu erfassen. Ob man die vorgenannten Begriffe aber tatsächlich braucht, steht auf einem anderen Blatt.<sup>5</sup> Nebenbei bemerkt: Der Rekurs auf *Larenz'* Methodenlehre der Rechtswissenschaft (§ 1 Rdnr. 110; übrigens nicht auf die aktuellste 6. Auflage 1991, sondern auf die 5. Auflage 1983) ist vor dem Hintergrund von *Larenz'* Vergangenheit zweifelhaft, insbesondere auch mit Blick auf die Vertragstypenlehre.<sup>6</sup>

Fazit: Die vorstehenden Ausführungen konnten nur einzelne Aspekte beleuchten. Trotz mancher Kritik, die im Wesentlichen Detailfragen betrifft, kann dieses Buch jedem Notar uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden. Im Übrigen dürfen wir auf Band 2 zur Unternehmensnachfolge gespannt sein.

4 Siehe dazu Jauernig/Budzikiewicz, BGB, 17. Aufl. 2018, § 1374 Rdnr. 7 m. w. N.

5 Vgl. zu diesem Problem unter Verwendung eines anderen Beispiels auch *Baldus*, JZ 2016, 449.

6 Vgl. dazu *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 7. Aufl. 2011, S. 307 ff.



Dr. Johannes Weber (Hrsg.):

## Kölner Formularbuch Wohnungseigentumsrecht

Carl Heymanns, 2020. 919 S., 129 €

Von Notarassessor **Benedikt Grimm**, Hengersberg

Im notariellen Alltag spielt das WEG seit jeher eine große Rolle. „Gute Kenntnisse im Wohnungseigentumsrecht zum unabdingbaren Rüstzeug des Berufsalltags“ (Vorwort) zu erklären, ist daher sicherlich alles andere als zu hoch gegriffen.

Das WEMoG, das am 1.12.2020 in Kraft getreten ist, bietet mehr als genug Anlass, sich wieder einmal intensiv mit dem Wohnungseigentumsrecht zu beschäftigen. In notarrelevanten Bereichen wurde vieles umgekrempelt: das sachenrechtliche Grundverhältnis (z. B. Sondereigentumsfähigkeit von Stellplätzen und Freiflächen) und noch viel mehr das verbandsrechtliche Gemeinschaftsverhältnis (insbesondere Entstehen der Wohnungseigentümergeinschaft und ihre nunmehr vollständige Rechtsfähigkeit, Neuordnung der Rechtsbeziehungen von Wohnungseigentümern, Verwalter, Beirat und Wohnungseigentümergeinschaft).

Das Kölner Formularbuch Wohnungseigentumsrecht ergänzt die Hand- und Formularbücher der notariellen Praxis im Carl Heymanns Verlag. Es ist bereits im April 2020 erschienen und konnte zu diesem Zeitpunkt die Änderungen durch das WEMoG naturgemäß noch nicht behandeln.

Sämtliche Autoren sind nicht nur Notare, die meisten von ihnen waren zuvor auch am DNotI tätig. Der hohe wissenschaftliche Anspruch des Werks, der an vielen Stellen deutlich sichtbar wird, überrascht also nicht. Bei der inhaltlichen Tiefe des Werks denkt man häufig, ein Handbuch in der Hand zu halten.

Dem Herausgeber und Mitautor *Johannes Weber* gelingt es bereits im Kapitel „Einführung und Grundbegriffe“, die Konzeption des WEG a. F. anschaulich zu vermitteln. So führt er gut ein in die weiteren Kapitel, die sich mit der Begründung von Wohnungseigentum, der Gemeinschaftsordnung, nachträglichen Veränderungen und der Veräußerung von Wohnungseigentum beschäftigen. Ausführungen zu besonderen Beteiligten (Minderjährige etc.), Wohnungs- bzw. Teilerbbau-rechten und dem Dauerwohnrecht schließen das Werk ab.

Erfreulicherweise finden sich im Kapitel „Begründung von Wohnungseigentum“ auch Ausführungen zum Bau-trägerrecht, etwa zur rechtlichen Problematik rund um die Abnahme von Gemeinschaftseigentum (Rdnr. 447 ff.), an der sich auch durch das WEMoG nichts geändert haben dürfte. Das als „sachenrechtliche Drittbeziehungen“ (Rdnr. 576 ff.) beschriebene Verhältnis von WEG zu dinglichen Rechten verschwindet in diesem Kapitel etwas und lässt bspw. Ausführungen zum Wohnungsrecht an Wohnungseigentum vermissen.

Besonders hervorzuheben ist der äußerst umfangreiche Beitrag *Falkners* zur Gemeinschaftsordnung. Die sehr detaillierte Darstellung mit zahlreichen Bausteinen lässt kaum Fragen offen. Muster zu den häufiger anzutreffenden Aufteilungstypen

(große Wohnanlage, kleine Gemeinschaften oder Reihenhäuser) sind ebenso zu finden wie Gemeinschaftsordnungen für Anlagen mit spezieller Zweckbestimmung (Betreutes Wohnen, Alten- und Pflegeheim, Mehrgenerationenhaus, Studentenwohnheim, Hotel, Ferienwohnanlage, Feriendorf, Boardinghaus und reine Tiefgaragenanlage). Das WEMoG macht gerade im Kapitel „Gemeinschaftsordnung“ Anpassungen erforderlich. Das Kapitel ist aber so gut aufgebaut, dass man schnell die Themenbereiche sortieren kann, in denen sich kaum bzw. wenig Änderungsbedarf ergibt (z. B. Zweckbestimmung und Gebrauchsregelungen, Sondernutzungsrechte) oder in denen die wesentlichen Gedanken unverändert Sinn ergeben (z. B. bauliche Veränderungen, Kosten und Lasten, Veräußerungszustimmungen).

Das Kapitel „Veräußerung von Wohnungseigentum“ versucht, einen Überblick zum Immobilienkauf zu schaffen. Ein noch stärkerer Fokus speziell auf die wohnungseigentumsrechtlichen Implikationen wäre ebenso wünschenswert wie Ausführungen zu vorbehaltenen Leistungen und Rechten etwa im Rahmen einer Überlassung.

Neben Ganztextmustern zur Aufteilung und Gemeinschaftsordnungen finden sich auch taugliche Muster für die Vorbereitung und Durchführung einer Aufteilung wie Überbau-dienstbarkeiten bzw. Tiefgaragennutzungsdienstbarkeiten oder Muster für Identitätserklärungen und Nachtragsurkunden nach Vorliegen der amtlichen Pläne.

Die Muster und Bausteine sind nicht nur abgedruckt, sondern stehen nach einer Registrierung auch zum Download bereit. Wer sich entweder noch nicht registriert oder die Anmelde-daten gerade nicht griffbereit hat, würde sich sicherlich über einen beiliegenden Datenträger freuen.

Wünschenswert wäre auf jeden Fall aber eine Übersicht der Formulierungsbeispiele auch im Buch.

Die Formulierungsbeispiele überzeugen. Sie sind sinnvoll gegliedert und dienen auch nach dem Inkrafttreten des WEMoG als sehr gute Orientierung für die Praxis. Für die Arbeit mit Bausteinen und Mustern gilt stets, dass sie als Formulierungshilfen kritisch zu würdigen sind – für die Bausteine und Muster im Kölner Formularbuch Wohnungseigentumsrecht gilt das nach dem WEMoG nur umso mehr.

Zusammenfassend gelingt es dem Werk sehr gut, die für den Notar besonders relevanten Bereiche des Wohnungseigentumsrechts darzustellen und praxistaugliche Formulierungsbeispiele zur Verfügung zu stellen. Es zeigt bereits in der Erstauflage, dass es ein Standardwerk werden wird. Die Anschaffung einer hoffentlich bald erscheinenden Neuauflage kann nur empfohlen werden.

## RECHTSPRECHUNG

### BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

#### 1. Beschwerdebefugnis nach Widerruf der Vorsorgevollmacht

BGH, Beschluss vom 8.7.2020, XII ZB 68/20 (Vorinstanz:  
LG München I, Beschluss vom 4.2.2020, 6 T 4199/19)

*FamFG §§ 62, 70 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, § 293 Abs. 1 und 2,  
§ 303 Abs. 4  
ZPO § 411a*

##### LEITSÄTZE:

1. Auch nach einem wirksamen Widerruf der Vorsorgevollmacht durch den Betreuer kann der Bevollmächtigte noch im Namen des Betroffenen Beschwerde gegen die Erweiterung der Betreuung um die Befugnis des Kontrollbetreuers zum Widerruf der Vollmacht einlegen. Die trotz des Widerrufs partiell als fortbestehend anzusehende Vollmacht umfasst auch die Befugnis, zur Durchführung einer Rechtsbeschwerde im Namen des Betroffenen einen beim BGH zugelassenen Rechtsanwalt zu beauftragen (Fortführung von Senatsbeschluss BGHZ 206, 321 = FamRZ 2015, 1702).
2. Nach der wirksamen Erklärung des Widerrufs ist eine angefochtene Betreuerbestellung hinsichtlich des Aufgabenkreises Vollmachtwiderauf zwar erledigt. Der Betroffene hat insoweit jedoch die Möglichkeit, die Beschwerde mit dem Ziel der Feststellung einer Verletzung seiner Rechte nach § 62 FamFG fortzuführen.
3. Bei der Erweiterung einer bestehenden Kontrollbetreuung um die Befugnis zum Widerruf einer Vorsorgevollmacht kann nicht gemäß § 293 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 FamFG von der Einholung eines Gutachtens oder eines ärztlichen Zeugnisses abgesehen werden, weil es sich hierbei um eine wesentliche Erweiterung des Aufgabenkreises des Kontrollbetreuers handelt.

#### 2. Kein Eintritt eines Erwerbers in Mietverhältnis nach § 566 BGB hinsichtlich eines lediglich mitbenutzten Grundstücks

BGH, Urteil vom 4.9.2019, XII ZR 52/18 (Vorinstanz:  
OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 11.5.2018, 2 U 25/16)

*BGB §§ 133, 157, 535 Abs. 1 Satz 1, § 535 Abs. 1 Satz 2,  
§ 566 Abs. 1, § 578 Abs. 2 Satz 1  
InsO § 111 Satz 1 und 2*

##### LEITSATZ:

Ist dem Mieter gestattet, ein im Eigentum des Vermieters stehendes weiteres Grundstück zu benutzen, das nicht Gegenstand des Mietvertrags ist, tritt bei einer späteren Veräußerung dieses Grundstücks der Erwerber nicht gemäß § 566 Abs. 1 BGB in den Mietvertrag ein.

Die Entscheidung ist abgedruckt in der DNotZ 2020, 35.

#### 3. Keine Vormerkungsfähigkeit gegenseitiger Zuwendungsversprechen auf den Todesfall

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.5.2020, I-3 Wx 64/20

*BGB § 883 Abs. 1, § 2301 Abs. 1 Satz 1  
GBO § 71 Abs. 1, §§ 72, 73, 75*

##### LEITSATZ:

Verpflichten sich Miteigentümer eines Grundstücks, jeweils ihren hälftigen Miteigentumsanteil auf den jeweils anderen zu übertragen unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Übertragende versterbe und der Erwerber den Übertragenden überlebe und die Pflicht auflösend bedingt sei durch den Erwerb des anderen Miteigentumsanteils und durch die Erklärung des Rücktritts seitens des anderen Beteiligten, wobei die Übertragung im Wege des entgeltlichen Rechtsgeschäfts und außerhalb der Formen des Erbrechts erfolge, so sind die Übertragungsansprüche wegen der zwischen den Beteiligten vereinbarten Überlebensbedingung, bis zu deren Eintritt die Übertragungsansprüche aufgeschoben sein sollen (als gegenseitige Zuwendungsversprechen auf den Todesfall im Sinne von § 2301 BGB) nicht vormerkungsfähig.

Der Volltext der Entscheidung erscheint demnächst in der DNotZ.



## 4. Auslegung von Vertragsklauseln bei Grundstücksveräußerung im „Einheimischen-Modell“

OLG Hamm, Urteil vom 14.11.2019, I-22 U 52/19

BauGB § 11 Abs. 2 Satz 1

BGB §§ 133, 157, 242, 305b, 305c Abs. 2, § 307

### LEITSÄTZE:

1. Eine in einem Grundstückskaufvertrag mit einer Gemeinde im Rahmen des sog. Einheimischen-Modells enthaltene Vertragsklausel, in der sich der Käufer verpflichtet, den Kaufgegenstand innerhalb einer bestimmten Frist „mit einem Wohnhaus mit nicht mehr als zwei Wohneinheiten (...) zu bebauen“, ist unklar hinsichtlich der Frage, ob sie auch eine abschnittsweise Errichtung zweier miteinander verbundener Baukörper mit nicht mehr als zwei Wohneinheiten erlaubt.
2. Legt der Käufer bei einer derartigen Vertragsgestaltung im Rahmen der Beurkundung des Vertrages gegenüber dem Abschlussvertreter der Gemeinde seine später umgesetzten Planungen offen, ohne dass der Vertreter der Gemeinde vor Abgabe seiner auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung Bedenken anmeldet, ob diese Planung mit den Vorgaben der Vertragsklausel im Einklang steht, wird das dadurch zu Tage getretene Verständnis des Käufers vom Inhalt der vertraglichen Regelung als übereinstimmender Wille der Parteien Vertragsinhalt (im Anschluss an BGH, Urteile vom 29.5.2009, V ZR 201/08, NJW-RR 2010, 63 Rdnr. 11; vom 22.3.2002, V ZR 405/00, NJW 2002, 2102 unter II. 2. a); jew. m. w. N.).
3. Zur Auslegung einer in einem Grundstückskaufvertrag mit einer Gemeinde im Rahmen des Einheimischen-Modells vereinbarten Vertragsklausel, welche die Begründung von Wohnungseigentum sowie die Bestellung von Erbbaurechten am unbebauten Grundstück einer vollständigen oder teilweisen Veräußerung des unbebauten Grundstücks an einen Dritten gleichstellt.

## BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

### 5. Eintragungsfähigkeit eines isolierten Verzichts auf die Erhaltungspflicht des Dienstbarkeitsberechtigten

OLG München, Beschluss vom 5.8.2020, 34 Wx 302/20

BGB §§ 742, 748, 873 Abs. 1, § 1020 Satz 2, § 1021 Abs. 1

### LEITSÄTZE:

1. Der isolierte Verzicht auf die Erhaltungspflicht des Eigentümers des herrschenden Grundstücks aus § 1020 Satz 2 BGB kann im Grundbuch eingetragen werden.
2. Jedenfalls als schuldrechtliche Vereinbarung ist ein isolierter Verzicht auf die gesetzliche Erhaltungspflicht des Dienstbarkeitsberechtigten aus § 1020 Satz 2 BGB ohne Überbürdung auf den Eigentümer gemäß § 1021 Abs. 1 Satz 1 BGB möglich. Dass dann die Unterhaltung der auf dem belasteten Grundstück gehaltenen Anlage dem freien Spiel der Kräfte überlassen bleibt, ist Ausfluss der Vertragsfreiheit der Parteien. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Der Rechtsinhalt des Begleitschuldverhältnisses zu einer Dienstbarkeit, der sich bereits aus § 1020 Satz 2 BGB ergibt, kann nicht im Grundbuch eingetragen werden. (Leitsatz der Schriftleitung)
4. Die Klarstellung, dass den Eigentümer des dienenden Grundstücks gegenüber dem Berechtigten keine Verkehrssicherungs- oder Unterhaltungspflichten treffen, ist grundsätzlich nicht eintragungsfähig. Da den Eigentümer des dienenden Grundstücks solche Pflichten nur treffen, wenn eine entsprechende Vereinbarung nach § 1021 Abs. 1 Satz 1 BGB existiert, besteht kein Anlass, das Fehlen einer Abweichung vom gesetzlichen Regelfall im Grundbuch zu vermerken. (Leitsatz der Schriftleitung)

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligten zu 1 und 2 sind Eigentümer des Fl. St. XX/24, die Beteiligte zu 3 des Fl. St. XX/25.

2 Im notariellen Vertrag vom 12.6.2019 einigten sie sich auf den Tausch ihrer Grundstücke. Zugleich vereinbarten sie die Bestellung von Grunddienstbarkeiten zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Fl. St. XX/8 auf dem Fl. St. XX/24 und zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Fl. St. XX/9 auf dem Fl. St. XX/25. Die Dienstbarkeiten sollten gemäß Abschnitt IV. 2. des Vertrags folgenden Inhalt haben:

- 3 „a) Der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks ist befugt, das dienende Grundstück dauernd und umfassend ohne jede zeitliche Beschränkung zu begehren, sowie durch Dritte zur Aufsuchung des berechtigten Grundstücks begehren zu lassen.

**4 b)** Der Eigentümer des dienenden Grundstücks hat dem Berechtigten gegenüber keine Verkehrssicherungspflichten oder Unterhaltungspflichten und umgekehrt.“

**5** Auf den Vollzugsantrag des Urkundsnotars hin forderte das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 9.4.2020 eine notarielle Nachtragserklärung des Inhalts, dass die vertragliche Regelung unter IV. 2. b) nur als schuldrechtlich vereinbart geltend soll. Der Dienstbarkeitsberechtigte sei in dem durch § 1020 Satz 2 BGB beschriebenen Rahmen zur Unterhaltung und Instandsetzung verpflichtet. Bei gemeinsamer Benutzung könne die Unterhaltungspflicht gemäß § 1021 BGB festgelegt werden. Ein gegenseitiger Ausschluss sei nicht vorgesehen und damit dinglich nicht sicherbar. Die hiergegen eingelegte Beschwerde der Beteiligten wies der Senat mit Beschluss vom 8.6.2020, 34 Wx 177/20, zurück, da der wechselseitige Ausschluss von Unterhaltungspflichten als Inhalt des Begleitschuldverhältnisses zu einer Dienstbarkeit nicht im Grundbuch eingetragen werden könne.

**6** Mit Schreiben vom 17.6.2020 hat der Urkundsnotar aufgrund erteilter Vollmacht Abschnitt IV. 2. b) geändert. Dieser lautet nun:

**7** „Der Eigentümer des herrschenden Grundstücks hat dem Eigentümer des dienenden Grundstücks gegenüber keine Verkehrssicherungspflichten oder Unterhaltungspflichten.

**8** Es wird klargestellt, dass der Eigentümer des dienenden Grundstücks ebenfalls keine Verkehrssicherungspflichten oder Unterhaltungspflichten hat.“

**9** Mit neuerlicher Zwischenverfügung vom 30.6.2020 hat das Grundbuchamt mitgeteilt, es sei weiterhin eine notarielle Nachtragserklärung erforderlich darüber, dass die Regelung in Abschnitt IV. 2. b) nur als schuldrechtlich vereinbart gelten soll. Die mit Schreiben vom 17.6.2020 eingereichte Formulierung sei so nicht eintragungsfähig, weil auch dies letztlich einen gegenseitigen Ausschluss der Unterhalts- und Verkehrssicherungspflichten darstelle.

**10** Hiergegen hat der Urkundsnotar mit Schreiben vom 6.7.2020 wiederum Beschwerde eingelegt. Mit der Bewilligung solle die gemäß § 1020 Satz 2 BGB bestehende Unterhaltungspflicht des herrschenden Eigentümers abbedungen werden. Mit der weiteren Klarstellung solle zusätzlich erreicht werden, dass in der Zukunft nicht darüber gestritten werden muss, ob eine Unterhaltungspflicht des dienenden Eigentümers gemäß § 1021 Abs. 1 Satz 1 BGB ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart wurde.

**11** Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 8.7.2020 nicht abgeholfen. Es hält auch die nun eingereichte Formulierung für nicht eintragungsfähig, da auch dies letztlich einen gegenseitigen Ausschluss der Unterhalts- und Verkehrssicherungspflichten darstelle. Zur Vermeidung von Wiederholungen werde auf den bisherigen Akteninhalt und insbesondere die Begründung der Zwischenverfügung vom 30.6.2020 Bezug genommen.

**12** II. Die zulässige Beschwerde ist teilweise begründet.

**13** 1. Die Beschwerde ist zulässig.

**14** Insbesondere ist sie gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthaft. Entscheidungen des Grundbuchamts im Sinne dieser Bestimmung sind auch Zwischenverfügungen nach § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO (OLG Hamm, FGPrax 2010, 177; Bauer/Schaub/Budde, GBO, 4. Aufl., § 71 Rdnr. 11; Demharter, GBO, 31. Aufl., § 71 Rdnr. 1; Hügel/Kramer, GBO, 4. Aufl., § 71 Rdnr. 68; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 471).

**15** 2. Die Beschwerde hat Erfolg im Hinblick auf die Eintragungsfähigkeit des Ausschlusses von Verkehrssicherungs- und Unterhaltungspflichten des Eigentümers des herrschenden Grundstücks gegenüber dem Eigentümer des dienenden Grundstücks (a)), nicht jedoch im Hinblick auf die weitere Klarstellung (b)).

**16** a) Hinsichtlich des Ausschlusses der Verkehrssicherungs- und Unterhaltungspflichten des Eigentümers des herrschenden Grundstücks gegenüber dem Eigentümer des dienenden Grundstücks stellt sich zunächst die Frage der Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung (aa) und bejahendenfalls sodann die Frage ihrer Eintragungsfähigkeit (bb)).

**17** aa) Gegen die grundsätzliche Zulässigkeit des Ausschlusses der Verkehrssicherungs- und Unterhaltungspflichten des Eigentümers des herrschenden Grundstücks gegenüber dem Eigentümer des dienenden Grundstücks bestehen keine durchgreifenden Bedenken.

**18** Hält der zur Ausübung der Dienstbarkeit Berechtigte auf dem belasteten Grundstück zu diesem Zweck eine Anlage, so hat er sie gemäß § 1020 Satz 2 BGB in ordnungsmäßigem Zustand zu erhalten, soweit das Interesse des Eigentümers es erfordert. Die Vorschrift gilt, wie der BGH in seiner Grundsatzentscheidung vom 12.11.2004 festgehalten hat, auch im Falle einer gemeinsamen Nutzung; die Kostenverteilung richtet sich dann nach §§ 748, 742 BGB analog (BGHZ 161, 115). Dies verhindert die Entstehung eines insoweit gleichsam rechtsleeren Raums (Amann, DNotZ 2005, 621). § 1021 Abs. 1 BGB ermöglicht Vereinbarungen über die Unterhaltungspflicht dahin gehend, dass – Satz 1 – der Eigentümer dieses Grundstücks die Anlage zu unterhalten hat, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert, oder dass – Satz 2 –, wenn dem Eigentümer das Recht zur Mitbenutzung der Anlage zusteht, der Berechtigte die Anlage zu unterhalten hat, soweit es für das Benutzungsrecht des Eigentümers erforderlich ist. Im Rahmen insbesondere einer Vereinbarung nach § 1021 Abs. 1 Satz 1 BGB kann also die Erhaltungspflicht aus § 1020 Satz 2 BGB, die ebenfalls im Sinne einer Unterhaltungspflicht zu verstehen ist (BGHZ 161, 115/121; BeckOGK-BGB/Kazele, § 1020 Rdnr. 73; MünchKomm-BGB/Mohr, 8. Aufl., § 1020 Rdnr. 12), abbedungen werden (Bauer/Schaub/Bayer/Lieder, GBO, AT C Rdnr. 409; BeckOGK-BGB/Kazele, § 1020 Rdnr. 82; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1153a; Munzig, MittBayNot 2016, 318).

**19** Nicht explizit geregelt ist, ob auch ein isolierter Verzicht auf die Erhaltungspflicht des Dienstbarkeitsberechtigten aus § 1020 Satz 2 BGB ohne Überbürdung auf den Eigentümer gemäß § 1021 Abs. 1 Satz 1 BGB möglich ist. Jedenfalls als schuldrechtliche Vereinbarung begegnet er indes keinen erheblichen Bedenken (im Ergebnis ebenso OLG Hamm, FGPrax 2015, 55, 56; MünchKomm-BGB/Mohr, § 1021

Rdnr. 4; *Munzig*, MittBayNot 2016, 318). Als problematisch könnte lediglich erscheinen, dass dann aufgrund des Ausschlusses der gesetzlichen Erhaltungspflicht aus § 1020 Satz 2 BGB und des Fehlens einer rechtsgeschäftlich nach § 1021 Abs. 1 BGB begründeten Unterhaltungspflicht letztlich doch ein gleichsam rechtsleerer Raum entsteht, in dem die Unterhaltung der Anlage dem freien Spiel der Kräfte überlassen bleibt (*Munzig*, MittBayNot 2016, 318). Das ist jedoch Ausfluss der Freiheit der Parteien zur eigenverantwortlichen vertraglichen Gestaltung ihrer Beziehungen, die in § 311 Abs. 1 BGB ihren Niederschlag gefunden hat (MünchKomm-BGB/*Emmerich*, § 311 Rdnr. 1). Dass dies nicht hingenommen werden könnte, geht auch aus der genannten Entscheidung des BGH vom 12.11.2004 nicht hervor.

**20** bb) Der Ausschluss der Verkehrssicherungs- und Unterhaltungspflichten des Eigentümers des herrschenden Grundstücks gegenüber dem Eigentümer des dienenden Grundstücks hat auch dingliche Wirkung und ist somit gemäß § 873 Abs. 1 BGB im Grundbuch einzutragen.

**21** In der Literatur wird die Frage der Eintragungsfähigkeit von Vereinbarungen im Regelungsbereich der § 1020 Satz 2, § 1021 BGB überwiegend unter dem hier nicht einschlägigen Aspekt positiver Leistungspflichten (*Grziwotz/Lüke/Saller/Grziwotz*, Praxishandbuch Nachbarrecht, 3. Aufl., Kap. 4 Rdnr. 269; BeckOGK-BGB/*Kazele*, § 1020 Rdnr. 83; MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1021 Rdnr. 1) diskutiert. Soweit man sich mit dem isolierten Verzicht auf die Erhaltungspflicht aus § 1020 Satz 2 BGB befasst, geht man allerdings davon aus, dass dieser ins Grundbuch eingetragen werden kann (MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1021 Rdnr. 4; *Munzig*, MittBayNot 2016, 318). Die Rechtsprechung hat die Frage bislang offengelassen (OLG Hamm, FGPrax 2015, 55, 56). Es spricht allerdings nichts gegen die Eintragungsfähigkeit eines solchen Verzichts. Jedenfalls die in § 1021 Abs. 1 BGB ausdrücklich zugelassenen Gestaltungen werden nach allgemeiner Ansicht ins Grundbuch eingetragen (BayObLGZ 1965, 267, 272 f.; Senat vom 22.11.2016, 34 Wx 319/16, NJOZ 2018, 138; Bauer/Schaub/*Bayer/Lieder*, GBO, AT C Rdnr. 411; BeckOGK-BGB/*Kazele*, § 1021 Rdnr. 6; MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1021 Rdnr. 1; *Grziwotz/Lüke/Saller/Grziwotz*, Praxishandbuch Nachbarrecht, Kap. 4 Rdnr. 269; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1153d). Eine Vereinbarung nach Satz 1 der Vorschrift, wonach der Eigentümer des Grundstücks die Anlage zu unterhalten hat, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert, beinhaltet jedoch regelmäßig in der Sache zugleich einen Verzicht auf die an sich diesen treffende Erhaltungspflicht, siehe bereits oben aa). Warum ein isolierter Verzicht als bloßes Minus gegenüber einer solchen Regelung nicht eintragungsfähig sein sollte, ist nicht ersichtlich. Auch er gehört zum Inhalt der Dienstbarkeit. Ein Verstoß gegen den sachenrechtlichen Typenzwang liegt nicht vor.

**22** b) Dagegen ist die weitere Klarstellung nicht eintragungsfähig.

**23** Wie bereits im Beschluss vom 8.6.2020 ausgeführt, kann der Rechtsinhalt des Begleitschuldverhältnisses zu einer Dienstbarkeit, der sich bereits aus § 1020 Satz 2 BGB ergibt, nicht im Grundbuch eingetragen werden. Denn eine bloße Wiederholung gesetzlicher Regelungen würde das Grundbuch

belasten; zudem besteht an unnötigen Einträgen kein schutzwürdiges Interesse (BayObLGZ 2000, 224, 225; OLG Düsseldorf, OLGZ 1978, 19, 20; Bauer/Schaub/*Bayer/Lieder*, GBO, AT C Rdnr. 406; BeckOGK-BGB/*Kazele*, § 1018 Rdnr. 287; *Demharter*, GBO, Anhang zu § 13 Rdnr. 22; MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1018 Rdnr. 58). Den Eigentümer des dienenden Grundstücks treffen jedoch nur dann Verkehrssicherungs- oder Unterhaltungspflichten, wenn eine entsprechende Vereinbarung nach § 1021 Abs. 1 Satz 1 BGB existiert. Dies ist hier nicht der Fall. Ein Anlass, das Fehlen einer Abweichung vom gesetzlichen Regelfall im Grundbuch zu vermerken, besteht nach den oben dargelegten Grundsätzen gerade nicht. Zwar erscheint es nicht ausgeschlossen, in Zweifelsfällen ausnahmsweise gleichwohl eine klarstellende Eintragung vorzunehmen (MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1018 Rdnr. 59). Woher vorliegend solche Zweifel und insbesondere die im Beschwerdevorbringen angeführte Gefahr rühren sollten, dass in der Zukunft darüber gestritten werden könnte, ob eine Unterhaltungspflicht des Eigentümers des dienenden Grundstücks gemäß § 1021 Abs. 1 Satz 1 BGB ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart wurde, ist hier indes nicht erkennbar.

**24** III. 1. Eine Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens konnte unterbleiben, weil die Beteiligten diese zunächst gemäß § 22 Abs. 1 GNotKG schon kraft Gesetzes zu tragen haben und ihre Haftung gemäß § 25 Abs. 1 GNotKG im Umfang des Erfolgs des Rechtsmittels ebenfalls bereits kraft Gesetzes erloschen ist.

**25** 2. Die Festsetzung des Geschäftswerts beruht auf § 79 Abs. 1 Satz 1, § 61 Abs. 1 Satz 1, § 36 Abs. 1 GNotKG. Im Falle einer Zwischenverfügung bemisst er sich nach dem Aufwand für die Beseitigung des Hindernisses (BayObLG, NJW-RR 2002, 432), den der Senat hier auf 100 € schätzt.

**26** 3. Grund zur Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 78 Abs. 2 Satz 1 GBO bestand nicht.

## 6. Der wechselseitige Ausschluss von Unterhaltungspflichten als Inhalt des Begleitschuldverhältnisses zu einer Dienstbarkeit

OLG München, Beschluss vom 8.6.2020, 34 Wx 177/20, mitgeteilt von Dr. **Andreas Stegbauer**, Richter am OLG München

*BGB § 1020 Satz 2, § 1021 Abs. 1*

*GBO § 18 Abs. 1 Satz 1, § 71 Abs. 1*

*GNotKG § 22 Abs. 1*

### LEITSATZ:

**Der wechselseitige Ausschluss von Unterhaltungspflichten als Inhalt des Begleitschuldverhältnisses zu einer Dienstbarkeit kann nicht im Grundbuch eingetragen werden.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** I. Die Beteiligten zu 1 und 2 sind Eigentümer des Fl. St. XX/24, die Beteiligte zu 3 des Fl. St. XX/25.

2 Im notariellen Vertrag vom 12.6.2019 einigten sie sich auf den Tausch ihrer Grundstücke. Zugleich vereinbarten sie die Bestellung von Grunddienstbarkeiten zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Fl. St. XX/8 auf dem Fl. St. XX/24 und zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Fl. St. XX/9 auf dem Fl. St. XX/25. Die Dienstbarkeiten sollten gemäß Abschnitt IV.2. des Vertrags folgenden Inhalt haben:

3 „a) Der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks ist befugt, das dienende Grundstück dauernd und umfassend ohne jede zeitliche Beschränkung zu begehren, sowie durch Dritte zur Aufsuchung des berechtigten Grundstücks begehren zu lassen.

4 b) Der Eigentümer des dienenden Grundstücks hat dem Berechtigten gegenüber keine Verkehrssicherungspflichten oder Unterhaltungspflichten und umgekehrt.“

5 Mit Schreiben vom 4.2.2020 hat der Urkundsnotar den Vollzug beantragt.

6 Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 9.4.2020 eine notarielle Nachtragserklärung des Inhalts gefordert, dass die vertragliche Regelung unter IV. 2. b) nur als schuldrechtlich vereinbart geltend soll. Es bezieht sich dabei auf Rechtsprechung und Kommentarliteratur. Danach sei der Dienstbarkeitsberechtigte in dem durch § 1020 Satz 2 BGB beschriebenen Rahmen zur Unterhaltung und Instandsetzung verpflichtet. Bei gemeinsamer Benutzung könne die Unterhaltungspflicht gemäß § 1021 BGB festgelegt werden. Ein gegenseitiger Ausschluss sei nicht vorgesehen und damit dinglich nicht sicherbar.

7 Gegen die Zwischenverfügung hat der Urkundsnotar mit Schreiben vom 20.4.2020 Beschwerde eingelegt. Der Wortlaut der gesetzlichen Regelung stehe einem wechselseitigen Ausschluss ebenso wenig entgegen wie der sachenrechtliche Typenzwang, da die Unterhaltungsverpflichtung nur eine Nebenpflicht sein könne.

8 Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen und die Sache dem OLG vorgelegt.

9 II. Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

10 1. Die Beschwerde ist zulässig.

11 Insbesondere ist sie gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthaft. Zu den Entscheidungen des Grundbuchamts im Sinne dieser Bestimmung zählen auch Zwischenverfügungen nach § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO (OLG Hamm, FGPrax 2010, 177; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 71 Rdnr. 1; *Hügel/Kramer*, GBO, 4. Aufl., § 71 Rdnr. 68).

12 2. Die Beschwerde bleibt aber in der Sache ohne Erfolg, weil die angegriffene Zwischenverfügung zu Recht ergangen ist.

13 a) Die begehrte Eintragung kann in der vorliegenden Fassung nicht erfolgen, weil der Ausschluss von Unterhalts- und Verkehrssicherungspflichten gemäß Abschnitt IV. 2. b) des Vertrags vom 12.6.2019 nicht eintragungsfähig ist.

14 Der Rechtsinhalt des Begleitschuldverhältnisses zu einer Dienstbarkeit, der sich bereits aus § 1020 Satz 2, § 1021 Abs. 1 BGB ergibt, kann nicht im Grundbuch eingetragen wer-

den. Eine bloße Wiederholung gesetzlicher Regelungen würde das Grundbuch belasten; zudem besteht an unnötigen Einträgen kein schutzwürdiges Interesse (BayObLGZ 2000, 224, 225; Senat vom 22.11.2016, 34 Wx 319/16, NJOZ 2018, 138/139; OLG Düsseldorf, OLGZ 1978, 19, 20; BeckOGK-BGB/*Kazele*, § 1018 BGB Rdnr. 287; *Demharter*, GBO, Anhang zu § 13 Rdnr. 22; MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1018 Rdnr. 58).

15 Hier werden mit der im Vertrag vom 12.6.2019 gewählten Formulierung jegliche Unterhalts- und Verkehrssicherungspflichten wechselseitig ausgeschlossen. Soweit damit die Pflicht zur Unterhaltung einer eventuellen Anlage auf dem dienenden Grundstück aus § 1021 Abs. 1 BGB – die auch die Verkehrssicherungspflicht umfasst (OLG Hamm, FGPrax 2015, 55) – gemeint sein sollte, ist die Eintragung unnötig und damit gemäß dem oben dargestellten Grundsatz unzulässig; denn diese Pflicht besteht ohnehin nur, wenn sie gemäß der genannten Vorschrift positiv vereinbart wird (OLG Hamm, FGPrax 2015, 55, 56). Die Erhaltungspflicht aus § 1020 Satz 2 BGB sodann, die ebenfalls im Sinne einer Unterhaltungspflicht zu verstehen ist (BGHZ 161, 115, 121; OLG Hamm, FGPrax 2015, 55, 56; BeckOGK-BGB/*Kazele*, § 1020 Rdnr. 73; MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1020 Rdnr. 12), trifft nur den Dienstbarkeitsberechtigten, für den Eigentümer hingegen besteht in diesem Zusammenhang selbst dann keine primäre Unterhaltungspflicht gegenüber dem Berechtigten, wenn er das Recht zur Mitbenutzung der Anlage hat (OLG Hamm, FGPrax 2015, 55; vgl. auch BGHZ 161, 115). Insoweit geht also der vereinbarte Ausschluss ebenfalls ins Leere, weshalb die begehrte Eintragung auch unter diesem Aspekt unnötig und somit unzulässig ist. Eine Eintragung schließlich nur des Ausschlusses der den Dienstbarkeitsberechtigten treffenden Unterhaltungspflicht aus § 1020 Satz 2 BGB scheidet hier jedenfalls deshalb aus, weil dieser Ausschluss aufgrund der Wechselseitigkeit in einem inneren Zusammenhang mit dem Ausschluss aller anderen Unterhaltungspflichten steht und nicht ersichtlich ist, dass eine nur teilweise Eintragung des Vereinbarten dem Willen der Parteien entspräche. Ob ein Ausschluss dieser Pflicht ungeachtet des sachenrechtlichen Typenzwangs grundsätzlich möglich wäre, kann somit dahingestellt bleiben.

16 b) Auch unter verfahrensrechtlichen Aspekten bestehen keine durchgreifenden Bedenken gegen die angegriffene Zwischenverfügung.

17 Das Grundbuchamt ist gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO berechtigt, eine solche zu erlassen, wenn das Eintragungshindernis rückwirkend behoben werden kann. Im vorliegenden Fall lässt sich das Fehlen der Eintragungsfähigkeit durch die genannte notarielle Nachtragserklärung beseitigen. In der Sache würde damit der Eintragungsantrag nur bezüglich einer Nebenbestimmung beschränkt und behielte folglich im Übrigen seine rangwahrende Wirkung (vgl. BayObLG, Rpfleger 1976, 181; *Hügel/Zeiser*, GBO, § 18 Rdnr. 18; *Demharter*, GBO, § 18 Rdnr. 27).

18 III. 1. Eine Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens konnte unterbleiben, weil die Beteiligten diese gemäß § 22 Abs. 1 GNotKG schon kraft Gesetzes zu tragen haben.



**19** 2. Die Festsetzung des Geschäftswerts beruht auf § 79 Abs. 1 Satz 1, § 61 Abs. 1 Satz 1, § 36 Abs. 1 GNotKG. Im Falle einer Zwischenverfügung bemisst er sich nach dem Aufwand für die Beseitigung des Hindernisses (BayObLG, NJW-RR 2002, 432), den der Senat hier auf 100 € schätzt.

**20** 3. Grund zur Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 78 Abs. 2 Satz 1 GBO bestand nicht.

## 7. Fehlende Bindung an Auflassung eines Rechtsvorgängers bei unterbrochener Gesamtrechtsnachfolge

OLG Naumburg, Beschluss vom 21.10.2019, 12 Wx 38/19

BGB § 873 Abs. 2, §§ 925, 927, 1922

GBO §§ 19, 20, 22, 29

### LEITSATZ:

**Eine Bindung an die Auflassung eines Rechtsvorgängers scheidet aus, wenn die Gesamtrechtsnachfolge durch einen Erwerb aufgrund Rechtsgeschäfts unterbrochen ist.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** I. E und R P waren seit dem 7.8.1973 als Eigentümer des im Grundbuch des AG Wittenberg von Z Blatt (...) eingetragenen Flurstücks (...) der Flur (...) eingetragen. Am 10.9.1973 veräußerten die Eheleute P mit einem vor dem Staatlichen Notariat W geschlossenen Vertrag ein noch zu vermessendes Teilstück des vorgenannten Flurstücks an die Eheleute H H und M H. Dieser Vertrag enthielt u. a. folgende Regelung:

„Zur Erklärung der Auflassung wird Herr H. H., unter Befreiung von der Vorschrift des § 181 BGB bevollmächtigt.“

**2** H H gab am 23.11.1976 vor dem Staatlichen Notariat W – bezugnehmend auf die ihm mit Vertrag vom 10.9.1973 erteilten Vollmachten seiner Ehefrau M H und der Eheleute P – u. a. folgende Erklärung ab:

„Das Eigentum am zwischenzeitlich vermessenen Flurstück Nr. (...) / 2 der Flur (...) – Gartenland in Größe von 5,59 ar soll auf die Eheleute H. und M H in eheliche Vermögensgemeinschaft übergehen.“

Die Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch wird hiermit beantragt, ebenso die pfandfreie Abschreibung des Flurstücks hinsichtlich der Lasten Abt. II Nr. 2 und Abt. III Nr. 1.“

**3** Zu einer Eintragung des Eigentumswechsels kam es in der Folge nicht. Stattdessen wurden R P aufgrund Erbscheins vom 16.10.2008 am 16.2.2009 und nachfolgend G R aufgrund Auflassung vom 16.8.2016 am 10.1.2017 jeweils als alleinige Eigentümer eingetragen.

**4** M H wurde von H H und dieser von der Beteiligten am 9.12.2018 allein beerbt.

**5** Mit den Schreiben vom 29.1. und 6.2.2019 hat die Beteiligte als Erbin der Erwerber den Vollzug der o. g. Urkunden und die Eigentumsumschreibung auf sie beantragt. Das Grundbuchamt hat am 7.2.2019 darauf hingewiesen, dass fraglich sei, ob die Auflassungsurkunde vom 23.11.1976 auch die Bewilligungserklärung des Veräußerers ersetze. Außerdem sei das Grundstück durch Auflassung vom 16.8.2016 veräußert und die Eigentumsumschreibung am 10.1.2017 im Grundbuch vollzogen worden. Im Übrigen sei die Vorlage von Erbnachweisen (Erscheine oder notarielles Testament nebst Eröffnungsprotokoll) nach beiden Ehegatten erforderlich. Am 8.2.2019 hat das Grundbuchamt nach der zwischenzeitlichen Vorlage von Unterlagen im Wege einer Zwischenverfügung mitgeteilt, dass die erforderliche Auflassung in grundbucherforderlicher Form fehle. Des Weiteren seien auch verschiedene Genehmigungen erforderlich, die der vorgelegten Urkundensammlung nicht beigelegt seien. Mit Verfügung vom 20.2.2019 hat das Grundbuchamt seine bisherigen Argumente wiederholt. Auf die Vorlage weiterer Personenstandsunterlagen und nach weiterem Schriftwechsel mit der Beteiligten hat das Grundbuchamt mit Beschluss vom 18.6.2019 deren Antrag auf Eintragung des Eigentumswechsels mit der Begründung zurückgewiesen, dass die in der Zwischenverfügung vom 8.2.2019 aufgezeigten Hindernisse durch die vorgelegten Dokumente nicht zu beheben gewesen seien.

**6** Die Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten haben mit Schriftsatz vom 26.7.2019 hiergegen Beschwerde eingelegt und zur Begründung ausgeführt, dass die damaligen Käufer nicht für die pflichtwidrige Unterlassung der Weiterleitung der Urkunde vom 23.11.1976 verantwortlich seien. Sie hätten ihre Pflichten vollständig erfüllt. Im Übrigen sei davon auszugehen, dass spätestens bei Zuordnung der Notariatsakten aus dem Staatlichen Notariat zum hiesigen AG das Grundbuchamt als dessen Organisationseinheit auch Kenntnis über die Urkunde vom 23.11.1976 gehabt habe. Der Antrag der Beteiligten vom 6.2.2019 knüpfe an die unerledigte Antragskonstellation aus 1976 an und bedürfe der Ausführung. Dieser Rechtsanspruch unterliege auch nicht der Verjährung. Unverständlich sei das Argument des Grundbuchamts, dass es von einer Vollmacht hinsichtlich der Eigentumsumschreibung ausgehe, aber gleichwohl meine, dass in der Auflassungsurkunde vom 23.11.1976 nur ein Antrag des Vaters der Beteiligten auf Eigentumsumschreibung enthalten sei, keine Bewilligungserklärung des Veräußerers. Aus dem verfahrensrechtlichen Kontext des Urkundsinhalts aus der entsprechenden Formulierung vom 10.9.1973 habe – immerhin unter Federführung des Staatlichen Notariats – nur geschlussfolgert werden können, dass die Auflassungserklärung in alleinigen Händen des Vaters der Beteiligten gelegen habe. Nichts anderes habe dieser dann im Jahr 1976 veranlasst. Das Eintragungsgeschehen zum Grundbuch aus den Jahren 2016/2017 könne dem Antrag der Beteiligten nicht entgegenstehen. Die jetzt begehrte Eigentumsübertragung erfolge offenkundig gegen die tatsächlich als unrichtig zu bezeichnende Eigentumslage.

**7** Das Grundbuchamt hat der Beschwerde mit Beschluss vom 29.7.2019 ohne weitere Begründung nicht abgeholfen und das Verfahren dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

**8** II. Das zulässige Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg.

**9** Zu Recht hat das Grundbuchamt dem Antrag der Beteiligten auf Eintragung als Eigentümerin nicht entsprochen.

**10** Gemäß § 20 GBO darf die Auflassung eines Grundstücks im Grundbuch nur eingetragen werden, wenn die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Rechtsübergang (Auflassung, § 925 BGB) und daneben gemäß § 19 GBO die Bewilligung des in dem Recht Betroffenen erklärt und dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen sind. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor.

**11** Zwar dürfte H H durch den Vertrag vom 10.9.1973 durch seine Ehefrau und die beiden Veräußerer zur Erklärung der Auflassung und damit zugleich auch zur Abgabe der Eintragungsbewilligung für die anderen Urkundsparteien bevollmächtigt worden sein und in der Urkunde vom 23.11.1976 auch entsprechende Erklärungen für jene abgegeben haben. Auf dieser Grundlage können die Urkundsparteien an die Auflassung im Ausgangspunkt bereits vor der Eintragung gemäß § 873 Abs. 2 BGB durch den notariellen Vertragsabschluss gebunden sein, was auch gegen deren Gesamtrechtsnachfolger – hier die Beteiligte und die etwaigen Erben der Eheleute P – wirkt. Auflassung und Bewilligung hätten also grundsätzlich auch noch nach mehreren Jahrzehnten Grundlage für die Eintragung der Beteiligten sein können (zum Beispiel OLG München, Beschluss vom 5.12.2017, 34 Wx 402/17, juris).

**12** Indes besteht für den derzeit eingetragenen Eigentümer G R keine Bindung an die seinerzeitige Auflassung vom 23.11.1976. Eine Bindung an die Einigungserklärung eines Rechtsvorgängers scheidet nämlich aus, wenn in die Gesamtrechtsnachfolge durch einen Erwerb aufgrund Rechtsgeschäfts unterbrochen ist (zum Beispiel BayObLG, Beschluss vom 6.5.1999, 2 Z BR 21/99, juris; BeckOK-GBO/Hügel, Stand: 1.6.2019, § 20 Rdnr. 60; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 3345; Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl., § 20 Rdnr. 95; Demharter, GBO, 31. Aufl., § 20 Rdnr. 44). G R ist nicht Gesamtrechtsnachfolger der damaligen Veräußerer P. Seine Rechtsstellung beruht vielmehr darauf, dass er das Eigentum an dem Grundstück nicht im Wege der Gesamtnachfolge, sondern durch Rechtsgeschäft gemäß §§ 873, 925 BGB erworben hat, nämlich durch Auflassung vom 16.8.2016 und Eintragung in das Grundbuch am 10.1.2017.

**13** Ebenso wenig war eine Eintragung der Beteiligten nach § 22 GBO unabhängig von der Bewilligung des Berechtigten vorzunehmen. Die Unrichtigkeit des Grundbuchs ist nicht dahin gehend nachgewiesen, dass die Beteiligte statt des eingetragenen G R Eigentümer des Grundstücks ist. Mangels Eintragung von H und M H als Eigentümer in das Grundbuch konnte die Beteiligte in deren Gesamtrechtsnachfolge kein Eigentum an dem Grundstück erwerben. Soweit sich die Beteiligte hilfsweise auf einen Eigentumserwerb nach § 927 BGB beruft, fehlt es offensichtlich an der Durchführung des erforderlichen Aufgebotsverfahrens.

**14** Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 80, 84 FamFG. Der Geschäftswert ist nach § 79 Abs. 1 Satz 1 GNotKG festzusetzen und – mangels näherer Anhaltspunkte – nach § 36 Abs. 3 GNotKG zu bemessen. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 78 Abs. 2 GBO) liegen nicht vor.

## ANMERKUNG:

### Von Notarassessor **Alexander Walch**, Schwabmünchen

Der 12. Zivilsenat des OLG Naumburg bestätigt in seinem Beschluss die obergerichtliche Rechtsprechung, welche eine Bindung des Rechtsvorgängers an die Auflassung nur insoweit annimmt – und demnach als taugliche Grundlage für die Eigentumsumschreibung genügen lässt –, als diese auf einer Gesamtrechtsnachfolge beruht.

Vereinfacht stellt sich der Sachverhalt, der dem Beschluss zugrunde lag, folgendermaßen dar:

Die Ehegatten P veräußerten im Jahr 1973 an die Ehegatten H eine Teilfläche. Messungsanerkennung und Auflassung wurden drei Jahre später erklärt, zu einer Eigentumsumschreibung kam es jedoch nicht. In der Folgezeit haben sich die jeweiligen Ehegatten gegenseitig beerbt. Der überlebende Veräußerer hat das Grundstück zwischenzeitlich an einen Dritten aufgelassen, der in der Folgezeit als neuer Eigentümer eingetragen wurde. Der überlebende Erwerber wurde dagegen wiederum durch die nunmehrige Antragstellerin beerbt.

Letztere stellte nunmehr am 29.1.2019 einen Eintragungsantrag. Das Grundbuchamt verweigerte jedoch die ersuchte Eigentumsumschreibung. Das daraufhin angestrebte Beschwerdeverfahren gab dem OLG Naumburg die Möglichkeit, die bisherige Rechtsprechung noch einmal zu bekräftigen.

#### 1. Bindungswirkung der durch den Rechtsvorgänger erklärten Auflassung für den (Gesamt-)Rechtsnachfolger

Die Eintragung des Eigentumswechsels ist vom Grundbuchamt vorzunehmen, wenn die Auflassung durch den Berechtigten (§ 20 GBO) sowie die Bewilligung durch den Betroffenen (§ 19 GBO) zumindest in öffentlich beglaubigter Form<sup>1</sup> (§ 29 GBO) nachgewiesen sind. Die beiden vorgenannten grundbuchverfahrensrechtlichen Voraussetzungen müssen dabei noch zum Zeitpunkt der Rechtsänderung im Grundbuch vorliegen.<sup>2</sup>

Auflassung und Bewilligung lagen hier zunächst in der entsprechenden Form vor. Wie verhält es sich jedoch, wenn zwischen der erklärten Auflassung und der Eintragung im Grundbuch der Verfügungsberechtigte wechselt?

Maßgeblich ist, aus welchem Grund dieser Wechsel eintritt.

a) Die Auflassung ist dogmatisch ein Spezialfall der dinglichen Einigung, insbesondere ist sie ausnahmsweise formgebunden und – wie jede dingliche Einigung im Sinne des

<sup>1</sup> Dem Beglaubigungsvermerk ist jedoch nicht zu entnehmen, dass die Erklärung selbst vor dem Notar erfolgt sind, sodass praktisch eine Beurkundung der Auflassung zu erfolgen hat, vgl. KG, Beschluss vom 20.1.2015, 1 W 559/14, BeckRS 2015, 4516.

<sup>2</sup> OLG München, Beschluss vom 4.12.2017, 34 Wx 402/17, FGPrax 2018, 67 f. betreffend die Bewilligung einer Dienstbarkeit.

§ 873 Abs. 1 BGB – grundsätzlich frei widerruflich (§ 873 Abs. 2 BGB). Aus ihrer Rechtsnatur als Willenserklärung folgt dabei die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte (§§ 104 bis 185 BGB)<sup>3</sup>, konkret des maßgeblichen § 130 Abs. 2 BGB. Dieser stellt klar, dass die Willenserklärung den Erklärenden „überlebt“, die Wirksamkeit der Willensäußerung also durch den Tod des Erklärenden nicht beeinträchtigt wird. Vielmehr geht diese im Wege der Universalsukzession gemäß § 1922 BGB ipso iure auf den bzw. die Erben über, da diese an die Stelle des Erblassers treten und dessen Vermögen im Ganzen übernehmen.<sup>4</sup>

Vorstehendes gilt gleichermaßen für die vom betroffenen Eigentümer erklärte Eintragungsbewilligung. Diese erlischt nicht mit seinem Tod, sondern wirkt fort.<sup>5</sup>

Insoweit ist es auch konsequent, dass es für die Eintragung des Erwerbers (bzw. dessen Erben) nicht der Zustimmung der Gesamtrechtsnachfolger des Veräußerers bedarf, da diese – wie oben dargestellt – unmittelbar an die bereits erklärte Auflassung und Bewilligung gebunden sind. Ebenso wenig bedarf es aufgrund des § 40 Abs. 1 GBO einer Voreintragung der Erben des Veräußerers. Vielmehr genügt die schlichte Stellung eines Eintragungsantrages.<sup>6</sup>

Auf dieser Grundlage ist eine Eintragung auch noch Jahre später möglich, da weder die Auflassung noch das Antragsrecht verjähren oder an eine Frist gebunden sind.<sup>7</sup> Eine Verwirkung des Antragsrechts scheidet im Grundbuchverfahren ohnehin aus.<sup>8</sup>

Die Verjährung des zugrunde liegenden Eigentumsverschaffungsanspruches spielt aufgrund des Abstraktionsprinzips auf der dinglichen Ebene keine Rolle und ist deshalb vom Grundbuchamt auch nicht zu prüfen. Auf dessen Wirksamkeit oder gar Durchsetzbarkeit kommt es nicht an.

b) Anders verhält es sich dagegen bei einem rechtsgeschäftlichen Zwischenerwerb des Grundstücks durch einen Dritten. Im Zuge einer solchen Einzelrechtsnachfolge wird das Eigentum am Grundstück aufgrund neuer, selbstständiger Auflassung an den Dritten übertragen und gerade nicht aufgrund der Auflassungserklärung an den Ersterwerber. Die ursprüngliche Auflassung verbindet zunächst die Gesamtrechtsnachfolger in der Kette. Die Einzelrechtsnach-

folge unterbricht gewissermaßen „die Kette“, die zum Ersterwerber bzw. dessen Erben führt.<sup>9</sup>

Erklärt „durch den (damals) Berechtigten“, wird die ursprüngliche Auflassung jedoch kraft der zwischenzeitlichen Einzelrechtsnachfolge zur Auflassung bzw. Verfügung „eines Nichtberechtigten“. Dies hat zur Folge, dass ein Erwerb von diesem nur unter den Voraussetzungen des § 185 Abs. 2 BGB (sog. „Konvaleszenz“) möglich ist, beispielsweise mittels Rükckerwerb durch den Gesamtrechtsnachfolger des ursprünglichen Veräußerers.<sup>10</sup>

Bildlich ist die ursprüngliche Auflassung demnach bei den letzten Gesamtrechtsnachfolgern in der Kette „geparkt“. Sie wird gerade nicht auf den Einzelrechtsnachfolger mitübertragen.<sup>11</sup>

## 2. Weitere Aspekte

Das OLG Naumburg schneidet noch kurz eine Grundbuchberichtigung nach § 22 GBO an. Diese ist im Ergebnis allerdings auch nicht möglich. Eine Unrichtigkeit liegt nicht vor, da die Verlautbarung im Grundbuch mit dem materiellen Recht übereinstimmt. Zu einer Eintragung des Erwerbers kam es ja gerade nicht.<sup>12</sup> Es bestand weiterhin nur der Eigentumsverschaffungsanspruch.

In wessen Verantwortungsbereich die nicht erfolgte Eintragung fällt, spielt jedenfalls für den Eigentumserwerb keine Rolle; mit Recht hat sich das OLG Naumburg diesem Einwand nicht gewidmet.

## 3. Tod des Erwerbers

Die vorstehenden Ausführungen gelten für den Tod des Erwerbers entsprechend. Die Erben des Erwerbers sind im gleichen Umfang wie dieser an die erklärte Auflassung gebunden. Sie müssen bei der Stellung des Eintragungsantrages ihre Berechtigung – konkret ihr Erbrecht – in der Form des § 35 GBO nachweisen, um die Auflassung für sich nutzen zu können.

Da nur rechtsfähige Personen eingetragen werden können, müssen unmittelbar die Erben eingetragen werden. Sofern jedoch in Unkenntnis des Notars, der den Vollzug betreibt, und des Grundbuchamtes noch der verstorbene Erwerber eingetragen wird, führt dies nur zu einer unzutreffenden Bezeichnung. Die Eintragung des Eigentumswechsels ist jedoch materiell wirksam.<sup>13</sup>

3 Palandt/*Herrler*, 77. Aufl. 2018, § 873 Rdnr. 9, Vor § 854 Rdnr. 10 ff.

4 *Demharter*, GBO, 28. Aufl. 2012, § 20 Rdnr. 44; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 107a, b; BGH, Urteil vom 25.10.1967, V ZR 3/67, NJW 1968, 105 f.

5 BGH, Urteil vom 25.10.1967, V ZR 3/67, NJW 1968, 105 f.; *Demharter*, GBO, § 19, Rdnr. 23; BayObLG, Beschluss vom 5.3.1998, 2 Z BR 27/98, MittBayNot 1998, 257 f.

6 *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3346; OLG München, Beschluss vom 4.12.2017, 34 Wx 402/17, FGPrax 2018, 67 f., dort mit erfolgter Voreintragung.

7 OLG München, Beschluss vom 4.12.2017, 34 Wx 402/17, FGPrax 2018, 67 f.

8 BeckOK-GBO/*Hügel*, Stand: 1.6.2020, § 13 Rdnr. 135; OLG Hamm, Beschluss vom 22.5.1973, 15 W 46/7, OLGZ 1973, 405; BGH, Urteil vom 25.10.1967, V ZR 3/67, NJW 1968, 105 f.

9 OLG Naumburg, Beschluss vom 21.10.2019, 12 Wx 38/19, FGPrax 2020, 166; BayObLG, Beschluss vom 5.6.1999, 2 Z BR 21-99, NJW-RR 1999, 1392.

10 BayObLG, Beschluss vom 24.5.1973, BReg. 2 Z 13/73, BayObLGZ 1973, 139.

11 BayObLG, Beschluss vom 18.5.1956, BReg. 2 Z 64, 66/56, NJW 1956, 1279 f.

12 In der Beschwerde wurde noch ein Eigentumserwerb gemäß § 927 BGB vorgetragen, nicht aber die Durchführung des erforderlichen Aufgebotsverfahrens. Gleichwohl wäre auch hier die Eintragung des neuen Eigentümers erforderlich gewesen, vgl. § 927 Abs. 2 BGB.

13 *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3347; *KEHE/Munzig*, 8. Aufl. 2019, § 20 Rdnr. 52.

#### 4. Fazit

Im Ergebnis birgt die Entscheidung keine Überraschungen. Vielmehr schließt sie sich den bisherigen Entscheidungen – vornehmlich des BayObLG – an. Es lässt sich damit zusammenfassend festhalten:

Im Grundsatz bedarf es bei einem Wechsel des Eigentümers zwischen Auflassung und Eintragung einer neuen Auflassungserklärung und (nach herrschender Meinung) Eintragungsbewilligung jeweils durch den neuen Eigentümer. Eine Ausnahme gilt nur, wenn der Eigentumswechsel auf der Veräußererseite auf eine Kette kontinuierlicher Gesamtrechtsnachfolgen zurückzuführen ist.<sup>14</sup>

Ein Zwischenerwerb des Eigentums vor Vollzug der Auflassung ist in der Praxis zwar selten, aber doch nicht ganz fernliegend. Dies zeigen der Beschluss des OLG Naumburg sowie vorangegangene Entscheidungen zum gleichen Thema. Denkbar wäre insbesondere eine noch nicht vollzogene Urkunde des Amtsvorgängers oder aber ein Beurkundungsauftrag durch die (nicht eingetragenen) Ersterwerber bzw. deren Erben betreffend den Verkauf des (vermeintlich erworbenen) Grundstücks an einen Dritten.

Im letzteren Fall offenbart sich das Problem bereits mit Grundbucheinsicht bei der Urkundenvorbereitung. Der Vollzug der Auflassung sollte dann schnellstmöglich beantragt werden, vorausgesetzt es wurde weder eine Einzelrechtsnachfolge oder eine Vormerkung zu deren Absicherung eingetragen. Im Falle eines (bemerkten) stockenden Vollzugs beugt eine entsprechende Grundbucheinsicht einer Zurückweisung des Eintragungsantrags vor.

Zur generellen Vermeidung eines vertragswidrigen Zwischenerwerbs hätte der Ersterwerb einer Absicherung mittels Eigentumsvormerkung bedurft.

Dies ist (aus welchen Gründen auch immer) offensichtlich unterblieben.

<sup>14</sup> BayObLG, Beschluss vom 18.5.1956, BReg. 2 Z 64, 66/56, NJW 1956, 1279 f.

#### 8. Voraussetzungen für eine im Grundbuchverfahren zu beachtende Beendigung einer Testamentsvollstreckung

OLG Saarbrücken, Beschluss vom 15.10.2019, 5 W 61/19

BGB §§ 133, 891, 1092 Abs. 1 Satz 1, §§ 1093, 2203, 2204, 2209, 2225

GBO §§ 19, 22, 29, 52, 71 Abs. 1

GNotKG §§ 22, 25

##### LEITSATZ:

**Zu den Voraussetzungen, unter denen eine vom Erblasser angeordnete Testamentsvollstreckung im Grundbuchverfahren als beendet erachtet werden kann.**

##### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Mit notarieller Urkunde vom 27.6.2019 (UR Nr. [...] / [...]) des Notars [...] pp. [...]), bewilligte die als Eigentümerin des im Grundbuch von St. Johann, Blatt (...) verzeichneten Grundbesitzes eingetragene Stiftung als Sicherungsgeberin zugunsten der Antragstellerin die Eintragung einer Buchgrundschuld in Höhe von 74.000 € nebst jährlicher Zinsen in Höhe von 18 v. H. Mit Schreiben des beurkundenden Notars vom 2.7.2019 an das Grundbuchamt beantragte dieser namens der Gläubigerin (im Folgenden: Antragstellerin) die Eintragung der Grundschuld (...). Die Eigentümerin hat den vorstehenden Grundbesitz im Wege der gewillkürten Erbfolge nach der am 6.8.2007 verstorbenen Frau H R (im Folgenden: Erblasserin) erworben. Die Erblasserin hatte sie mit notariellem Testament vom 16.7.2007 (...) zu ihrer alleinigen Erbin eingesetzt. In dem Testament hatte die Erblasserin außerdem ihrer Tochter, Frau U R, geb. am (...), das Recht vermacht, sämtliche Räume des Anwesens lebenslänglich, unentgeltlich und unter Ausschluss des jeweiligen Eigentümers als Wohnung zu benutzen sowie alle zum Gebrauch bestimmten Anlagen und Einrichtungen des Anwesens mitzubutzen; dieses Recht durfte Dritten nicht überlassen werden, es ist in Abteilung 2 des Grundbuches eingetragen (...). Außerdem hatte die Erblasserin „(Abwicklungs-)Testamentsvollstreckung“ angeordnet und Herrn G S, geb. am (...), zum Testamentsvollstrecker bestimmt mit der Aufgabe, „den Nachlass abzuwickeln (§§ 2203, 2204 BGB), insbesondere das vorbezeichnete Vermächtnis zu erfüllen“ (...). Dieser hatte das Amt am 3.1.2008 angenommen, ihm war unter dem 14.5.2008 ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt worden (...), ein entsprechender Vermerk ist im Grundbuch eingetragen (...). Der Testamentsvollstrecker ist am 29.10.2010 verstorben (...), die Tochter der Erblasserin am 18.8.2018 (...).

2 Das AG – Grundbuchamt – hat in der angefochtenen Zwischenverfügung (...) darauf hingewiesen, dass der beantragten Eintragung die fortbestehende Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers entgegenstehe. Dessen Tod führe nicht zwangsläufig zur Beendigung der Testamentsvollstreckung, sondern nur, wenn – woran es hier fehle – der erklärte oder durch Auslegung zu ermittelnde Wille des Erblassers dahin gehe, dass die Testamentsvollstreckung nicht weitergeführt werden solle. Außerdem sei ein Vertretungsnachweis für die Verkäuferin erforderlich.



**3** Hiergegen richtet sich die – nach Einreichung eines Vertretungsnachweises (...) – mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 2.9.2019 eingelegte Beschwerde der Antragstellerin (...), mit der diese wegen Versterbens des Testamentsvollstreckers, der nicht erfolgten Benennung einer Ersatzperson durch die Erblasserin sowie mit dem Hinweis, die Testamentsvollstreckung habe sich auch durch die Erfüllung aller Aufgaben erledigt, um Vollziehung ihres Eintragungsantrages bittet. Das AG hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung über das Rechtsmittel vorgelegt.

**4 II.** Die gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes ist begründet. Die von der Antragstellerin begehrte Eintragung durfte nicht unter Hinweis auf die fortbestehende Testamentsvollstreckung und eine deshalb fehlende Bewilligungsbefugnis der Eigentümerin abgelehnt werden.

**5 1.** Mit Recht geht das AG allerdings davon aus, dass eine Eintragung nur erfolgen darf, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird (§ 19 GBO). Dabei korrespondiert die Befugnis zur Abgabe der Eintragungsbewilligung mit der materiellen Verfügungsbefugnis. Ist – wie hier – ein Testamentsvollstrecker ernannt und dies bei der Eintragung des Erben mit eingetragen worden (vgl. § 52 GBO), so hat dies zur Folge, dass die materiellrechtlichen Verfügungsbeschränkungen der Erben, die mit der Testamentsvollstreckung verbunden sind, gemäß § 891 BGB auch für das Grundbuchverfahrensrecht vermutet werden und das Grundbuchamt Eintragungsanträge, die nur auf eine Bewilligung des Erben gestützt sind, mangels seiner Bewilligungsbefugnis zurückzuweisen hat (Keller/Munzig/Munzig, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 52 Rdnr. 25; OLG Düsseldorf, NJW 1963, 162).

**6 2.** Im vorliegenden Fall ist von diesem Grundsatz allerdings eine Ausnahme zu machen, weil – was nach Maßgabe der §§ 22, 29 GBO nachgewiesen ist – die Testamentsvollstreckung beendet ist und der Testamentsvollstreckervermerk daher wegen offenkundiger Unrichtigkeit zu löschen wäre.

**7 a)** Eine Unrichtigkeit des Grundbuches im Sinne des § 22 GBO liegt vor, wenn die Testamentsvollstreckung insgesamt materiellrechtlich beendet, also nicht nur ein bestimmter Testamentsvollstrecker weggefallen ist (Keller/Munzig/Munzig, Grundbuchrecht, § 52 Rdnr. 32). Die Unrichtigkeit kann auch nachträglich aufgrund sich außerhalb des Grundbuches vollziehender Rechtsänderungen eintreten (Demharter, GBO, 30. Aufl., § 22 Rdnr. 14). Wie das AG im Ausgangspunkt zutreffend annimmt, führt allein der Tod des Testamentsvollstreckers gemäß § 2225 BGB nicht zwingend auch zur Beendigung der Testamentsvollstreckung, sondern nur, wenn der erklärte oder durch Auslegung zu ermittelnde Wille des Erblassers dahin geht, dass sie nach dessen Ausscheiden nicht weitergeführt werden soll (Senat, Beschluss vom 22.4.2015, 5 W 29/15; OLG Hamm, Rpfleger 1958, 15; OLG München, ZEV 2006, 173; Palandt/Weidlich, 78. Aufl., § 2225 Rdnr. 1). Darüber hinaus endigt die Testamentsvollstreckung mit der Erledigung aller dem Testamentsvollstrecker obliegenden Aufgaben (OLG München, NJW 2015, 2271; Meikel/Böhringer, GBO, 11. Aufl., § 52 Rdnr. 73; BeckOK-GBO/Zeiser, Stand: 1.6.2019, § 52 Rdnr. 51; vgl. BGH, Urteil vom 22.1.1964,

V ZR 37/62, BGHZ 41, 23, 29; Senat, Beschluss vom 16.1.2019, 5 W 97/18, FGPrax 2019, 126). Die Beendigung der Testamentsvollstreckung ist – jedenfalls in einfach gelagerten Fällen – vom Grundbuchamt selbst festzustellen (OLG München, ZEV 2006, 173; OLG Düsseldorf, FGPrax 2017, 35). Nachgewiesen werden kann sie gegenüber dem Grundbuchamt entweder durch einen neuen Erbschein oder durch Offenkundigkeit (§ 29 GBO; vgl. Senat, Beschluss vom 22.4.2015, 5 W 29/15; OLG München, NJW 2015, 2271; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., 4. Teil Rdnr. 3474).

**8 b)** Danach ist vorliegend im Anschluss an das durch öffentliche Urkunde nachgewiesene Versterben des von der Erblasserin eingesetzten Testamentsvollstreckers (§ 2225 BGB) die Testamentsvollstreckung wegen Erfüllung aller dem Testamentsvollstrecker obliegenden Aufgaben erloschen.

**9 aa)** Welche Befugnisse dem Testamentsvollstrecker im Einzelnen eingeräumt sind, ergibt sich regelmäßig aus der letztwilligen Verfügung, in der die Einsetzung erfolgte, wobei der Umfang ggf. durch Auslegung (§ 133 BGB) ermittelt werden muss (Senat, Beschluss vom 16.1.2019, 5 W 97/18, FGPrax 2019, 126). Ausweislich des bei den Grundakten befindlichen notariellen Testaments vom 16.7.2007 (vgl. § 29 GBO) hatte die Erblasserin Testamentsvollstreckung hier ausdrücklich – nur – zur „Abwicklung“ des Nachlasses angeordnet; dem Testamentsvollstrecker waren als Aufgaben ausdrücklich – nur – die Geschäfte nach den §§ 2203, 2204 BGB und hierbei insbesondere die Erfüllung des zugunsten der Tochter der Erblasserin verfügten Vermächtnisses zugewiesen (...). Eine weitergehende Beschränkung der Rechte des Erben, etwa in Gestalt einer Dauervollstreckung (§ 2209 BGB), hat sie nicht vorgesehen. Schon daraus erhellt ihr Wille, die Testamentsvollstreckung nach Erledigung dieser Aufgaben, d. h. insbesondere nach Ausführung der letztwilligen Verfügung, für beendet anzusehen und jedenfalls für diesen Fall auch bei einem vorzeitigen Ableben der von ihr eingesetzten Person keinen anderen als neuen Testamentsvollstrecker zu berufen.

**10 bb)** Die vollständige Erledigung aller Aufgaben des Testamentsvollstreckers kann hier unschwer – und auch mit den nach § 29 GBO zulässigen Mitteln – festgestellt werden. Die in den §§ 2203, 2204 BGB bezeichneten Geschäfte, und insoweit hier mangels Mehrheit von Erben und daraus folgender Notwendigkeit einer Auseinandersetzung nur die Ausführung der letztwilligen Verfügung der Erblasserin, sind offenkundig erledigt. Die durch das Testament begünstigte Grundstückseigentümerin ist Alleinerbin geworden, sie hat das Erbe angetreten, die damit verbundenen dinglichen Rechtsakte sind vollzogen. Auch das der Tochter der Erblasserin zugewandte Vermächtnis ist noch zu Lebzeiten des Testamentsvollstreckers durch Eintragung in das Grundbuch erfüllt worden. Weiterer Abwicklungsbedarf ergibt sich auch insoweit nicht mehr, nachdem das Wohnrecht lebenslang eingeräumt war, nicht übertragbar ist und nach dem Tode der Begünstigten, der hier ebenfalls durch Sterbeurkunde nachgewiesen ist, keine Rechtswirkungen mehr zeitigen kann (vgl. § 1092 Abs. 1 Satz 1, § 1093 BGB; vgl. Palandt/Herrler, § 1090 Rdnr. 8 und § 1093 Rdnr. 19). Bei vernünftiger Betrachtung sind deshalb keine weiteren Aufgaben ersichtlich, die hier noch von einem Testamentsvollstrecker vorgenommen werden müssen.

ten. Da in Ansehung des Vermerks nach § 52 GBO die Voraussetzungen des § 22 GBO für eine – ggf. auch von Amts wegen vorzunehmende – Berichtigung des Grundbuches vorliegen, kann der von der eingetragenen Erbin bewilligte Eintragungsantrag nicht wegen deren fehlender Verfügungsbezugnis beanstandet werden.

**11 3.** Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst (§§ 22 und 25 GNotKG).

## 9. Kein Anspruch auf Löschung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, wenn nicht ausschließbar, dass Berechtigter noch lebt

OLG Naumburg, Beschluss vom 23.8.2019, 12 Wx 30/19

BGB §§ 874, 1090

GBBerG § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2, § 6

GBO §§ 19, 22 Abs. 1, §§ 29, 84, 85

### LEITSATZ:

**Lässt sich für das Grundbuchamt nicht ausschließen, dass der im Grundbuch ohne Geburtsdatum eingetragene Berechtigte einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit noch lebt (hier: Der Berechtigte wäre etwa 100 Jahre alt), kommt eine Löschung nicht in Betracht.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1 I.** Die Beteiligten sind Eigentümer des im Grundbuch des AG Salzwedel von A Blatt (...) 0 (zuvor Blatt [...] 9 und davor Blatt [...] 5) eingetragenen Grundbesitzes. Dort ist in der zweiten Abteilung unter der laufenden Nr. 1 hinsichtlich des Flurstücks 1 eingetragen:

„Der Eigentümer ist zugunsten des Handelsmannes Wilhelm Sch in A als Eigentümer des Grundstücks Flur 21 Flurstück 42 in seinem Eigentumsrecht dahin beschränkt, dass Wilhelm Sch an die dem Flurstück 41 Flur 21 liegenden alte Katasterparzelle 584 Kbl. 3 solange benutzt, wie er lebt und nicht das Benutzungsrecht seines Flurstücks 42, Flur 21 seitens K K, diesem zum Schluss des Wirtschaftsjahres am 1. April kündigt. Eingetragen auf Grund des Rezesses vom 15.6.1939 in der Umlegungssache von A Uml A 10, eingetragen am 31.10.1950. Mit dem belasteten Grundstück von A Blatt (...) 9 hierher übertragen am 5.8.1998.“

**2** Mit Schreiben vom 27.7.2017 beantragte die Verfahrensbevollmächtigte die Löschung dieser Eintragung unter Vorlage eines Antrages der Beteiligten und der Sterbeurkunde eines am (...) 1855 geborenen und am 10.12.1931 verstorbenen Wilhelm August Heinrich Sch. Das Grundbuchamt hat am 9.5.2018 den rechtlichen Hinweis erteilt, dass der beantragten Eintragung ein Hindernis entgegenstehe. Das Geburtsdatum des Berechtigten habe nicht ermittelt werden können. Da das eingetragene Recht auf einem Rezzess vom 15.6.1939 beruhe,

der von den Antragstellern angegebene Wilhelm August Heinrich Sch aber schon 1931 gestorben sei, könne dieser nicht der Berechtigte sein. Mit Schreiben vom 21.11.2018 hat die Verfahrensbevollmächtigte beglaubigte Kopien aus dem Hauptregister der Stadt A vorgelegt, wonach Wilhelm Ludwig Karl Sch am (...) 1885 und Wilhelm Karl Ferdinand Sch am (...) 1888 geboren seien. Bei beiden könne es sich um die Rechtsinhaber handeln. Weitere Personen mit dem Namen Sch seien laut Auskunft der Stadt A nicht verzeichnet. Zum Zeitpunkt des Rezesses müsse der Berechtigte bereits volljährig gewesen sein, also mindestens 21 Jahre alt. Es liege daher nahe, dass es sich bei dem Berechtigten um einen der beiden genannten Personen handele. Mit weiterer Zwischenverfügung vom 21.2.2019 hat das Grundbuchamt darauf hingewiesen, dass eine Löschung des Rechts nicht erfolgen könne, da weder der korrekte Berechtigte habe nachgewiesen werden können bzw. noch eine entsprechende Sterbeurkunde habe vorgelegt werden können. Für Mutmaßungen sei kein Raum. Da das Geburtsdatum nicht bekannt sei, finde § 5 Abs. 1 Satz GBBerG Anwendung, wonach eine Löschung erst nach 110 Jahren ab Grundbucheintragung zulässig sei. Darauf hat die Verfahrensbevollmächtigte mit Schreiben vom 12.3.2019 entgegnet, dass es nicht darauf ankomme, welcher der beiden möglichen Berechtigten der Maßgebliche sei. Das Grundbuchamt, nicht die Beteiligten hätten die unzulängliche Grundbucheintragung zu verantworten.

**3** Daraufhin hat das Grundbuchamt mit Beschluss vom 27.3.2019 den Antrag zurückgewiesen unter Wiederholung seiner bisherigen Begründung. Die Verfahrensbevollmächtigte hat mit Schreiben vom 4.6.2019 hiergegen Beschwerde unter Wiederholung der bisherigen Argumente eingelegt und ergänzend zur Begründung ausgeführt, dass es jeglicher Logik widerspreche, davon auszugehen, dass einer der beiden möglicherweise berechtigten Personen noch am Leben sei. Wenn tatsächlich 110 Jahre ab Eintragung abzuwarten sei, wären die Beteiligten daran gehindert, das Grundstück zu ihren Lebzeiten zu verkaufen. Das Grundbuchamt hat der Beschwerde mit Beschluss vom 20.6.2019 nicht abgeholfen und das Verfahren dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

**4 II.** Das zulässige Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg.

**5** Zu Recht hat das Grundbuchamt dem Lösungsantrag der Beteiligten nach § 22 GBO nicht entsprochen.

**6** Wenn die Bewilligung desjenigen nach § 19 GBO fehlt, dessen Recht von der Eintragung betroffen ist, ist es notwendig, dass die Unrichtigkeit nach § 22 Abs. 1 GBO nachgewiesen wird. Dieser Nachweis obliegt dem Antragsteller. An den Nachweis sind strenge Anforderungen zu stellen; ein gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit genügt nicht. Der Antragsteller muss grundsätzlich lückenlos alle Möglichkeiten – in der Form des § 29 GBO – ausräumen, die der begehrten berichtigenden Eintragung – hier also der Löschung – entgegenstehen könnten. Ganz entfernt liegende, nur theoretische Möglichkeiten müssen aber nicht widerlegt werden. Vielmehr darf das Grundbuchamt von dem nach der allgemeinen Lebenserfahrung Regelmäßigen ausgehen, sofern nicht im Einzelfall konkrete Umstände auf das Gegenteil hinweisen. Keiner Nachweisführung bedarf es, wenn sich die materielle Unrichtigkeit aus der Eintragung im Grundbuch selbst – einschließlich zu-

lässiger Bezugnahmen (vgl. § 874 BGB) – ergibt. Auch was offenkundig ist, braucht nicht bewiesen zu werden (zum Beispiel OLG Nürnberg, Beschluss vom 2.6.2017, 15 W 1995/16, juris).

**7** Nach diesen Grundsätzen kommt eine Löschung der eingetragenen Belastung nicht in Betracht. Es ist nämlich nicht nachgewiesen, dass die zugunsten eines Wilhelm Sch am 31.10.1950 in das Grundbuch eingetragene beschränkte persönliche Dienstbarkeit tatsächlich erloschen ist.

**8** Das Erlöschen der Dienstbarkeit ist weder offenkundig noch durch die Beteiligten nachgewiesen. Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit wie das hier in Rede stehende Nutzungsrecht auf Lebenszeit endet mit dem Tod des Berechtigten. Dies ergibt sich bereits aus dem Wesen der persönlichen Dienstbarkeit. Wenn kein Berechtigter mehr vorhanden ist, ist sie inhaltslos. Bei natürlichen Personen genügt zur Löschung der Dienstbarkeit im Grundbuch in der Regel der Unrichtigkeitsnachweis nach § 22 GBO durch Vorlage der Sterbeurkunde (zum Beispiel Staudinger/Reymann, Neub. 2017, § 1090 Rdnr. 43).

**9** Mit den von den Beteiligten vorgelegten Unterlagen ist der erforderliche Nachweis allerdings nicht geführt. Sterbeurkunden des Berechtigten haben die Beteiligten nicht vorgelegt. Die Sterbeurkunde des am 11.8.1855 geborenen und am 10.12.1931 verstorbenen Wilhelm August Heinrich Sch belegt den Tod des Berechtigten nicht, denn jener war im Zeitpunkt des Rezesses vom 15.6.1939, der Grundlage der Eintragung des Nutzungsrechts war, längst nicht mehr am Leben. Auch mit den beiden eingereichten Geburtsurkunden ist der erforderliche Nachweis des Todes des Berechtigten nicht geführt. Zwar kann davon ausgegangen werden, dass der am 3.12.1885 in A geborene Wilhelm Ludwig Karl Sch mittlerweile ebenso verstorben ist wie der am 17.2.1888 in A geborene Wilhelm Karl Ferdinand Sch. Indes ist nicht nachgewiesen, dass jedenfalls einer dieser beiden mit dem im Grundbuch eingetragenen Wilhelm Sch identisch ist. Die bloße Möglichkeit der Identität reicht für die strengen Anforderungen des Grundbuchverfahrens nicht aus. Weder stimmt der Name vollständig überein, noch lässt sich – mangels entsprechender Angaben im Grundbuch oder in der Grundakte – die Übereinstimmung des Geburtsdatums feststellen. Allein der Umstand, dass für den im Grundbuch verzeichneten Wilhelm Sch ein Sitz in A vermerkt ist und die Stadt A mit Schreiben vom 4.10.2018 bescheinigt hat, dass sich in den Namensverzeichnissen 1874 bis 1926, in den Geburts- und Sterbeverzeichnissen 1827 bis 1978 ff. sowie im Bestattungsverzeichnis ab 1945 keine Hinweise auf den Tod bzw. die Bestattung eines anderen als den am 10.12.1931 verstorbenen Wilhelm Sch finde, reicht für die Feststellung der Identität nicht aus. Dem lässt sich nicht mehr entnehmen, als dass die 1885 bzw. 1888 in A geborenen Wilhelm Ludwig Karl Sch und Wilhelm Karl Ferdinand Sch wohl nicht auch in A, sondern anderenorts gestorben sind. Auf der anderen Seite ist nicht auszuschließen, dass ein anderer Wilhelm Sch zum Zeitpunkt des Rezesses im Jahre 1939 – hierfür mindestens 21 Jahre alt – in A gelebt hat, ohne dort geboren oder später dort gestorben zu sein, also ohne Aufnahme in Geburts- oder Sterberegister. Es ist entgegen der Einschätzung der Beteiligten unter diesen Umständen keine ganz ent-

fernt liegende theoretische Möglichkeit, dass der Berechtigte bis heute noch lebt. Es kommt nämlich immer wieder vor, dass einzelne Personen mehr als 100 Jahre alt werden.

**10** Die Dienstbarkeit gilt auch nicht als erloschen nach § 5 Abs. 1 Satz 1 GBBerG mit dem Ablauf von 110 Jahren von dem Geburtstag des Berechtigten an. Dabei ist § 5 Abs. 1 Satz 1 GBBerG nur anwendbar, wenn sich aus dem Grundbuch oder den Grundakten das Geburtsdatum ergibt (zum Beispiel *Böhlinger*, ZfLR 2017, 721, 722). Dies ist aus dem Zusammenhang mit § 5 Abs. 1 Satz 2 GBBerG abzuleiten, wonach der Tag der Eintragung des Rechts maßgeblich ist, wenn der Geburtstag nicht aus dem Grundbuch oder den Grundakten ersichtlich ist. Hier ist das Geburtsdatum des berechtigten Wilhelm Sch im Grundbuch nicht angegeben. Ebenso wenig sind den Grundakten, insbesondere im Zusammenhang mit der Eintragung im Jahre 1950, deren Löschung begehrt wird, irgendwelche Angaben zu dem Geburtstag des Berechtigten zu entnehmen. Die Voraussetzungen eines Erlöschens nach § 5 Abs. 1 Satz 2 GBBerG sind auch nicht erfüllt, da seit dem Tag der Grundbucheintragung am 30.10.1950 noch keine 110 Jahre verstrichen sind.

**11** Angesichts der an eindeutige Kriterien anknüpfenden Regelung des § 5 GBBerG ist für wertende Gesichtspunkte kein Raum, etwa dergestalt, dass die Beteiligten ohne eine Löschung das Grundstück zu Lebzeiten nicht würden lastenfrei veräußern können. Sie bedürfen vielmehr keines besonderen Schutzes, weil sie das Grundstück am 13.8.1984 in Kenntnis und unter ausdrücklicher Übernahme der gegenseitlichen Belastung erworben haben. Außerdem steht ihnen das Aufgebotsverfahren nach § 6 GBBerG zur Verfügung.

**12** Unter diesen Umständen kommt auch keine amtswegige Löschung wegen Gegenstandslosigkeit der Eintragung aus rechtlichen wie aus tatsächlichen Gründen nach §§ 84, 85 GBO in Betracht.

**13** Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Der Geschäftswert ist nach § 79 Abs. 1 Satz 1 GNotKG festzusetzen und – mangels näherer Anhaltspunkte – nach § 36 Abs. 3 GNotKG zu bemessen. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 78 Abs. 2 GBO) liegen nicht vor.



## BÜRGERLICHES RECHT – FAMILIENRECHT

### 10. Adoption einer Volljährigen mit den Wirkungen einer Minderjährigenadoption – keine entgegenstehenden Interessen des leiblichen Elternteils, der seine Unterhaltspflicht verletzt hat

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 24.6.2019, 1 UF 178/18

BGB § 1611 Abs. 1 Satz 1, §§ 1767, 1772 Abs. 1 Satz 2

#### LEITSÄTZE:

1. Im Rahmen der Prüfung nach § 1772 Abs. 1 Satz 2 BGB, ob überwiegende Interessen der Eltern des Anzunehmenden einer Volljährigenadoption mit den Wirkungen der Minderjährigenadoption entgegenstehen, ist der Wegfall eines möglichen Elternunterhaltsanspruchs durch das Erlöschen des Verwandtschaftsverhältnisses nicht allein bestimmend, sondern nur neben anderen Umständen des Einzelfalles zu berücksichtigen.
2. Für die Annahme, dass insbesondere wirtschaftliche Interessen des leiblichen Elternteils einer Volladoption nicht entgegenstehen, müssen nicht notwendiger Weise die strengen tatbestandlichen Voraussetzungen einer Verwirkung des Elternunterhaltsanspruchs gemäß § 1611 Abs. 1 Satz 1 BGB erfüllt sein.
3. Gemäß § 1772 Abs. 1 Satz 2 BGB kann eine Volladoption nicht ausgesprochen werden, wenn überwiegende Interessen der Eltern des Anzunehmenden entgegenstehen. Diese Interessen können zum einen materieller und zum anderen immaterieller Natur sein. (Leitsatz der Schriftleitung)
4. Auch Unterhaltspflichtverletzungen des leiblichen Elternteils, die nicht die Grenze der Verwirkung gemäß § 1611 BGB erreicht haben, können zusammen mit anderen Umständen im Rahmen einer Gesamtabwägung dazu führen, dass von seinen überwiegenden Interessen gegenüber einer Volladoption nicht auszugehen ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Anzunehmende ist die Tochter des weiteren Beteiligten zu 2, des Ehemannes der Annehmenden, und ihrer leiblichen Mutter, der weiteren Beteiligten zu 3, der geschiedenen Ehefrau des weiteren Beteiligten zu 2. Die Anzunehmende ist unverheiratet und hat keine Kinder. Die Ehe ihrer Eltern, des weiteren Beteiligten zu 2 und der weiteren Beteiligten zu 3, wurde nach Angabe der weiteren Beteiligten zu 3 im Jahr 1991 geschieden. Die Anzunehmende verblieb nach der Trennung der Eltern zunächst zusammen mit ihrem jüngeren Bruder B im Haushalt der Mutter und wechselte sodann in den Haushalt des Vaters, der zu dieser Zeit bereits einen gemeinsamen Haushalt mit seiner damaligen Lebensgefährtin und späteren Ehefrau, der Annehmenden, führte. Im Jahr 2002 wechselte

auch B in den Haushalt des Vaters. Seit dem 8. Lebensjahr der Anzunehmenden bestand somit ein gemeinsamer Haushalt mit ihrem Vater und der Annehmenden. Die Annehmende und der Vater der Anzunehmenden haben am 18.8.1995 geheiratet. Aus dieser Ehe ist der Halbbruder der Anzunehmenden, der weitere Beteiligte zu 4, hervorgegangen.

2 In der Zeit von September 2002 bis Dezember 2004 leistete die leibliche Mutter Unterhalt für die Anzunehmende in Höhe von insgesamt 2.900 €. Weitere Unterhaltszahlungen erfolgten, auch nach Eintritt der Volljährigkeit und Aufnahme eines Studiums der Anzunehmenden nicht. Spätestens seit Dezember 2004 besteht kein Kontakt mehr zwischen der Anzunehmenden und ihrer leiblichen Mutter. Einem BAFöG-Antrag der Anzunehmenden aus dem Jahr 2005 wurde nicht entsprochen. Die leibliche Mutter, die weitere Beteiligte zu 3, hatte Angaben zu ihren wirtschaftlichen Verhältnissen verweigert.

3 Die Annehmende und die Anzunehmende haben mit notarieller Urkunde des Notars (...) mit dem Amtssitz in Frankfurt a. M.-Höchst vom 4.12.2017 (...) beantragt, die Annahme als Kind auszusprechen. Zugleich wurde ein Antrag auf Ausspruch einer Volljährigenadoption mit den Wirkungen der Annahme nach den Vorschriften über die Annahme eines Minderjährigen gestellt. Der Vater der Anzunehmenden und Ehemann der Annehmenden, der weitere Beteiligte zu 2, stimmte der Adoption in der notariellen Urkunde zu. Das AG hat die Annehmende und die Anzunehmende persönlich und die weiteren Beteiligten zu 3 und zu 4 schriftlich angehört.

4 Mit dem angefochtenen Beschluss hat das AG die beantragte Adoption mit der Begründung abgelehnt, dass die Voraussetzungen einer Volljährigenadoption mit den Wirkungen einer Minderjährigenadoption (sog. Adoption mit starker Wirkung oder Volladoption) nicht gegeben seien, denn die Interessen der weiteren Beteiligten zu 3, der leiblichen Mutter der Anzunehmenden, an einem Unterbleiben der Volljährigenadoption mit starker Wirkung würden überwiegen. Ein solches Interesse sei hier vor allem in der Aufrechterhaltung der Unterhaltspflicht der Anzunehmenden zu sehen. Auf die Interessenabwägung sei der Maßstab des § 1611 BGB anzuwenden, sodass eine Adoption mit starker Wirkung (Volladoption) im Ergebnis nur dann in Betracht komme, wenn die leibliche Mutter ihre Unterhaltspflicht gröblich vernachlässigt habe oder sonst eine vorsätzliche schwere Verfehlung in der Vergangenheit festzustellen sei. Hier habe die leibliche Mutter der Anzunehmenden dieser während der Minderjährigkeit und teilweise auch noch während der Volljährigkeit nicht unerheblich Unterhalt gezahlt. So habe die leibliche Mutter der Anzunehmenden in der Zeit bis zum Wechsel in den Haushalt des Vaters Naturalunterhalt geleistet. In den Jahren 2002 bis 2004 habe sie insgesamt 2.900 € Unterhalt geleistet. Ein Ausspruch der Adoption ohne starke Wirkung sei nicht beantragt worden und könne daher auch nicht ausgesprochen werden.

5 Gegen die erstinstanzliche Entscheidung wenden sich die Annehmende und die Anzunehmende mit ihrer Beschwerde. Sie machen geltend, die Interessen der leiblichen Mutter der Anzunehmenden einerseits und der Annehmenden und der Anzunehmenden andererseits seien nicht in ausreichendem Maße miteinander abgewogen worden. Neben der Verletzung ihrer Unterhaltspflichten habe die leibliche Mutter der Anzu-



nehmenden dieser und dem Bruder der Anzunehmenden wiederholt körperliche Gewalt angetan. Sie habe mit Suizid und sogar mit einem erweiterten Suizid gedroht. Hierdurch habe sie auf die Anzunehmende und ihren Bruder eine erhebliche, auch psychische Gewalt ausgeübt, die zu schweren psychischen und psychosomatischen Beeinträchtigungen geführt habe. Die äußerst konflikthafte familiäre Beziehung, die schlussendlich auch zu dem Kontaktabbruch geführt habe, habe die Anzunehmende im Kindheits- und Jugendalter bis in das Erwachsenenalter hinein schwer belastet.

**6** Die weitere Beteiligte zu 3 hat, anwaltlich vertreten, im Beschwerdeverfahren schriftsätzlich Stellung genommen und mitgeteilt, dass sie mit der beabsichtigten Adoption weiterhin nicht einverstanden sei, wobei sie gegen eine Adoption mit sog. schwacher Wirkung nichts einzuwenden habe. Zur Zahlung von Kindesunterhalt sei sie insbesondere finanziell nicht in der Lage gewesen. Im Übrigen habe es sich bei den Vorkommnissen in der Vergangenheit im Wesentlichen um einen Konflikt auf der Elternebene gehandelt. Der weitere Beteiligte zu 2 sowie der Sohn der Annehmenden und Halbbruder der Anzunehmenden, der weitere Beteiligte zu 4, hatten auch im Beschwerdeverfahren Gelegenheit zur Stellungnahme.

**7** Nach Übertragung des Verfahrens auf die Berichterstatterin als Einzelrichterin zur Entscheidung wurden die Annehmende und die Anzunehmende noch einmal persönlich angehört.

(...)

**9** II. Die gegen die Versagung der Adoption mit dem angefochtenen Beschluss vom 7.9.2018 eingelegte Beschwerde ist gemäß §§ 58 ff. FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Sie ist begründet und führt zur Abänderung der amtsgerichtlichen Entscheidung.

**10** Es ist die Annahme als Kind auszusprechen, denn die Annahme als Kind ist vorliegend sittlich gerechtfertigt (§ 1767 BGB). Es ist zwischen der Annehmenden und der Anzunehmenden durch ein langjähriges tatsächliches Zusammenleben eine enge familiäre Beziehung im Sinne eines Eltern-Kind-Verhältnisses entstanden, was auch vom AG nicht in Zweifel gezogen wird. Von einem solchen, bereits bestehenden Eltern-Kind-Verhältnis konnte sich der Senat auch in der persönlichen Anhörung der Beteiligten überzeugen.

**11** Entgegen der Entscheidung des AG kann die Adoption vorliegend auch mit den Wirkungen der Annahme nach den Vorschriften der Minderjährigenadoption ausgesprochen werden (§ 1772 Abs. 1 Satz 1 b und c, sog. Adoption mit starker Wirkung oder Volladoption). Mit der Vorschrift des § 1772 BGB hat der Gesetzgeber für Sondersituationen, in denen es sinnvoll und gerechtfertigt erscheint, auch einen Erwachsenen rechtlich vollständig aus seiner Ursprungsfamilie bzw. Ursprungselternbeziehung zu lösen und vollständig in eine neue Familie bzw. Elternbeziehung zu integrieren, die Möglichkeit der Volladoption geschaffen (Staudinger/Helms, Neub. 2019 § 1772 Rdnr. 1). Eine solche Sondersituation ist hier gegeben. Denn die Anzunehmende ist noch als Kind, damals ca. siebenjährig, in den Haushalt ihres Vaters und der Annehmenden, der damaligen Lebensgefährtin des Vaters und späteren Ehefrau, aufgenommen worden (lit. b) und die Annehmende will das Kind ihres Ehemannes annehmen (lit. c).

**12** Anders, als vom AG in erster Instanz angenommen, stehen mit Blick auf das Beschwerdevorbringen und die weiteren Erkenntnisse im Beschwerdeverfahren sowie nach dem in der persönlichen Anhörung gewonnenen Eindruck des Senats von der Anzunehmenden und der Annehmenden überwiegende Interessen der leiblichen Mutter einer Volljährigenadoption mit den Wirkungen der Minderjährigenadoption (Volladoption) nicht entgegen.

**13** Gemäß § 1772 Abs. 1 Satz 2 BGB kann eine Volladoption nicht ausgesprochen werden, wenn überwiegende Interessen der Eltern (oder eines Elternteils) des bzw. der Anzunehmenden entgegenstehen. Durch diese Vorschrift verdeutlicht der Gesetzgeber, dass die sittliche Rechtfertigung der Volladoption auch im Hinblick auf entgegenstehende Elterninteressen zu prüfen ist (Staudinger/Helms, § 1772 Rdnr. 7). Es ist eine umfassende Abwägung der Interessen des oder der Anzunehmenden, des oder der Annehmenden und der leiblichen Eltern bzw. des leiblichen Elternteils vorzunehmen (OLG Brandenburg, Beschluss vom 27.1.2017, 10 UF 48/16, juris Rdnr. 24 = FamRZ 2017, 1762). Entgegenstehende Elterninteressen können zum einen materieller Natur sein, insbesondere im Hinblick auf den Wegfall von Unterhaltsansprüchen (OLG Brandenburg, a. a. O., Rdnr. 28 m. w. N.); sie können aber auch immaterieller Natur sein, so zum Beispiel dann, wenn noch eine gelebte soziale Beziehung zwischen Eltern (-teil) und Kind besteht (Staudinger/Helms, § 1772 Rdnr. 9; OLG Celle, Beschluss vom 19.6.2013, 17 UF 3/13, FamRZ 2014, 579).

**14** Hier stehen immaterielle Interessen der leiblichen Mutter einer Volladoption jedoch nicht entgegen, nachdem zwischen der Anzunehmenden und ihr bereits spätestens seit dem Jahr 2004, d. h. seit nunmehr 15 Jahren, keinerlei Kontakt und Verbindung mehr besteht. Vielmehr sprechen die immateriellen Interessen, insbesondere der Anzunehmenden, für eine Adoption, die mit dem Abbruch der verwandtschaftlichen Beziehung zur leiblichen Mutter einhergeht. Die Anzunehmende hat insbesondere im Beschwerdeverfahren vorgetragen, in welchem Maße sie und ihr Bruder unter der Beziehung zu ihrer leiblichen Mutter gelitten haben. Sie hat deutlich gemacht, dass die Belastung auch noch nach dem Wechsel in den väterlichen Haushalt angedauert hat, nicht zuletzt durch die massive Auferlegung von Schuldgefühlen durch die leibliche Mutter. In der persönlichen Anhörung konnte sich der Senat von der erheblichen psychischen Belastung der Anzunehmenden einen Eindruck verschaffen. Der Wunsch der Anzunehmenden, sich, auch rechtlich, vollständig aus der verwandtschaftlichen Beziehung zu ihrer leiblichen Mutter zu lösen und auf der anderen Seite, wiederum auch in rechtlicher Hinsicht, vollständig in die neue verwandtschaftliche Beziehung zu ihrer sozialen Mutter zu integrieren, erscheint vor diesem Hintergrund gerechtfertigt.

**15** Auch eventuelle wirtschaftliche Interessen der leiblichen Mutter stehen unter Heranziehung der Tatsachen, wie sie zuletzt im Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung zugrunde zu legen waren, einer Volladoption nicht entgegen. Nicht gefolgt werden kann der Auffassung des AG, dass die Grenze der Verwirkung gemäß § 1611 BGB erreicht sein müsste, um auszuschließen, dass überwiegende Interessen des leiblichen

Elternteils einer Volladoption entgegenstehen. Soweit sich das AG diesbezüglich auf die Rechtsprechung des OLG Brandenburg beruft (a. a. O., Rdnr. 31; siehe auch Beschluss vom 18.3.2019, 13 UF 11/17, NZFam 2019, 368 und Beschluss vom 12.3.2019, 9 UF 190/17, NZFam 2019, 507), sieht sich der Senat mit dieser Rechtsprechung nicht in einem Widerspruch, denn das OLG Brandenburg hat in diesen Entscheidungen lediglich zutreffend darauf hingewiesen, dass jedenfalls dann, wenn die Voraussetzungen der Verwirkung des Elternunterhaltsanspruches gemäß § 1611 BGB gegeben seien, nicht von überwiegenden wirtschaftlichen Interessen des Elternteils im Sinne von § 1772 Abs. 1 Satz 2 BGBG auszugehen sei. Dass andererseits die Erfüllung des Verwirkungstatbestandes nicht nur eine hinreichende, sondern eine notwendige Bedingung für die Annahme sei, das überwiegende Interessen des Elternteils einer Volladoption nicht entgegenstehen, kann den zitierten Entscheidungen und auch dem Wortlaut des Gesetzes nicht entnommen werden. Vielmehr können auch Unterhaltspflichtverletzungen, die nicht die Grenze der Verwirkung erreichen, zusammen mit anderen Umständen im Rahmen einer Gesamtabwägung dazu führen, dass von überwiegenden Interessen des leiblichen Elternteils gegenüber einer Volladoption nicht auszugehen ist.

**16** So liegt der Fall hier, und zwar unabhängig davon, ob man vorliegend von einer Verwirkung des Unterhaltsanspruches der leiblichen Mutter der Anzunehmenden gemäß § 1611 BGB auszugehen hätte. Anders als das AG geht der Senat nicht davon aus, dass im Falle einer Gewährung von Naturalunterhalt bis ca. zum siebten Lebensjahr und einer Gewährung von insgesamt 2.900 € Unterhalt in der Zeit danach bis zum Abschluss der akademischen Ausbildung der Anzunehmenden von einer erheblichen Unterhaltsleistung ausgehen wäre, die es unbillig erscheinen ließe, wenn die Unterhaltsverpflichtung der Anzunehmenden ihrerseits durch die Volljährigenadoption mit der Wirkung einer Minderjährigenadoption entfielen, zumal die Unterhaltszahlungen nach dem Wechsel der Anzunehmenden in den Haushalt des Vaters gerichtlich durchgesetzt und auch noch vollstreckt werden mussten. Soweit das Familiengericht sich insbesondere auch auf die oben bereits zitierten Entscheidungen des OLG Brandenburg und weiter auf die Entscheidungen des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 16.7.2014, 7 UF 78/14, FamRZ 2014, 1796) und OLG Celle (a. a. O.) bezieht, lag den Entscheidungen jeweils eine Fallkonstellation zu Grunde, in der Kindesunterhalt durch den leiblichen Elternteil über Jahre hinweg geleistet wurde. Vorliegend kommt im Rahmen der Gesamtabwägung hinzu, dass die weitere Beteiligte zu 3 durch die von ihr gegenüber dem Studentenwerk verweigerte Auskunft zu ihren wirtschaftlichen Verhältnissen die Ablehnung des BAFöG-Antrages der Anzunehmenden zumindest mitverursacht hat und es somit der Tochter noch zusätzlich erschwert hat, ihren Lebensunterhalt während ihres Studiums zu bestreiten. Unabhängig von der Frage der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der weiteren Beteiligten zu 3 zur Zahlung von Kindes- bzw. Volljährigenunterhalt für ihre Tochter, hat sie jedenfalls durch dieses Verhalten die von ihr nunmehr eingeforderte Solidarität der Tochter selbst über Jahre hinweg nicht erbracht.

**17** Die Namensführung entspricht vor dem Hintergrund der in der notariellen Urkunde erfolgten Namensbestimmung den

gesetzlichen Vorgaben (vgl. § 1767 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 1757 BGB).

**18** III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 81 FamFG und entspricht unter Einbeziehung des Umstandes, dass die Beschwerde Erfolg hatte, billigem Ermessen.

**19** Der Festsetzung eines Verfahrenswerts für das Beschwerdeverfahren bedurfte es im Hinblick auf die getroffene Kostenentscheidung nicht.

## 11. Zur Reichweite der betreuungsgerichtlichen Genehmigung der in einem Grundstückskaufvertrag enthaltenen Erklärungen

OLG Naumburg, Beschluss vom 24.4.2019, 12 Wx 16/19

BGB §§ 883, 1812, 1821, 1908i Abs. 1

GBBerG § 10

GBO § 18 Abs. 1, §§ 71, 73

GNotKG § 25 Abs. 1

### LEITSATZ:

**Hat das Betreuungsgericht die Erklärungen der Betreuerin in der notariellen Urkunde betreffend den Verkauf eines Grundstücks genehmigt, umfasst diese Genehmigung nach Auslegung alle Erklärungen, die durch die Betreuerin in der genannten Urkunde abgegeben wurden, auch die Löschung einer Grundschuld in Abteilung III des Grundbuchs.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** I. Die Beteiligte zu 1, zu deren Gunsten unter anderem für den Aufgabenkreis „Grundstücksangelegenheiten“ eine gerichtliche Betreuerin bestellt wurde, ist im Grundbuch von B, Blatt (...), als Alleineigentümerin des Grundstücks der Gemarkung B, Flur 1, Flurstück 96/58 eingetragen seit 26.3.2018. Das Grundbuchblatt (...) ist am 13.7.2016 an die Stelle des geschlossenen Grundbuchs von B, Blatt 104, getreten.

**2** Mit Urkunde der Notarin I R in St vom 15.1.2019 verkaufte die Betreuerin, das eingangs genannte Grundstück im Namen der Beteiligten zu 1 an die Beteiligte zu 2. Der Kaufvertrag enthielt zum Grundbuchbestand unter Ziffer I u. a. folgende Erklärung:

„(...)“

Abteilung III (Grundpfandrechte, Hypotheken)

lfd. Nr. 1) 460,16 Euro Kaufgeld – ohne Brief – für A E geb. K und F E.

lfd. Nr. 2) 10.225,84 € Grundschuld – ohne Brief – für die Bausparkasse H.

Die Notarin hat den Grundbuchinhalt am heutigen Tag elektronisch festgestellt und die Markentabelle eingesehen.

Das in dem Grundbuch eingetragene Recht in Abteilung III laufende Nr. 1 soll durch Sicherungshinterlegung eines Betrages von 613,55 € nach § 10 GBBerG weggefertigt werden. Hierzu hat Frau P heute einen entsprechenden Antrag beim AG Aschersleben gestellt.

Unter Vorlage der Löschungsbewilligung wird die Löschung des Rechts Abteilung III lfd. Nr. 2 beantragt.“

**3** Ziffer III der Kaufvertragsurkunde enthielt hinsichtlich der Rechte des Käufers bei Sach- und Rechtsmängeln u. a. folgende Regelung:

„(...)

b) Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer ungehinderter Besitz und lastenfreies Eigentum zu verschaffen, soweit in dieser Urkunde nichts anderes vereinbart ist.

(...).“

**4** Ziffer VI des Vertrages hat folgenden Inhalt:

„VI.

Auflassung/Eigentumsvormerkung

der Verkäufer und der Käufer sind sich über den vorvereinbarten Eigentumsübergang einig und bewilligen und beantragen die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch.

Zur Sicherung des Anspruchs des Käufers auf Eigentumsübertragung bewilligt der Verkäufer und beantragt der Käufer die Eintragung einer Vormerkung gemäß § 883 BGB – bei mehreren im angegebenen Anteilsverhältnis – in das Grundbuch. Der Käufer beantragt schon heute, die Vormerkung mit Eigentumsumschreibung zu löschen, vorausgesetzt, dass seit Eintragung der Vormerkung keine Rechte ohne seine Mitwirkung eingetragen wurden.

Allen zur Lastenfreistellung bewilligten Löschungen oder Rangänderungen wird mit dem Antrag auf Vollzug zugestimmt, auch soweit weiterer Grundbesitz betroffen ist.“

**5** Mit Beschluss vom 21.2.2019, rechtskräftig seit 15.3.2019, genehmigte das Betreuungsgericht des AG Bernburg, 7 XVII 152 / 18, die durch die Betreuerin für die Betroffene in der o. g. Urkunde abgegebenen Erklärungen. Der Tenor des Beschlusses lautet wie folgt:

„In der Betreuungssache (...)

Werden die Erklärungen der V P als Betreuerin für die Betroffene C M in der notariellen Urkunde vom 15.1.2019 der Notarin I R in St (Urkunden Nr. 65 / 2019) betreffen den Verkauf des im Grundbuch von B Bl. (...) unter lfd. Nr. 1 des Bestandsverzeichnisses eingetragenen Grundbesitzes Flur 1 Flurstück 96 / 58 durch das Betreuungsgericht genehmigt.“

(...)

**6** Bereits mit notariell beglaubigter Erklärung vom 22.5.2013 hatte die Bausparkasse H AG die Löschung der zu ihren Gunsten eingetragenen Grundschild von 10.245,480 € bewilligt, die heute in Abteilung III lfd. Nr. 2 im Grundbuch Bl. 1780 eingetragen ist.

**7** Mit Schriftsatz vom 20.3.2019 beantragte die Notarin, die durch die Parteien des Kaufvertrages mit dem Vollzug desselben beim Grundbuchamt beauftragt worden war, im Namen der Beteiligten, das in Abteilung III unter laufende Nr. 2 eingetragene Recht auf Kosten des Verkäufers zu löschen und die im Vertrag bewilligte Eigentumsvormerkung für den Erwerber einzutragen. Mit ihrem Antrag legte sie eine beglaubigte Abschrift der Urkunde vom 15.1.2019, des Beschlusses des Betreuungsgerichts vom 21.2.2019 sowie der Löschungsbewilligung vom 22.5.2013 vor.

**8** Mit Zwischenverfügung vom 1.4.2019 wies das Grundbuchamt die antragstellende Notarin darauf hin, dass die vorgelegte betreuungsgerichtliche Genehmigung nicht die Löschung der Rechte in Abteilung III abdecke. Hierzu sei eine ergänzende Genehmigung durch das Betreuungsgericht nachzureichen.

**9** Hiergegen legte die Notarin im Namen der Beteiligten mit Schriftsatz vom 8.4.2019 Beschwerde ein. Zur Begründung vertrat sie die Auffassung, mit der vom Grundbuchamt bemängelten betreuungsgerichtlichen Genehmigung würden die Erklärungen der Betreuerin betreffend den Verkauf genehmigt. Hierzu gehörten ausweislich der Kaufvertragsurkunde Nr. 65/2019 auch die Verpflichtung zur Verschaffung lastenfreien Besitzes, wozu es unzweifelhaft erforderlich sei, die in Abteilung III unter lfd. Nr. 2 eingetragene Grundschild zu löschen und die Löschung dieses Rechts durch die Verkäuferin zu beantragen.

**10** Mit Beschluss vom 10.4.2019 hat das Grundbuchamt der Beschwerde gegen die Zwischenverfügung nicht abgeholfen und die Sache zur Entscheidung an das Beschwerdegericht abgegeben. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass für die beantragte Löschung des Rechts in Abteilung III lfd. Nr. 2 eine auf die Löschung gerichtete betreuungsgerichtliche Genehmigung erforderlich sei, wie sich aus § 1821 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 i. V. m. § 1812 BGB ergebe. Die durch die Notarin vorgelegte betreuungsgerichtliche Genehmigung betreffe aber nur „den Verkauf“ des Grundbesitzes. Nicht inbegriffen sei die Löschung der Rechte in Abteilung III des Grundbuchs, denn von einem „lastenfreien Verkauf“ sei in der betreuungsgerichtlichen Genehmigung nicht die Rede.

**11** II. Die Beschwerde ist nach §§ 71, 73 GBO statthaft und auch im Übrigen zulässig.

**12** Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg. Die angefochtene Zwischenverfügung des Grundbuchamts nach § 18 Abs. 1 GBO kann keinen Bestand haben.

**13** 1. Im Ansatz zutreffend geht das Grundbuchamt indes davon aus, dass eine betreuungsgerichtliche Genehmigung erforderlich ist, wenn ein Betreuer wirksam über ein Grundstück des Betreuten oder über ein Recht an einem solchen Grundstück, zu denen auch Grundschilden gehören, verfügen will. Dies ergibt sich aus § 1908i Abs. 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BGB.

**14** 2. Entgegen der Auffassung des Grundbuchamtes liegt aber die notwendige Genehmigung vor.

**15** a) Die Bewilligung zur Löschung der Grundschild als Willenserklärung der Betreuerin ergibt sich unmissverständlich

aus den oben zitierten Erklärungen in der Urkunde vom 15.1.2019, welche die Betreuerin im Namen der Beteiligten zu 1 abgegeben hat. Dies sind insbesondere die folgenden Formulierungen:

„Unter Vorlage der Löschungsbewilligung wird die Löschung des Rechts (in) Abteilung III lfd. Nr. 2 beantragt.“

„Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer (...) lastenfreies Eigentum zu verschaffen, soweit in dieser Urkunde nichts anderes vereinbart ist.“

„Allen zur Lastenfreistellung bewilligten Löschungen oder Rangänderungen wird mit dem Antrag auf Vollzug zugestimmt.“

**16 b)** Mit Beschluss vom 31.2.2019 hat das Betreuungsgericht „die Erklärungen“ der Betreuerin für die Betroffene in der notariellen Urkunde vom 15.1.2019 genehmigt. Nach dem Wortlaut und auch nach Sinn und Zweck erfasst die Genehmigung alle Erklärungen, die durch die Betreuerin in der genannten Urkunde abgegeben wurden, also auch die Bewilligung und Beantragung der Löschung des in Abteilung III lfd. Nr. 2 des Grundbuchs eingetragenen Rechts.

**17 c)** Der Senat vermag sich der Auffassung des Grundbuchamts nicht anzuschließen, dass für eine umfassende Genehmigung aller in der Urkunde abgegebenen Erklärungen durch das Betreuungsgericht die Formulierung „lastenfreier Verkauf“ in dem Gerichtsbeschluss vom 21.2.2019 hätte Verwendung finden müssen. Diese besondere verbale Anforderung findet im Gesetz keine Stütze. Vielmehr dürfte diese Ansicht auf einer fehlerhaften Auslegung des Genehmigungsbeschlusses vom 21.2.2019 beruhen. Möglicherweise bezieht das Grundbuchamt die Formulierung „betreffend den Verkauf“ als Attribut auf das Wort „Erklärungen“ statt auf das Wort „Urkunde“. Mit dem Satzteil „(...) betreffend den Verkauf des im Grundbuch von B. Bl. (...) unter lfd. Nr. 1 des Bestandsverzeichnisses eingetragenen Grundbesitzes Flur 1 Flurstück 96/58 (...)“ hat das Betreuungsgericht aber lediglich den unmittelbar davor genannten Vertrag, nämlich die „notarielle Urkunde vom 15.1.2019 der Notarin I R in St (Urk.-Nr. 65/ 2019)“ näher bezeichnet. Es hat damit nicht etwa die Genehmigung dahin gehend beschränkt, dass nur die Erklärungen der Betreuerin zum Abschluss des Kaufvertrages genehmigt werden sollten, nicht aber alle weiteren in der Urkunde enthaltenen Erklärungen. Gegen die Auslegung des Grundbuchamts sprechen der Wortlaut, der Satzbau, die Hervorhebungen im Text des Genehmigungsbeschlusses und vor allem der Sinn der betreuungsrechtlichen Genehmigung der in der Urkunde enthaltenen, voneinander abhängigen Erklärungen der Betreuerin. Hätte das Betreuungsgericht hingegen in dem vom Grundbuchamt verstandenen Sinne entscheiden wollen, hätte es die Beschränkung auf den schuldrechtlichen Kauf deutlich machen und den Antrag auf betreuungsgerichtliche Genehmigung aller Erklärungen aus der Urkunde im Übrigen abweisen müssen.

**18 3.** Auch die zur Durchführung der beantragten Löschung des Rechts in Abteilung III lfd. Nr. 2 notwendige Löschungsbewilligung der Bausparkasse H AG als Grundschuldgläubigerin liegt vor. Bereits mit notariell beglaubigter Erklärung vom 22.5.2013 hatte die Bausparkasse die Löschung der zu ihren

Gunsten im Grundbuch von B. Bl. (...), Abteilung III lfd. Nr. 5 eingetragenen Grundschuld von 10.245,480 € bewilligt, die heute in Abteilung III lfd. Nr. 2 im Grundbuch Blatt (...) eingetragen ist.

**19 III.** Eine Kostenentscheidung und eine Entscheidung über die Festsetzung des Gegenstandswertes für das Beschwerdeverfahren sind nicht veranlasst (§ 25 Abs. 1 GNotKG).

## BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

### 12. Widerruf des Verzichts auf Aufnahme der Erbquoten in den Erbschein

OLG München, Beschluss vom 10.4.2020, 31 Wx 354/17, mitgeteilt von **Holger Krätzschel**, Richter am OLG München

BGB § 2361

BeurkG § 44

FamFG § 352a Abs. 2 Satz 2

#### LEITSÄTZE:

- 1. Der Widerruf des Verzichts auf Aufnahme der Erbquoten in den Erbschein ist nur bis zur Erteilung des Erbscheins möglich.**
- 2. Notarielle Urkunden sind nicht schon vor Leistung der Unterschriften zu heften. Es genügt, wenn dies nach Abschluss der Niederschrift erfolgt.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1 I.** Der Erblasser ist am 22.3.2016 im Alter von 66 Jahren verstorben. Der Erblasser war deutscher Staatsangehöriger, die Beteiligte zu 1, seine zweite Ehefrau, ist russische Staatsangehörige. Die Beteiligten zu 2 und 3 sind seine Töchter aus erster Ehe.

**2** Am 9.9.2016 versicherten die Beteiligten zu 1 bis 3 in notarieller Urkunde an Eides statt, dass der Erblasser weder einen Erbvertrag abgeschlossen noch eine Verfügung von Todes wegen hinterlassen hat und daher von den Beteiligten zu 1 bis 3 beerbt wurde, die die Erbschaft angenommen hätten.

**3** Weiter heißt es in der Urkunde:

**4** „Wir, die Erschienenen, beantragen die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins dahin gehend, dass wir, die vorgenannten Personen, gesetzliche Erben des Erblassers geworden sind. Wir, die Erschienenen, verzichten auf die Aufführung der Erbteile im Erbschein gemäß § 325a Abs. 2 Satz 2 FamFG.“

**5** Mit Beschluss vom 29.9.2016 stellte die Rechtspflegerin am AG – Nachlassgericht – fest, dass die Tatsachen, die zur Erteilung eines Erbscheins für die Beteiligten zu 1 bis 3 erforderlich sind, für festgestellt zu erachten sind. Der Erbschein wurde am gleichen Tag von der Rechtspflegerin erteilt.

**6** Gegen die Erteilung des Erbscheins wandte sich die Beteiligte zu 1 mit Schreiben vom 21.11.2016. Darin erklärt sie, den



Erbschein „zurückzurufen“, da er aufgrund einer gefälschten notariellen Urkunde erteilt worden sei. Tatsächlich sei am 9.9.2016 ein dem ihr zuvor übersandten Entwurf entsprechender Text vorgelesen und unterschrieben worden, in dem die Erbteile bezeichnet gewesen seien. In dem Entwurf sei noch gestanden, dass sie Erbin zu  $\frac{1}{2}$  sei.

**7** Das angehörte Notariat erklärte am 9.12.2016, dass die von der Beteiligten zu 1 erhobenen Vorwürfe nicht zuträfen. Im Rahmen der Protokollierung des Antrags habe sich herausgestellt, dass die Ehegatten möglicherweise in einem ausländischen Güterstand verheiratet gewesen seien, was Auswirkungen auf die Erbquote hätte. Da der korrekte Erbteil kurzfristig nicht zu ermitteln gewesen sei, hätten die Erben von der Möglichkeit des § 352a Abs. 2 Satz 2 FamFG Gebrauch gemacht und auf die Aufführung der Erbquoten verzichtet.

**8** Das AG – Nachlassgericht – hat den Antrag mit Beschluss vom 30.8.2017 zurückgewiesen.

**9** Dagegen wendet sich die Beteiligte zu 1 mit der am 27.9.2017 eingelegten Beschwerde. Sie habe die Ehe mit dem Erblasser in Deutschland geschlossen, sodass sie im deutschen gesetzlichen Güterstand gelebt hätten. Eine Änderung der Urkunde sei daher ohne ihre Mitwirkung und ohne ihr Einverständnis erfolgt. Sie habe den Text unterzeichnet, der dem ihr vorab zugesandten Entwurf entsprochen habe. Die Urkunde sei bei Unterzeichnung nicht gemäß § 44 BeurkG mit Schnur und Prägesiegel verbunden gewesen. Es sei nur ein Absatz zur Schreibweise ihres Namens ergänzt worden, weiteres sei bei der Beurkundung weder besprochen noch geändert worden.

**10** Die Beteiligten zu 2 und 3 wenden sich gegen die Einziehung des Erbscheins. Der Antrag beim Notar sei daher im allgemeinen Einvernehmen geändert worden, da sich die Beteiligte zu 1 überwiegend in Moskau aufgehalten habe, sodass nicht klar gewesen sei, welches Güterrecht gelte. Der Notartermin sei auch kurzfristig unterbrochen worden, um die besprochenen Änderungen in den Vertrag einzuarbeiten.

**11** Das Nachlassgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

**12** Der Senat hat nach Erholung der Erklärungen der Beteiligten zur Entbindung der Notarin von der Schweigepflicht eine schriftliche Aussage derselben vom 23.12.2019 erholt.

**13** II. Die nach § 58 FamFG statthafte Beschwerde ist im Übrigen zulässig (§§ 63, 64 FamFG).

**14** Sie hat aber in der Sache keinen Erfolg. Eine Einziehung des Erbscheins vom 29.9.2016 ist nicht veranlasst, weil dieser dem gestellten Antrag und der Erbrechtslage entspricht.

**15** 1. Ein erteilter Erbschein ist nach § 2361 BGB einzuziehen, wenn er unrichtig ist. Eine Unrichtigkeit des Erbscheins liegt vor, wenn die Voraussetzungen für seine Erteilung entweder schon ursprünglich nicht gegeben waren oder nachträglich nicht mehr vorhanden sind (Palandt/*Weidlich*, 79. Aufl., § 2361 Rdnr. 2).

**16** a) Verfahrensfehler können unter Umständen die Einziehung des Erbscheins begründen, insbesondere wenn das erteilende Gericht nicht für das Nachlassverfahren zuständig war

(Palandt/*Weidlich*, § 2361 Rdnr. 3). Wird ein Erbschein erteilt, ohne dass ein wirksamer Antrag vorlag, zwingt dies nur dann nicht zur Einziehung, wenn der Antragsberechtigte die Erteilung nachträglich genehmigt hat (BGH, NJW 1989, 984; BayObLG, NJW-RR 2001, 950).

**17** aa) Vorliegend lag dem erteilten Erbschein allerdings ein wirksamer Antrag vom 9.9.2016 zugrunde. Die notarielle Urkunde wurde nämlich wirksam errichtet und enthält den entsprechenden Antrag auf Erteilung eines Erbscheins.

**18** Soweit die Beteiligte zu 1 vorträgt, die von ihr am 9.9.2016 unterzeichnete Urkunde habe nicht den vorliegenden Antrag enthalten, sondern dem Entwurf entsprochen, der die Quoten ausgewiesen hätte, ist dies durch die schriftliche Aussage der Notarin widerlegt. Diese hat nach allseitiger Entbindung von der Schweigepflicht in einem Schreiben vom 23.12.2019 folgendes angegeben: Es sei für den Beurkundungstermin ein Entwurf vorbereitet gewesen, der die Erbteile der an der Urkunde Beteiligten enthalten habe. Im Beurkundungstermin habe sich jedoch herausgestellt, dass die Frage, in welchem Güterstand die Ehegatten verheiratet gewesen seien, bei der Entwurfserstellung nicht bedacht worden sei. Da dies erst im Rahmen der Beurkundung festgestellt worden sei und auch in der Kürze der Zeit nicht zu ermitteln gewesen sei, habe sie eruiert, zu welchem Zweck der Erbschein benötigt würde. Da es im Wesentlichen um die Auflösung eines Kontos gegangen sei, habe sie vorgeschlagen, einen Erbschein ohne Angabe der Erbquoten zu beantragen, da dies ohne zeitliche Verzögerung möglich wäre. Sie erinnere sich deswegen so gut daran, da sie erst kurz vor dem Beurkundungstermin von dieser Möglichkeit, die Erbanteile wegzulassen, gelesen habe. Alle Beteiligte hätten dem zugestimmt. Es habe dann auch noch ein Vermerk zur Schreibweise des Namens der Beteiligten zu 1 zu einer Änderung des Entwurfs geführt. Der Antrag sei dann mit den entsprechenden Änderungen im Allgemeinen Einverständnis beurkundet worden. Nach der Beurkundung habe es keine Veränderung der Urkunde gegeben.

**19** Der Senat folgt diesen Angaben, da sie plausibel und schlüssig sind. Die Einlassung der Notarin ist auch erkennbar Erinnerungsfundiert. So verweist sie darauf, dass sie erst kurz vor der Beurkundung über die Möglichkeit der Antragstellung gelesen habe und dies daher vorgeschlagen habe. Auch die Ergänzung der Urkunde im Vergleich zum Entwurf in Bezug auf den Namen der Beteiligten zu 1 wird durch die vorliegenden Unterlagen bestätigt. Zudem ist die Beteiligte zu 1 nach eigenem Vortrag russische Staatsangehörige mit Wohnsitz in Moskau, auch bestand ein Ehevertrag nicht, sodass die Unsicherheit über den Güterstand im Beurkundungstermin plausibel ist. Diese Diskussion über den Güterstand haben auch durch die Beteiligten zu 2 und 3 bestätigt. Ausweislich einer Kurznachricht, die die Beteiligte zu 2 als Ausdruck des gegenseitigen Schriftverkehrs vorgelegt hat, haben die Beteiligten zu 2 und 3 dies schon von Anfang an gegenüber der Beteiligten zu 1 thematisiert.

**20** bb) Hingegen ist der Vortrag der Beteiligten zu 1 nicht glaubhaft, sie habe eine andere Version der Urkunde unterschrieben. Die Notarin hat bestätigt, dass es nach Unterzeichnung der Urkunde keine Änderungen mehr gegeben habe.

**21** Soweit die Beteiligte zu 1 dies damit belegen will, dass die Urkunde bei Leistung der Unterschriften nicht nach § 44 BeurkG geheftet gewesen sei, ist dies nach Kenntnis des Senats die allgemeine und zulässige Praxis von Notariaten. Nach allgemeiner Ansicht sind nämlich mehrere Blätter einer Urkunde erst unmittelbar nach dem Abschluss der Niederschrift zu heften und zu siegeln (*Huhn/von Stuckmann*, Beurkundungsrecht in Deutschland, 3. Aufl., § 44 Rdnr. 16). Eine Hefung schon vor Unterschriftsleistung würde nämlich nötige Änderungen im Beurkundungstermin verhindern. Dass solche noch notwendig waren, zeigt im Übrigen die Tatsache, dass in dem hier vorgelegten Entwurf der Familienstand der Beteiligten zu 1 noch offen war. Auch wer die Kosten der Beurkundung tragen sollte, war im Entwurf offen gelassen. Auch dies zeigt, dass der Vortrag der Beteiligten zu 1, es sei in dem Termin allein um die Schreibweise ihres Namens gegangen und nichts anderes besprochen worden, nicht den Tatsachen entspricht.

**22 cc)** Soweit die Erklärung der Beteiligten, dass sie den „Erschein zurückzurufe“ als Rücknahme des Antrags zu verstehen sein sollte, ist dies unbehelflich. Der Erbscheinsantrag wurde auch von den Beteiligten zu 2 und 3 mit Urkunde vom 9.9.2016 wirksam beantragt. Deren Anträge kann die Beteiligte zu 1 nicht zurücknehmen.

**23 b)** Auch eine materielle Unrichtigkeit des Erbscheins liegt nicht vor.

**24** Eine solche macht die Beteiligte zu 1 zwar insofern geltend, als nach ihrer Ansicht zu Unrecht keine Erbquoten angegeben sind. Die Erbteilsangabe im Erbschein ist jedoch nicht erforderlich, wenn nach § 352a Abs. 2 Satz 2 FamFG alle Antragsteller in dem Antrag auf die Aufnahme der Erbteile verzichten (*Keidel/Zimmermann*, FamFG, 19. Aufl., § 352e Rdnr. 80 und § 352a Rdnr. 11 ff.).

**25 aa)** Ein allseitiger Verzicht ergibt sich aus der notariellen Urkunde vom 9.9.2016. Dass ein solcher entgegen dem Vortrag der Beteiligten zu 1 auch wirksam erklärt wurde, ergibt sich aus der auch insofern glaubhaften schriftlichen Aussage der Notarin.

**26** Die Tatsache, dass in der Urkunde auf „§ 325a Abs. 2 Satz 2 FamFG“ Bezug genommen ist, ist unbehelflich. Eine solche Vorschrift ist nicht existent. Tatsächlich gibt aber § 352a Abs. 2 Satz 2 FamFG die Möglichkeit des Verzichts auf die Aufnahme der Erbquoten. Der Vortrag des Notariats, dass es sich bei dem Zitat um ein Schreibversehen gehandelt habe, ist daher plausibel.

**27 bb)** Selbst wenn von einem Widerruf des Verzichts auf Erbquoten durch die Beteiligte zu 1 ausgegangen würde, erfolgte ein solcher erst nach Erteilung des Erbscheins. Ein Widerruf ist jedoch nur bis zur Erteilung des Erbscheins möglich (*Keidel/Zimmermann*, FamFG, § 352a Rdnr. 15).

**28 III. 1.** Die Entscheidung über die Tragung der außergerichtlichen Kosten beruht auf § 84 FamFG. Danach soll das Gericht die Kosten eines ohne Erfolg eingelegten Rechtsmittels dem Beteiligten auferlegen, der es eingelegt hat. Im vorliegenden Fall besteht kein Anlass, von diesem Grundsatz abzuweichen.

**29 2.** Für den Geschäftswert ist das wirtschaftliche Interesse des Beschwerdeführers maßgebend (§ 131 Abs. 4, § 30

Abs. 1 KostO). Dieses entspricht im Wesentlichen der Höhe des Vermögens des Erblassers abzüglich der Nachlassverbindlichkeiten. Der Senat setzt den Geschäftswert daher auf 21.700 € fest.

**30 3.** Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor (§ 70 FamFG).

### 13. Voraussetzungen für die Löschung eines Nacherbenvermerks

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7.4.2020, 3 Wx 230/19

BGB §§ 1365, 2110 Abs. 1, §§ 2136, 2191, 2382

BGB a. F. § 419

GBO §§ 20, 22, 29

#### LEITSÄTZE:

- Zum – hier bejahten – Erfordernis einer Zustimmung der Ersatznacherben zur Löschung eines im Grundbuch eingetragenen Nacherbenvermerks auch in Ansehung einer in notarieller Urkunde vereinbarten, zum Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs gemäß §§ 22, 29 GBO nicht ausreichenden, Freigabe des den einzigen der Nacherbenbindung unterliegenden Nachlassgegenstand ausmachenden Grundbesitzes.**
- Zulassung der Rechtsbeschwerde mit Blick auf die im einzelnen ungeklärte Rechtsfrage, ob und in welchen Grenzen eine Freigabe von Nachlassgegenständen aus der Nacherbenbindung ohne Zustimmung des Ersatznacherben zulässig ist.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1 I.** Der verfahrensgegenständliche Wohnungsgrundbesitz stand ursprünglich im Eigentum des Vaters des Beteiligten zu 1. Jener hatte in seinem am 25.1.2012 notariell errichteten Testament den Beteiligten zu 1 sowie dessen beiden Geschwister zu seinen Erben zu je 1/3-Anteil bestimmt und dabei dem Beteiligten zu 1 die Stellung eines nicht befreiten Vorerben zugewiesen. Nacherben sollen die Beteiligten zu 2 und 3 – sie sind die Kinder des Beteiligten zu 1 – ersatzweise deren Abkömmlinge nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge sein. Für den Fall, dass entweder die Beteiligten zu 2 und 3 keine Abkömmlinge hinterlassen oder dass bei Eintritt des Nacherbfalls keine Abkömmlinge des Beteiligten zu 1 vorhanden sein sollten, enthält das Testament ergänzende Anordnungen.

**2** Der Vater des Beteiligten zu 1 verstarb am 25.5.2012 und in den Nachlass fiel unter anderem der im Grundbuch von Weeze auf Blatt (...) eingetragene Grundbesitz. Nach Teilung dieses Grundbesitzes in zwei separate Wohnungseigentumseinheiten wurde der Beteiligte zu 1 aufgrund Auflassung und Teilung nach § 8 WEG am 23.1.2013 als Eigentümer des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes im Grundbuch eingetragen. Zugunsten der Beteiligten zu 2 und 3 wurde in Abteilung II ein

Nacherbenvermerk eingetragen; die angeordnete Ersatznacherbschaft wurde nicht vermerkt.

**3** Mit notarieller Urkunde vom 13.6.2019 übertrugen die Beteiligten zu 2 und 3 den verfahrensgegenständlichen Grundbesitz in das nicht der Nacherbfolge unterliegende Vermögen des Beteiligten zu 1 und erklärten die Freigabe des Grundbesitzes aus der Nacherbschaft.

**4** Mit notariellem Antrag vom 26.6.2019 haben die Beteiligten die Löschung des in Abteilung II des Grundbuchs eingetragenen Nacherbenvermerks beantragt.

**5** Über diesen Antrag hat das Grundbuchamt zunächst im Wege einer Zwischenverfügung entschieden und den Beteiligten aufgegeben, Löschungsbewilligungen der hilfsweise berufenen Ersatzerben vorzulegen. Auf die von den Beteiligten bereits gegen diese Zwischenverfügung eingelegte Beschwerde hin hat der Senat die Zwischenverfügung mit Beschluss vom 29.8.2019 (Az.: I-3 Wx 156/19) aufgehoben, dies aus verfahrensrechtlichen Gründen, da die Beibringung einer für eine Eintragung erforderlichen Bewilligung des unmittelbar Betroffenen nicht mit einer rangwahrenden Zwischenverfügung verlangt werden kann.

**6** Sodann hat das Grundbuchamt mit weiterem Beschluss vom 22.10.2019 den Löschantrag der Beteiligten zurückgewiesen und dies auf seine unveränderte Rechtsauffassung über die Erforderlichkeit der Beibringung einer Löschungsbewilligung der Ersatznacherben gestützt.

**7** Hiergegen wenden sich die Beteiligten mit ihrer Beschwerde vom 29.10.2019, mit der sie – wie bereits im Zusammenhang mit ihrer Beschwerde gegen die Zwischenverfügung – einwenden, es bedürfe keiner Zustimmung der Ersatznacherben zur Löschung des Nacherbenvermerks, wenn ein Grundstück aufgrund einer Vereinbarung zwischen Vor- und Nacherben aus dem Nachlass ausscheide. Eine Zustimmung der Ersatznacherben sei nur dann erforderlich, wenn das Anwartschaftsrecht des Nacherben als Ganzes übertragen werden solle; bei einer Verfügung über nur einen einzelnen Nachlassgegenstand gelte das nicht.

**8** Das Grundbuchamt hat unter dem 4.11.2019 einen Nichtabhilfe- und Vorlagebeschluss erlassen.

(...)

**10** II. Die gemäß § 71 Abs. 1, §§ 72, 73 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde der Beteiligten ist dem Senat aufgrund der vom Grundbuchamt mit weiterem Beschluss vom 4.11. erklärten Nichtabhilfe zur Entscheidung angefallen, § 75 GBO.

**11** Die Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg. Der Senat hat bereits in seinem Beschluss vom 29.8.2019 unter Ziffer II. – ohne Bindungswirkung – die Gründe dargelegt, aufgrund derer die von den Beteiligten begehrte Löschung des im Grundbuch eingetragenen Nacherbenvermerks Zustimmungserklärungen der Ersatznacherben voraussetzt. Der Senat verweist auf diese Ausführungen und hält an diesem Ergebnis nach Prüfung fest.

**12** Die Löschung eines Nacherbenvermerks im Grundbuch setzt nach herrschender Auffassung voraus, dass ent-

weder die Bewilligung aller Nach- und etwaiger Ersatzerben vorliegt oder die Grundbuchunrichtigkeit nach §§ 22, 29 GBO nachgewiesen ist (vgl. OLG München, BeckRS 2019, 11660; BeckOGK-BGB/Küpper, Stand: 15.7.2019, § 2100 Rdnr. 149 f.; Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 51 Rdnr. 37; jew. m. w. N.). Im hiesigen Verfahren ist zu entscheiden über die Löschung eines im Grundbuch eingetragenen Nacherbenvermerks aufgrund nachgewiesener Unrichtigkeit des Grundbuchs, §§ 22, 29 GBO. Dieser Nacherbenvermerk ist eingetragen nicht an dem ursprünglich zum Nachlass gehörenden – ungeteilten – Grundbesitz des Vaters des Beteiligten zu 1, sondern an dem nach Teilung in Wohnungseigentum entstandenen hälftigen Miteigentumsanteil des Beteiligten zu 1.

**13** Dazu ist zunächst zu bemerken, dass offensichtlich alle mit der Eintragung des verfahrensgegenständlichen Nacherbenvermerks im Grundbuch Befassten – sowohl die Beteiligten des hiesigen Verfahrens und ihr Verfahrensbevollmächtigter als auch das Grundbuchamt – das Testament des Vaters des Beteiligten zu 1 dahin ausgelegt haben, dass der Erblasser dem Beteiligten zu 1 den ½-Miteigentumsanteil des im Grundbuch von Weeze auf Blatt (...) eingetragenen Grundbesitzes im Wege der Einsetzung als Vorerbe zugewandt hat und dass – trotz der im Testament unter C. II. gewählten Bezeichnung der Zuwendung als Vermächtnis – kein Fall der Anordnung eines Vor- und Nachvermächtnisses, §§ 2191, 2110 Abs. 1 BGB, vorliegt. Dem kann sich der Senat aufgrund einer Würdigung des übrigen Inhaltes des Testaments, insbesondere der unter C. II. Ziffer 4 getroffenen Verfügungen, im Ergebnis anschließen, vertiefter Erörterungen bedarf es mit Blick auf das einhellige Verständnis des Testamentsinhaltes nicht.

**14** Ohne Erfolg machen die Beteiligten geltend, eine Zustimmung der Ersatznacherben zur Löschung des im Grundbuch eingetragenen Nacherbenvermerks sei entbehrlich, da durch die in der notariellen Urkunde vom 13.6.2019 vereinbarte Freigabe des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes die Unrichtigkeit des Grundbuchs gemäß §§ 22, 29 GBO nachgewiesen werde.

**15** Die Unrichtigkeit eines eingetragenen Nacherbenvermerks bestimmt sich nach materiellem Erbrecht. Sie ist gegeben, wenn hinsichtlich des konkreten Grundstücks oder Grundstücksrechts, bei dem der Nacherbenvermerk eingetragen ist, das Nacherbenrecht im Zeitpunkt der Entscheidung über den Antrag nicht (mehr) besteht. Das ist unter anderem dann der Fall, wenn die Nacherbfolge nach Eintragung des Vermerks weggefallen ist (Keller/Munzig, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 2019, § 51 Rdnr. 49). Eine Nacherbfolge ist nachträglich weggefallen und kann nicht mehr eintreten, wenn der Vorerbe materiellrechtlich wirksam – sei es mit Zustimmung oder nach Genehmigung der Nacherben, sei es aufgrund seiner Stellung als befreiter Vorerbe, § 2136 BGB – über das nacherbenbehafte Grundstückseigentum oder -recht verfügt. Es entspricht einhelliger Auffassung, dass es einer Zustimmung der Ersatznacherben zu einer Verfügung des Vorerben über das nacherbenbehafte Grundstück bzw. das Grundstücksrecht weder materiellrechtlich noch grundbuchverfahrensrechtlich bedarf (vgl. Keller/Munzig, Grundbuchrecht, § 51 Rdnr. 53 m. w. N.).

**16** Von einer Verfügung des Vorerben über das nacherbenbehafte Grundstück oder das Grundstücksrecht zu unter-

scheiden ist jedoch die – auch hier gegebene – Situation einer Verfügung zwischen Vor- und Nacherben über die Nacherbenbindung des Grundstücks bzw. des Rechts an ihm. Die Möglichkeit einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung zwischen Vor- und Nacherben darüber, ein zum Nachlass gehörendes und der Nacherbenbindung unterliegendes Grundstück aus der Nacherbenfolge zu entlassen, ist im Grundsatz wohl ebenfalls allgemein anerkannt; unterschiedliche Auffassungen bestehen in Bezug auf die dogmatische Herleitung und in der Begründung. Ebenfalls überwiegend anerkannt ist weiter, dass auch eine solche Verfügung unabhängig von einer Zustimmung des Ersatznacherben materiellrechtlich wirksam ist und grundbuchverfahrensrechtlich die Löschung des Nacherbenvermerks wegen nachgewiesener Unrichtigkeit des Grundbuchs ermöglicht (vgl. Keller/Munzig, Grundbuchrecht, § 51 Rdnr. 53; BeckOK-GBO/Zeiser, Stand: 15.12.2019, § 51 Rdnr. 107; BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, Stand: 15.1.2020, § 2111 Rdnr. 104 ff.; Palandt/Weidlich, 78. Aufl. 2019, § 2100 Rdnr. 18; OLG München, FGPrax 2018, 65 und BeckRS 2019, 11660; OLG Hamm, FGPrax 2016, 199; 'Jew. m. w. N.; siehe auch Keim, DNotZ 2016, 751 ff., insbesondere 767 f.; kritisch und das Erfordernis einer Einbeziehung der Ersatznacherben bejahend: BeckOK-GBO/Zeiser, § 51 Rdnr. 108a).

**17** Bei Prüfung der Frage, ob die vorstehend dargestellten Grundsätze zur materiellrechtlichen Wirksamkeit einer rechtsgeschäftlichen Freigabevereinbarung ohne Mitwirkung der Ersatznacherben auf den vorliegenden Fall übertragen werden können, ist die hier gegebene Besonderheit zu berücksichtigen, dass es sich bei dem verfahrensgegenständlichen Grundbesitz um den einzigen nacherbengebundenen Nachlassgegenstand handelt. Entsprechendes ergibt sich aus einer Auslegung des notariellen Testaments des Erblassers vom 25.1.2012.

**18** In seinem Testament vom 25.1.2012 hat der Erblasser den Beteiligten zu 1 als Erben zu 1/3-Anteil eingesetzt, dies in der Stellung eines Vorerben. Im Abschnitt C des Testaments unter der Überschrift „Vermächtnisse“, hat der Erblasser dem Beteiligten zu 1 den verfahrensgegenständlichen Grundbesitz zugewandt. Unter der Ziffer 4 hat der Erblasser weiter verfügt, dass (a) der verfahrensgegenständliche Grundbesitz der Vor- und Nacherbschaft unterliege. Als Voraus, der nicht der Nacherbenbindung unterliege, erhalte der Beteiligte zu 1 den Erbanteil am beweglichen Vermögen (b).

**19** Somit betrifft die zwischen den Beteiligten zu 1 bis 3 getroffene Vereinbarung vom 13.6.2019 über die Freigabe des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes aus der Nacherbschaft den einzigen Nachlassgegenstand, der der Nacherbenbindung unterliegt. Insofern weicht der hiesige Fall auch von dem Sachverhalt ab, der der Entscheidung des OLG München, BeckRS 2019, 11660, zugrunde lag und auf die die Beteiligten ihre Rechtsauffassung maßgeblich stützen. Das OLG München hatte über die Zulässigkeit einer Vereinbarung zwischen Vor- und Nacherben über ein zum Nachlass gehörendes Grundstück zu befinden und dies mit Blick auf weitere zum Nachlass gehörende Erbschaftsgegenstände bejaht.

**20** Nach Auffassung des Senats ist bei Beantwortung der Frage nach der Zulässigkeit von Verfügungen zwischen Vor-

und Nacherben über die Nacherbenbindung auch den Interessen des Ersatznacherben und seiner Schutzbedürftigkeit vor ihn beeinträchtigenden Verfügungen Rechnung zu tragen. Seine Schutzbedürftigkeit vor Verfügungen über die Freigabe von Nachlassgegenständen aus der Nacherbenbindung wird deutlich, wenn Folgendes in die Betrachtung einbezogen wird: Wäre es möglich bei einem Nachlass, der aus verschiedenen Nachlassgegenständen besteht, durch eine Vielzahl von Einzelfreigaben nahezu den gesamten Nachlass, der der Nacherbenbindung unterliegt, in das ungebundene Eigenvermögen des Vorerben zu überführen, entweder „Stück für Stück“ oder ggf. durch eine gebündelte Freigabe oder in Form einer sog. Allklausele, würde dies zu einer Aushöhlung des Nachlasses und damit zu einer unzulässigen Umgehung des Schutzes des Ersatznacherben führen (vgl. zu dieser Erwägung: Keim, a. a. O.; BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, § 2111 Rdnr. 128 ff.). Dass aber der Ersatznacherbe vor ihn beeinträchtigenden Verfügungen des Nacherben zu schützen ist, ist anerkannt. Der Ersatznacherbe hat ein – doppelt bedingtes – Anwartschaftsrecht in Bezug auf den Nachlass, der Nacherbe kann nur über sein Nacherbenrecht verfügen, nicht aber über die Anwartschaft des Ersatznacherben (OLG München, FGPrax 2015, 118; vgl. auch Palandt/Weidlich, § 2100 Rdnr. 16, allerdings hält Weidlich in Rdnr. 18 – ohne nähere Begründung – eine Zustimmung des Ersatznacherben auch dann nicht für erforderlich, wenn die Nacherbenbindung hinsichtlich aller oder aller wesentlichen Nachlassgegenstände aufgegeben wird). Der Nacherbe kann sein Anwartschaftsrecht nicht ohne Zustimmung des Ersatznacherben übertragen (BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, § 2111 Rdnr. 169; BeckOK-GBO/Zeiser, § 51 Rdnr. 27).

**21** Dagegen verneint Hartmann in seinem demnächst zur Veröffentlichung in der RNotZ anstehenden Aufsatz „Raus aus der Nacherbschaftsbindung! Aber wie?“, der zugleich eine Anmerkung zum Senatsbeschluss vom 29.8.2019 ist, die Schutzwürdigkeit des Ersatznacherben. Indes ist es nicht überzeugend, wenn Hartmann zwar einerseits darauf verweist, dass auch das Gesetz den Schutz des Anwartschaftsrechts des Ersatzerben kennt, etwa durch den Nacherbenvermerk, gleichwohl den Ersatznacherben für nicht schutzwürdig hält. Sinn und Zweck des gesetzlichen Schutzes des Ersatznacherben ist aber nach Auffassung des Senats nicht lediglich der Schutz einer rein formalen Position, sondern der Schutz der dahinter stehenden materiellen Position. Deshalb überzeugt auch die Auffassung von Neukirchen (RNotZ 2018, 357, 368), auf die in dem zur Veröffentlichung anstehenden Aufsatz Bezug genommen wird, nicht. Neukirchen hält ebenso wie Hartmann eine Zustimmung des Ersatznacherben in Fallkonstellationen wie im hiesigen Verfahren für entbehrlich und meint, das Anwartschaftsrecht des Ersatznacherben umfasse nur die Nacherbschaft an sich, nicht aber deren Bestand. Auch das liefe im Ergebnis auf den Schutz einer rein formalen Position, einer ggf. entleerten Hülle, hinaus.

**22** Ein weiterer Aspekt, der gegen die uneingeschränkte Zulässigkeit von Freigabeverfügungen spricht, ist die anderenfalls mögliche Gefährdung der Rechte der Nachlassgläubiger. Würde durch eine Vielzahl von Einzelfreigaben der gesamte Nachlass in das ungebundene Eigenvermögen des Vorerben überführt, bestünde der Nachlass nur noch als formale Posi-



tion, den Nachlassgläubigern ginge ihr Haftungssubstrat verloren (vgl. zu dieser Erwägung: BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, § 2111 BGB Rdnr. 129; dagegen Hartmann in seinem demnächst zur Veröffentlichung anstehenden Aufsatz in der RNotZ, der eine analoge Anwendung von § 2382 BGB befürwortet).

**23** Problematisch und bislang – soweit ersichtlich – in der Rechtsprechung nicht entschieden, ist die Frage, anhand welcher Kriterien die Zulässigkeit von Einzelfreigaben zu bestimmen ist. In der Literatur (vgl. Keim, a. a. O.; BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, § 2111 Rdnr. 130) vorgeschlagen wird eine Orientierung an ähnlichen Vorschriften, die ebenfalls einen Schutz der Gläubiger bezwecken. Zurückgegriffen werden könne etwa auf die zu § 419 BGB a. F. entwickelten Grundsätze, nach der ein gesetzlicher Schuldbeitritt des Erwerbers dann eintrat, wenn der übertragene Einzelgegenstand 90 % des Gesamtvermögens ausmachte. Erwogen wird auch eine Parallele zum Erbschaftsverkauf, §§ 2371 ff. BGB. Eine Haftung des Käufers für Nachlassverbindlichkeiten (§ 2382 BGB) trete dann ein, wenn sich der Verkauf auf „nahezu die ganze Erbschaft“ beziehe. Das könne sich ebenfalls nach den zu § 419 a. F. BGB entwickelten Grundsätzen oder nach denjenigen zur Anwendung der Verfügungsbeschränkung des § 1365 BGB richten. Dabei habe die im Rahmen von § 1365 BGB gemachte Einschränkung, nach der der Erwerber beim Erwerb eines Einzelgegenstandes auch wissen müsse, dass es sich um das gesamte oder nahezu das gesamte Vermögen handle, bei Rechtsgeschäften zwischen Vor- und Nacherben keine Bedeutung, da den Beteiligten als Erben diese Verhältnisse naturgemäß bekannt seien. Insgesamt sachgerecht sei eine Orientierung am Wert des Nachlasses, nicht an der Zahl der Nachlassgegenstände, denn die Zahl der Gegenstände als rein quantitatives Kriterium besage regelmäßig nichts darüber, ob durch das in Rede stehende Rechtsgeschäft der Nachlass wertmäßig entleert werde.

**24** Eine Entscheidung des Senats darüber, wie die (Wert-)Grenze für die Zulässigkeit einer Einzelfreigabe zu bestimmen ist, ist im hier zu beurteilenden Einzelfall entbehrlich, denn – wie gezeigt – handelt es sich bei dem verfahrensgegenständlichen Grundbesitz um den einzigen Nachlassgegenstand, für den der Erblasser die Nacherbschaft angeordnet hat, sodass seine Freigabe unzweifelhaft und ohne Weiteres zu einer Entleerung des Nachlasses führt.

**25** Demzufolge ist die hier von den Beteiligten mit notariellem Vertrag vom 13.6.2019 vereinbarte Freigabe des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes aus der Nacherbenbindung materiellrechtlich unwirksam, denn eine Zustimmung der Ersatznacherben zu dieser den gesamten Nachlass betreffenden Verfügung ist erforderlich und liegt nicht vor. Das bedeutet für das grundbuchrechtliche Verfahren, dass die von den Beteiligten begehrte Löschung des Nacherbenvermerks nicht wegen nachgewiesener Grundbuchunrichtigkeit nach §§ 22, 29 GBO erfolgen kann. Beigebracht werden muss stattdessen die Bewilligung aller Ersatznacherben.

**26** Ohne Einfluss auf dieses Ergebnis ist, dass nach Maßgabe der aktuellen Eintragungen im Grundbuch der in Abteilung II unter der laufenden Nr. 1 eingetragene Nacherbenvermerk keinen Hinweis auf die angeordnete Ersatznacherbschaft ent-

hält und deshalb nicht den gesetzlichen Vorschriften entspricht (vgl. OLG Hamm, NJW-RR 2016, 392; Demharter, GBO, § 51 Rdnr. 16 f.). Diese Unvollständigkeit rechtfertigt die von den Beteiligten begehrte Löschung des Nacherbenvermerks keinesfalls, denn anderenfalls käme es gleichsam zu einer „doppelten“ und nicht gerechtfertigten Benachteiligung der Ersatznacherben, würde ihre Zustimmung mit der Begründung für entbehrlich gehalten werden, dass die angeordnete Ersatznacherbschaft schon nicht im Grundbuch eingetragen sei.

**27** Insofern dürfte für das Grundbuchamt Anlass bestehen, den Nacherbenvermerk von Amts wegen zu ändern bzw. zu vervollständigen (vgl. zur Berichtigung des Nacherbenvermerks: Demharter, GBO, § 51 Rdnr. 18, § 22 Rdnr. 22).

**28** III. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst, denn die Kostentragungspflicht der Beteiligten ergibt sich bereits aus dem Gesetz, § 22 Abs. 1, § 25 Abs. 1 GNotKG.

**29** Die Wertfestsetzung beruht auf § 61 Abs. 1, § 36 Abs. 3 GNotKG.

**30** Mit Blick auf die im einzelnen ungeklärte Frage, ob und in welchen Grenzen eine Freigabe von Nachlassgegenständen aus der Nacherbenbindung ohne Zustimmung des Ersatznacherben zulässig ist, lässt der Senat die Rechtsbeschwerde zu, § 78 Abs. 2 Satz 1 GBO.

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor **Andreas Friedberger**,  
Roth b. Nürnberg

Das OLG Düsseldorf hatte über einen Beschluss des zuständigen Grundbuchamts zu entscheiden, in dem dieses den Antrag zur Löschung eines Nacherbenvermerks mit der Begründung zurückgewiesen hat, das Grundbuch sei durch die Veräußerung des Grundbesitzes bezüglich des Nacherbenvermerks nicht unrichtig geworden.

Zentrale Rechtsfrage war dabei, ob das streitige Grundstück durch Vereinbarung zwischen Vor- und Nacherben wirksam aus der Nacherbschaft herausgenommen und in das freie Vermögen des Vorerben überführt worden ist.

In tatsächlicher Hinsicht lag die Besonderheit vor, dass die Nacherbschaft allein aus dem streitigen Grundstück bestand.

#### 1. Rechtliche Einordnung

Im Rahmen von Rechtsgeschäften zwischen Vor- und Nacherben über mit der Nacherbfolge belastete Gegenstände zur Beendigung der Nacherbschaftsbindung wird im Wesentlichen zwischen der Übertragung des Anwartschaftsrechts des Nacherben auf den Vorerben und Vereinbarungen zwischen Vor- und Nacherben über die Entlassung von Einzelgegenständen aus der Nacherbfolge in das freie Vermögen des Vorerben unterschieden.<sup>1</sup>

Die Übertragung des Anwartschaftsrechts des Nacherben auf den Vorerben lässt nach herrschender Auffassung das

<sup>1</sup> Palandt/Weidlich, 79. Aufl. 2020, § 2100 Rdnr. 18; Hartmann, RNotZ 2020, 148 ff.

Anwartschaftsrecht des Ersatznacherben unberührt, da der Nacherbe über das Anwartschaftsrecht des Ersatzerben nicht verfügen kann.<sup>2</sup>

Vereinbarungen über mit der Nacherbschaft belastete Gegenstände bedürfen dagegen – jedenfalls grundsätzlich – nicht der Zustimmung der Ersatznacherben.<sup>3</sup> Der von § 2113 BGB befreite Vorerbe kann gemäß § 2112 BGB auch über Grundstücke verfügen. Es macht aus der Sicht des Ersatznacherben keinen Unterschied, ob ein der Nacherbschaft unterliegender Nachlassgegenstand in das freie Vermögen des Vorerben oder an einen Dritten übertragen wird.<sup>4</sup> In jedem Fall geht dieser Gegenstand nicht mit Eintritt der Ersatznacherbfolge auf ihn über.

Umstritten und bislang nicht höchstrichterlich geklärt ist die Frage, ob auch Vereinbarungen über einzelne Gegenstände einer Zustimmung des Ersatznacherben bedürfen, wenn sie das gesamte oder wesentlich gesamte Vermögen der Nacherbschaft ausmachen.

## 2. Auffassung des Gerichts

Das OLG Düsseldorf bejaht diese Frage mit Teilen der Literatur<sup>5</sup> und begründet seine Auffassung im Wesentlichen damit, dass der Ersatznacherbe schutzbedürftig sei. Denn der Ersatznacherbe habe ein Anwartschaftsrecht, das der Nacherbe nicht beseitigen könne. Sein Anwartschaftsrecht dürfe nicht durch die Vereinbarung zwischen Vor- und Nacherben ausgehöhlt werden.

Die Rechtsordnung kenne diesen Schutz insbesondere auch mit der Möglichkeit des Ersatznacherbenvermerks an. Zudem werde durch die Überführung in das freie Vermögen des Vorerben den Nachlassgläubigern ihr Haftungssubstrat entzogen.

## 3. Stellungnahme

Dieser Auffassung stehen jedoch erhebliche – auch hier geteilte Bedenken – entgegen.<sup>6</sup>

a) Die Vereinbarung zwischen Vor- und Nacherben über die Herausnahme eines Nachlassgegenstandes aus Nacherbenbindung stellt sich – wie oben ausgeführt – aus der Sicht des Ersatznacherben nicht anders dar als eine Einzelverfügung des Vorerben über einen Nachlassgegenstand an

einen Dritten.<sup>7</sup> § 2112 BGB differenziert dabei nicht, ob es sich bei den über die verfügten Einzelgegenstände um die einzigen oder die wertmäßig wesentlichen Nachlassgegenstände handelt. Vor diesem Hintergrund ist nicht einzusehen, warum der Ersatznacherbe im Rahmen von Vereinbarungen zwischen Vor- und Nacherbe schutzbedürftiger sein soll als im Rahmen von Einzelverfügungen des Vorerben an einen Dritten. Denn wenn die Schutzbedürftigkeit des Ersatznacherben eine Aushöhlung des Nachlasses verbietet, müsste dies auch für Verfügungen des Vorerben an Dritte gelten, was in der Systematik der §§ 2111, 2112, 2113, 2136 BGB nicht angelegt ist.<sup>8</sup>

b) Darüber hinaus stellt sich die Frage, woraus sich die vom Gericht angeführte Schutzbedürftigkeit des Ersatznacherben ergeben soll.

aa) Ausgangspunkt muss der im Einzelfall zu ermittelnde Erblasserwille sein. Sieht man von den Fällen ab, in denen die Nacherbfolge zum Schutz des Vorerben vor Dritten angeordnet und es dem Erblasser damit umso weniger auf einen Schutz des Ersatznacherben ankommen wird, wird es für ihn besonders wichtig sein, den Nacherben vor dem Vorerben zu schützen. Der Nachlass soll – aus welchem Grund auch immer – in erster Linie für den Nacherben erhalten werden.<sup>9</sup> Nur wenn der Nacherbe vor Eintritt der Nacherbfolge wegfällt, soll der Ersatznacherbe in seine Position treten.<sup>10</sup> Verzichtet der Nacherbe gegenüber dem Vorerben auf diesen Schutz, hat sich aus der Sicht des Erblassers der Zweck der angeordneten Nacherbfolge erfüllt.<sup>11</sup>

bb) Dies zeigt *Weidlich* in seiner in der ZEV 2020, 550 erschienenen Anmerkung zur hier besprochenen Entscheidung an § 2108 Abs. 2 BGB: Danach ist das Anwartschaftsrecht des Nacherben grundsätzlich vererblich und fällt ohne abweichende Anordnung des Erblassers in den Nachlass der Erben des Nacherben. Dem Erben des Nacherben kann aber keine bessere Position zustehen als dieser sie bei Erleben des Nacherbfalls gehabt hätte. Hat der Nacherbe zu Lebzeiten einen mit der Nacherbschaft belasteten Gegenstand in das freie Vermögen des Vorerben überführt, fällt er nicht mehr in den Nachlass des Nacherben. Dies muss auch gelten, wenn der Erblasser durch Abbedingung der Vererbbarkeit eine andere Person als Ersatznacherben eingesetzt hat, da man ihm sonst unterstellen würde, allein durch eine Benennung einer anderen Person auch eine andere Rechtsstellung vermitteln haben zu wollen.

2 Palandt/*Weidlich*, 79. Aufl. 2020, § 2100 Rdnr. 16; *Hartmann*, RNotZ 2020, 148, 149.

3 OLG Köln, Beschluss vom 16.2.2011, 2 Wx 22/11, Beck RS 2011, 10906; Palandt/*Weidlich*, 78. Aufl. 2019, § 2100 Rdnr. 18; *Hartmann*, RNotZ 2020, 148, 151.

4 OLG Köln, Beschluss vom 16.2.2011, 2 Wx 22/11, Beck RS 2011, 10906; OLG München, Beschluss vom 14.6.2019, 34 Wx 434/18, DNotZ, 2020, 134; Palandt/*Weidlich*, 79. Aufl. 2020, § 2100, Rdnr. 18.

5 *Keim*, DNotZ 2016, 751, 767; BeckOK-BGB/*Müller-Christmann*, Stand: 15.6.2020, § 2111 Rdnr. 127, 128.

6 *Hartmann*, RNotZ 2020, 148, 152 f.; *Neukirchen*, RNotZ 2018, 357, 368; *Weidlich*, MittBayNot 2017, 166, 169.

7 OLG Köln, Beschluss vom 16.2.2011, 2 Wx 22/11, Beck RS 2011, 10906; OLG München, Beschluss vom 14.6.2019, 34 Wx 434/18, DNotZ, 2020, 134; Palandt/*Weidlich*, § 2100, Rdnr. 18.

8 *Hartmann*, RNotZ 2020, 148, 152; *Weidlich*, MittBayNot 2017, 167, 169.

9 OLG Hamm, Beschluss vom 13.5.2016, I-15 W 594/15, MittBayNot 2017, 166, 166.

10 OLG Hamm, Beschluss vom 13.5.2016, I-15 W 594/15, MittBayNot 2017, 166, 166.

11 OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 13.8.2019, 8 U 99/18, ZEV 2020, 364, 365, *Friederich*, Rechtsgeschäfte zwischen Vorerben und Nacherben, 1999, Rdnr. 200.

cc) Die fehlende Vermittlung einer Schutzposition durch den Erblasser zugunsten des Ersatznacherben führt aber – anderes als vom OLG Düsseldorf argumentiert – nicht dazu, dass das Anwartschaftsrecht des Ersatznacherben eine entleerte, rein formale Rechtsposition darstellt. Dessen Schutzzweck – auch mit der Möglichkeit des Ersatznacherbenvermerks gemäß § 51 GBO – besteht vornehmlich darin, den Ersatznacherben für den Fall des Eintritts des Ersatznacherbfalls vor Verfügungen des Vorerben genauso zu schützen wie auch der Nacherbe geschützt worden wäre. Gegenüber Verfügungen unter Mitwirkung des Nacherben stellt das Anwartschaftsrecht des Ersatznacherben aus genannten Gründen dagegen tatsächlich nur eine – wenn man so will formale – Rechtsposition dar, die sich auf den Schutz vor Entzug des Anwartschaftsrechts – und sei es nur als leere Hülle – beschränkt.<sup>12</sup>

dd) Kommt es dem Erblasser dagegen darauf an, der Person des Ersatznacherben einen Schutz auch gegenüber der Person des Nacherben zukommen zu lassen, dann sieht das Gesetz die Möglichkeit der sog. gestaffelten Nacherbfolge vor, also der Beschwerung der Person des Nacherben mit einer Nacherbschaft zugunsten der Person des Ersatznacherben.<sup>13</sup>

c) Grundgedanke des historischen Gesetzgebers des BGB war es, die Verkehrsfähigkeit von Vermögensgegenständen zu gewährleisten. Insbesondere sollte durch die Beschränkung der gestaffelten Nacherbfolge gemäß § 2109 BGB eine übermäßig lange Vinkulierung des nachgelassenen Vermögens verhindert werden.<sup>14</sup>

Vor diesem Hintergrund erscheint es zweifelhaft, dass es dem Willen des historischen Gesetzgebers entspricht, bei Vereinbarungen zwischen Vor- und Nacherben über der Nacherbfolge unterliegenden Gegenstände die Zustimmung von (potenziellen) Ersatznacherben unabhängig von den Voraussetzungen des § 2109 BGB zu fordern, obwohl es dem Erblasser im Rahmen der Anordnung der Nacherbfolge – anders als im Fall der Anordnung der gestaffelten Nacherbfolge – gerade nicht auf den Schutz des Ersatznacherben angekommen ist.

d) Auch kann das Argument der Schutzbedürftigkeit der Nachlassgläubiger nicht überzeugen. Zwar sind die Nachlassgläubiger vor einer wirtschaftlichen Aushöhlung des Nachlasses zu schützen, dem Ersatznacherben eine Schutzposition aber nur zu diesem Zweck zuzuweisen, ist jedoch nicht nachvollziehbar. Vielmehr ist der Schutz der Nachlassgläubiger, wie von *Hartmann* vorgeschlagen, auch durch analoge Anwendung des § 2382 BGB zu erreichen,<sup>15</sup> ohne dass dafür eine Schutzposition des Ersatznacherben konstruiert werden müsste, die es sonst nicht geben würde.

<sup>12</sup> *Friederich*, Rechtsgeschäfte zwischen Vorerben und Nacherben, Rdnr. 200.

<sup>13</sup> OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 13.8.2019, 8 U 99/18, ZEV 2020, 364, 365; OLG Hamm, Beschluss vom 13.5.2016, I-15 W 594/15, MittBayNot 2017, 166, 166.

<sup>14</sup> Mot. V 90, 91.

<sup>15</sup> *Hartmann*, RNotZ 2020, 148, 152.

#### 4. Fazit und Ausblick

Aus den genannten Gründen erscheint es – nicht nur im Hinblick auf die Verkehrsfähigkeit von betroffenen Grundstücken – vorzugswürdig, keine Zustimmung des Ersatznacherben für die Herausnahme von einzelnen oder allen der Nacherbfolge unterliegenden Nachlassgegenstände in das freie Vermögen des Vorerben zu fordern.

Folgt man dennoch dem OLG Düsseldorf, wird man im Rahmen von Vereinbarungen zwischen Vor- und Nacherben über die Überführung von Grundstücken in das freie Vermögen des Vorerben oft nicht um die Zustimmung der Ersatznacherben, ggf. durch einen Ergänzungspfleger gemäß § 1913 BGB, herumkommen. Zum einen stellen Grundstücke rein tatsächlich oft wertmäßig die wesentlichen Nachlassgegenstände dar, zum anderen ist bislang ungeklärt, ab wann ein Grundstück wertmäßig den wesentlichen Nachlass ausmacht, auch wenn bereits einige Vorschläge<sup>16</sup> dazu diskutiert werden. Weiterhin dürfte dann (erneut) die Frage virulent werden, ob die Zustimmung der Ersatznacherben und damit erst recht der Nacherben auch im Rahmen von Übertragungen von den wertmäßig wesentlichen Nachlassgegenständen durch den Vorerben auf Dritte erforderlich ist, was die Verkehrsfähigkeit von unter der Nacherbfolge liegenden Grundstücken weiter erheblich einschränken würde.

<sup>16</sup> *Keim*, DNotZ 2016, 751, 767; BeckOK-BGB/Müller-Christmann, § 2111 Rdnr. 128.

## 14. Ausschlagung des Zweitnachlasses

OLG München, Beschluss vom 11.3.2020, 31 Wx 74/20

BGB § 1931 Abs. 3, § 1944 Abs. 1, § 1952 Abs. 1

### LEITSÄTZE:

1. Die Ausschlagung des Zweitnachlasses führt zum Wegfall der Erbenstellung in Bezug auf den Erstnachlass. Insofern ist für eine Annahme der Erbschaft in Bezug auf den Erstnachlass kein Raum.
2. Da der Erbeserbe den Erstnachlass nur als Bestandteil des Zweitnachlasses erhält, verliert er mit der Ausschlagung des Zweitnachlasses auch das Annahme- und Ausschlagungsrecht hinsichtlich des Erstnachlasses. (Leitsatz der Schriftleitung)

Der Volltext der Entscheidung erscheint demnächst in der DNotZ.

## 15. Testamentsauslegung durch Grundbuchamt bei Anordnung eines Vorausvermächtnisses

OLG Hamm, Beschluss vom 21.1.2020, 15 W 433/19

BGB § 2110 Abs. 2, § 2113

GBO §§ 51, 71

### LEITSÄTZE:

- 1. Ist mehreren Vorerben durch notarielle Verfügung von Todes wegen ein Vorausvermächtnis an einem Grundstück zugewandt worden und erfolgt die Übertragung dieses Grundstücks in Erfüllung dieses Vorausvermächtnisses, so ist die Entgeltlichkeit dieser Verfügung nachgewiesen.**
- 2. Bei einer Mehrheit von Vorerben ist das Vorausvermächtnis nicht in dem Erbschein aufzunehmen.**
- 3. Die Übertragung von Grundbesitz in Erfüllung eines Vorausvermächtnisses ist als entgeltlich anzusehen.**
- 4. Ein Vorausvermächtnis ist nur dann im Erbschein auszuweisen, wenn es lediglich einen Vorerben gibt.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** I. In dem Grundbuch von M Blatt (...)32 ist Herr L H als Alleineigentümer eingetragen. Aus seiner Ehe mit Frau J H sind vier Kinder hervorgegangen, die Beteiligten zu 1 bis 4 dieses Verfahrens.

**2** Mit handschriftlichem Ehegattentestament vom 12.1.2016 setzten die Eheleute L und J H sich gegenseitig zu Alleinerben ein. Für die vier Kinder setzten sie unter I. ihres gemeinschaftlichen Testaments Vorausvermächtnisse aus, u. a. sollte das Grundstück an der X-Straße in M – der hier betroffene Grundbesitz – für den Fall, dass L H als Erster versterben würde, zu gleichen Teilen auf die gemeinsamen Kinder übergehen.

**3** Unter II. ihres handschriftlichen Testaments bestimmten die Eheleute H u. a. das Folgende:

„Sollten wir (...) in Folge eines einheitlichen Ereignisses versterben oder aber nach dem Tod des Letztversterbenden von uns gilt:

**4** Unsere gemeinsamen leiblichen Abkömmlinge sind Erben zu gleichen Teilen.

(...) Sollte die Ehefrau Letztversterbende sein, so erhalten die Abkömmlinge als Vorabvermächtnis ohne Anrechnung auf ihren Erbteil die Vermächtnisse die unter I. aufgeführt sind.

(...)

Die Abkömmlinge sind nicht befreite Vorerben bzw. Vorvermächtnisnehmer. Sie sind befreit, soweit das Gesetz eine Befreiung zulässt. Nacherben bzw. Nachvermächtnisnehmer sind deren Abkömmlinge zu gleichen Teilen.  
(...)”

**5** Herr L H verstarb am 21.11.2018. Das vorgenannte Ehegattentestament wurde am 22.1.2019 eröffnet (AG Tecklenburg 26 IV 27/19).

**6** Mit der am 7.2.2019 beim Nachlassgericht eingegangenen notariellen Urkunde vom 6.2.2019 (UR-Nr. [...]7/2019 der Notarin JUDr G in M) erklärte Frau J H die Ausschlagung der Erbschaft.

**7** Auf den Antrag des Beteiligten zu 2 erteilte das Nachlassgericht unter dem 15.4.2019 einen Erbschein, der die Beteiligten zu 1 bis 4 als Miterben zu je  $\frac{1}{4}$  ausweist. Der Erbschein enthält zudem den Hinweis, dass Nacherfolge angeordnet ist und Nacherben die leiblichen Abkömmlinge der Beteiligten zu 1 bis 4 sind (AG Tecklenburg, 26 VI 83/19).

**8** In dem notariellen Vertrag vom 17.5.2019 (UR-Nr. [...]6/2019 der Notarin JUDr G) haben die Beteiligten zu 1 bis 4 einen „Vertrag über eine Erbauseinandersetzung“ geschlossen. Nach der Vorbemerkung, dass sie sich über den weiteren Nachlass schon auseinandergesetzt haben, haben sich die Beteiligten zu 1 bis 4 über die Immobilien, Fondsbeteiligungen und Unternehmen auseinander gesetzt.

**9** Die hier in Rede stehende Immobilie sollen die Beteiligten zu 1 und 4 zu je  $\frac{1}{2}$  Miteigentumsanteil erhalten. Sodann haben die Beteiligten zu 1 bis 4 als Erbengemeinschaft nach L H je  $\frac{1}{2}$  Miteigentumsanteil auf die Beteiligten zu 1 und 4 übertragen und die Eintragung des Eigentumsübergangs im Grundbuch beantragt.

**10** Mit Zwischenverfügung vom 5.8.2019 hat das Grundbuchamt den Vollzug der Eigentumsumschreibung davon abhängig gemacht, dass die Beteiligten zu 1 bis 4 entweder nachweisen, dass die Verfügung über das Grundstück nicht unentgeltlich nach § 2113 Abs. 2 BGB erfolgt ist, oder aber die Zustimmung der Nacherben zu dieser Verfügung in der Form des § 29 GBO nachzuweisen. Gegen diese Verfügung richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1 bis 4 vom 22.10.2019, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 23.10.2019 nicht abgeholfen und die es dem Senat zur Entscheidung vorgelegt hat.

**11** II. Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 bis 4 gegen die Zwischenverfügung ist zulässig (§ 71 GBO) und führt in der Sache zu deren Aufhebung.

**12** Entgegen der vom Grundbuchamt in der Zwischenverfügung vertretenen Rechtauffassung kann der Vollzug der Eigentumsumschreibung nicht davon abhängig gemacht werden, dass die Entgeltlichkeit der Verfügung nachgewiesen wird, was regelmäßig nicht in der Form des § 29 GBO, sondern nur im Wege des Freibeweises erfolgen kann, oder eine grundbuchmäßige Zustimmung der Nacherben zu dieser Verfügung erfolgt.

**13** Das Grundbuchamt hat bei seiner rechtlichen Beurteilung nicht beachtet, dass der hier relevante Grundbesitz nicht der Nacherfolge unterliegt, weil er den Beteiligten zu 1 bis 4 im Wege des Vorausvermächtnisses zugewandt worden ist (§ 2110 Abs. 2 BGB), und zwar zu freiem Recht (vgl. dazu nur Staudinger/Otte, Neub. 2013, § 2110 Rdnr. 10). Da die Übertragung des Grundbesitzes letztlich in Erfüllung des Vorausvermächtnisses erfolgt, ist sie entgeltlich.



**14** Das Nachlassgericht ist bei der Erteilung des Erbscheins im Wege der Auslegung zutreffend zu dem Ergebnis gekommen, dass der Erblasser die Beteiligten zu 1 bis 4 nicht nur für die Fälle des gleichzeitigen Todes und des Zuletztversterbens des Erblassers zu seinen anteiligen Erben eingesetzt hat, sondern auch für den hier eingetretenen Fall, dass die Erbschaft der Ehefrau aufgrund der von ihr erklärten Ausschlagung nicht anfällt. Dabei hat das Nachlassgericht die Beteiligten zu 1 bis 4 in dem erteilten Erbschein zutreffend nur als Vorerben ausgewiesen.

**15** Das bedeutet aber nicht, dass zwangsläufig alle Nachlassgegenstände dem Nacherbenrecht unterliegen. Nach § 2110 Abs. 2 BGB erstreckt sich das Recht der Nacherben im Zweifel nicht auf ein dem Vorerben zugewandtes Vorausvermächtnis. Ob dem Vorerben/den Vorerben ein Vorausvermächtnis zu freiem Recht zugewandt worden ist, ist im Wege der Auslegung zu klären.

**16** Die dem Grundbuchamt mögliche Auslegung des Ehegattentestaments ergibt, dass der Erblasser den vier Beteiligten den hier relevanten Grundbesitz im Wege des Vorausvermächtnisses zu freiem Recht zugewandt hat.

**17** Ausdrücklich hat der Erblasser den Beteiligten zu 1 bis 4 die Vorausvermächtnisse nur für den Fall zugewandt, dass die Ehefrau Letztversterbende ist. Für den Fall, dass die Ehefrau Erbin geworden wäre, hätte sie die Vermächtnisse gegenüber den Beteiligten zu 1 bis 4 erfüllen müssen (I. des gemeinschaftlichen Testaments). Aus der Zusammenschau dieser Verfügungen ergibt sich eindeutige Wille des Erblassers, dass die vier Kinder den hier relevanten Grundbesitz in jedem Fall als Vorausvermächtnis und ohne Einschränkung gegenüber ihren Nacherben erhalten sollten. Im Falle des Letztversterbens der Ehefrau macht die Zuwendung eines Vorausvermächtnisses an die Vorerben zu freiem Recht nur noch in deren Verhältnis zu den Nacherben Sinn. Entsprechendes gilt, wenn die Ehefrau aufgrund der von ihr erklärten Ausschlagung nicht Erbin wird und deshalb die Vermächtnisse nicht erfüllen kann. Die testierenden Eheleute haben in dem von ihnen errichteten Testament auch deutlich zwischen Vor- und Nacherbschaft auf der einen Seite und Vorausvermächtnis/Nachvermächtnis auf der anderen Seite differenziert.

**18** Die Beteiligten zu 1 bis 4 hatten daher einen schuldrechtlichen Anspruch gegen die aus ihnen bestehende Erbengemeinschaft auf Übertragung des hier relevanten Grundbesitzes im Wege des Vorausvermächtnisses. Dieser Anspruch unterlag nicht dem Zustimmungsvorbehalt der Nacherben. Vorliegend haben die Beteiligten zu 1 bis 4 als Erbengemeinschaft aufgrund der zwischen ihnen erzielten Einigung den Grundbesitz nicht erst an alle Miterben übertragen, sondern nur an die beiden von ihnen gemeinsam bestimmten Miterben. Dieses ist nicht zu beanstanden. Zustimmungsvorbehalte der Nacherben hätten sich auch bei einer Übertragung des Eigentums auf alle vier Miterben und die nachfolgende Übertragung von diesen auf die Beteiligten zu 1 und 4 nicht ergeben. Konstruktiv kann in dem Verzicht auf die Übertragung des Vermächtnisgegenstands auch auf die Beteiligten zu 2 und 3 als Vermächtnisnehmer eine Ausschlagung dieses Vermächtnisses gesehen werden. Dass die Beteiligten zu 1 bis 4 die ihrer dinglichen Übertragung zugrunde liegende schuldrechtliche

Grundlage als Erbaueinandersetzung bezeichnet haben, stellt die Wirksamkeit der Übertragung nicht in Frage.

**19** Der Erbschein vom 15.4.2019 steht der entsprechenden Auslegung nicht entgegen.

**20** Nach der überwiegenden Rechtsprechung und Literatur ist ein Vorausvermächtnis nur dann ausdrücklich im Erbschein auszuweisen, wenn es einen einzigen Vorerben gibt (BGHZ 32, 60; Senat, ZErB 2015, 288; OLG Hamburg, FGPrax 2016, 133; Burandt/Rojahn/Lang, BGB, 3. Aufl., § 2110 Rdnr. 7; BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 2019, § 2110 Rdnr. 5). Bei einer Mehrheit von Vorerben hat der Miterbe/haben die Miterben, dem/denen ein Vorausvermächtnis zusteht, einen schuldrechtlichen Anspruch gegen die Erbengemeinschaft auf Übertragung des Vermächtnisgegenstands (Burandt/Rojahn/Lang, a. a. O.). Allerdings unterliegt auch in diesem Fall die Verfügung der Vorerben in Erfüllung des Vorausvermächtnisses nicht den Beschränkungen des § 2113 BGB, weil sie entgeltlich erfolgt. Das Bestehen des Vorausvermächtnisses ist aber nicht in den Erbschein aufzunehmen.

**21** Eine Kostenentscheidung, eine Entscheidung zur Wertfestsetzung und eine Entscheidung zur Zulassung der Rechtsbeschwerde sind wegen des Erfolgs der Beschwerde nicht veranlasst.

## 16. Unselbstständige Stiftung als testamentarische Erbin einer Kommanditistin

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.8.2019, I-3 Wx 231/17

BGB § 81 Abs. 1

FamFG § 58

HGB § 12 Abs. 1 Satz 4, § 106 Abs. 2, §§ 107, 143 Abs. 2, § 161 Abs. 2, § 177

### LEITSÄTZE:

- 1. Setzt die Kommanditistin einer GmbH & Co KG als ihre Erbin eine unselbstständige Stiftung ein, so hat dies – ohne, dass es hierzu der Auslegung der letztwilligen Verfügung bedarf, – zur Folge, dass deren Rechtsträger (hier: Gesellschaft der Freunde und Förderer [...] e. V.) Erbe und die Gesellschaft, mangels abweichender vertraglicher Bestimmung, mit dem Erben fortgesetzt wird.**
- 2. Zur – auch ohne Vorlage eines Erbscheins – nachzuweisenden Rechtsnachfolge bei Erbeinsetzung einer Stiftung durch notarielles Testament sowie der Rechtsträgerschaft durch die in einfacher Schriftform vorliegende Gründungssatzung bei ggf. durch vor dem Notar abzugebende eidesstattliche Versicherung des Vorstands auszuräumenden Zweifeln im Hinblick auf deren Fortgeltung.**
- 3. Eine Zwischenverfügung ist inhaltlich unzulässig, wenn der Antragsteller ernsthaft und endgültig zu erkennen gegeben hat, dass er nicht gewillt war, sei-**

**ne Anmeldung entsprechend den vom Registergericht genannten Anforderungen (hier: Vorlage eines Erbscheins sowie Erbringung des Erbfolgenachweises durch öffentliche Urkunde) zu ergänzen; in diesem Fall muss das Registergericht über den Eintragungsantrag entscheiden (st. Rspr. des Senats, FGPrax 2013, 14; ZEV 2016, 707).**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1 I.** Als Kommanditistin der betroffenen Gesellschaft (GmbH & Co KG) ist im Handelsregister A eingetragen. Sie verstarb am 15.7.2016. Sie hatte mehrere notarielle Testamente errichtet, in denen sie jeweils ihre früher getroffenen Verfügungen widerrief. Zuletzt berief sie mit notariellem Testament vom 27.5.2008 die „A Stiftung“ mit Sitz in Düsseldorf zu ihrer Alleinerbin, setzte verschiedene Vermächtnisse aus und bestimmte Testamentsvollstreckung. In einem weiteren notariellen Testament vom selben Tage änderte sie ihre Verfügungen zur Testamentsvollstreckung und ließ die übrigen Verfügungen unverändert bestehen.

**2** Ausweislich der Gründungsurkunde vom 21.3.1995 handelt es sich bei der A-Stiftung um ein zweckgebundenes Sondervermögen der Beteiligten zu 2 ([...] e. V.), der die treuhänderische Verwaltung des Stiftungsvermögens obliegt.

**3** Unter dem 29.5.2017 meldeten die Beteiligten zu 1 als persönlich haftende Gesellschafterin (GmbH) der betroffenen Gesellschaft und der Beteiligte zu 2 unter Bezugnahme auf die Nachlassakte AG Düsseldorf, 91 a IV 316/04, an, den Beteiligten zu 2 als Erben der A als neuen Kommanditisten mit dem Zusatz als Träger der nicht rechtsfähigen A Stiftung – hilfsweise ohne Zusatz – einzutragen.

**4** Mit Schreiben vom 3.7.2017 hat das Registergericht den Notar ersucht, einen Erbschein vorzulegen.

**5** Mit Zwischenverfügung vom 9.10.2017 hat das Registergericht die Eintragung davon abhängig gemacht, dass die Beanstandung aus dem gerichtlichen Schreiben vom 3.7.2017 behoben werde. Es hat ausgeführt, die als Erbin eingesetzte A Stiftung könne mangels Rechtsfähigkeit nicht Erbin werden. Ob nun der nach der Satzung der Stiftung bestimmte Träger an deren Stelle treten solle oder ob die Erbeinsetzung ins Leere gehe und deshalb gesetzliche Erbfolge eintrete, sei eine Frage der Auslegung. Diese obliege dem Nachlassgericht, sodass die Vorlage eines Erbscheins erforderlich sei. Darüber hinaus sei der Erbfolgenachweis – vorausgesetzt der Verein als Träger der nicht rechtsfähigen Stiftung solle Erbe sein – nicht durch öffentliche Urkunde erbracht, weil die eingereichte Satzung nur in einfacher schriftlicher Form vorliege.

**6** Dagegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten. Sie machen geltend, die Erbeinsetzung einer nicht rechtsfähigen Stiftung sei nicht unwirksam, sondern führe zu ihrem rechtsfähigen Träger. Das Registergericht habe also keine letztwillige Verfügung auszulegen, sondern lediglich den Rechtsträger festzustellen. Aus der vorgelegten Gründungsurkunde ergebe sich, dass es sich dabei um den Beteiligten zu 2 handle. Dabei sei die Vorlage der privatschriftlichen Urkunde ausreichend. Das Stiftungsgeschäft existiere nicht als öffentliche Urkunde und könne auch nicht nachgeholt werden, weil die Beteiligten schon verstorben seien. Die Existenz des Vereins könne durch

einen Vereinsregisterauszug nachgewiesen werden. Um die Nachweislücke zwischen Stiftung und Rechtsträger zu schließen, hätte sich das Registergericht mit einer eidesstattlichen Versicherung begnügen müssen.

**7** Mit weiterem Beschluss vom 30.10.2017 hat das Registergericht der Beschwerde nicht abgeholfen. Es hat ausgeführt, selbst aus der Antragstellung ergebe sich eine Auslegungsfrage, weil eine alternative Eintragung beantragt worden und demnach die Fassung der Eintragung dem Registergericht überlassen worden sei. Komme das Nachlassgericht zu dem Ergebnis, dass der Träger der nicht rechtsfähigen Stiftung Erbe sein solle, könne es durch Beweiserhebung feststellen, wer der Träger sei. Für die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung aufgrund fehlender Nachweismöglichkeit durch eine öffentliche Urkunde sei kein Raum.

(...)

**9 II.** Die gemäß §§ 58 ff. FamFG zulässige Beschwerde hat in der Sache schon deshalb Erfolg, weil das Registergericht nicht in Form der Zwischenverfügung hätte entscheiden dürfen.

**10** Die Zwischenverfügung ist inhaltlich unzulässig, weil die Beteiligten bereits in ihrem Schreiben vom 25.9.2017 sowie in ihrer Beschwerdebegründung ernsthaft und endgültig zu erkennen gegeben haben, dass sie nicht gewillt waren, ihre Anmeldung entsprechend den vom Registergericht genannten Anforderungen zu ergänzen. Das Registergericht hätte deshalb – auf der Basis seiner eigenen Rechtsauffassung – nicht durch Zwischenverfügung entscheiden, jedenfalls aber diese nicht aufrechterhalten dürfen, sondern über den Eintragungsantrag entscheiden müssen (vgl. Senat, FGPrax 2013, 14; ZEV 2016, 707).

**11** Vorsorglich sei in der Sache – ohne Bindungswirkung – bemerkt:

**12** Gemäß §§ 107, 143 Abs. 2, § 161 HGB sind das Ausscheiden eines verstorbenen Kommanditisten aus der Gesellschaft und der Eintritt seines Erben in die Gesellschaft von sämtlichen Gesellschaftern anzumelden, wobei im Falle des Todes eines Gesellschafters seine Erben bei der Anmeldung mitzuwirken haben (vgl. Baumbach/Hopt/Roth, Handelsgesetzbuch, 38. Aufl. 2018, § 143 Rdnr. 3).

**13** Beim Tod eines Kommanditisten wird die Gesellschaft mangels abweichender vertraglicher Bestimmung mit den Erben fortgesetzt, § 177 HGB. Erbin der A soll nach dem vorliegenden notariellen Testament die A Stiftung sein, die jedoch als unselbstständige Stiftung mangels Rechtsfähigkeit nicht als Erbin in Betracht kommt. Entgegen der Auffassung des Registergerichts folgt daraus aber nicht, dass das Testament im Hinblick auf die Erbfolgeregelung auslegungsbedürftig wäre. Vielmehr hat die Erbeinsetzung einer unselbstständigen Stiftung zur Folge, dass ihr Rechtsträger Erbe wird (Heidel/Hübstege/Mansel/Noack/K. Jan Schiffer/Matthias Pruns, BGB, 3. Aufl. 2016, § 83 Rdnr. 19; Beck'sche Online-Formulare Erbrecht/Markus Schewe, Stand: 1.3.2019, Anmerkung zu Ziffer 3.1, Rdnr. 2).

**14** Gemäß § 12 Abs. 1 Satz 4 HGB ist die Rechtsnachfolge soweit tunlich durch öffentliche Urkunden nachzuweisen. In-

soweit ist die Erbeinsetzung der A Stiftung durch das vorliegende notarielle Testament hinreichend nachgewiesen. Die Rechtsträgerschaft des Beteiligten zu 2 ergibt sich aus der Gründungssatzung. Diese liegt allerdings nur in einfacher Schriftform vor; eine notarielle Beurkundung des Stiftungsgeschäfts sieht das Gesetz nicht vor, vgl. § 81 Abs. 1 BGB. Die dadurch entstehenden Schwierigkeiten führen aber nicht zwingend dazu, dass die Rechtsnachfolge nur durch Vorlage eines Erbscheins nachgewiesen werden kann. Denn auch das Nachlassgericht würde in einem solchen Fall die privatschriftliche Gründungssatzung zugrunde legen. Zweifel könnten sich dabei allenfalls im Hinblick auf die Fortgeltung der Satzung ergeben. Diese könnten aber durch eine vor dem Notar abgegebene eidesstattliche Versicherung des Vorstands des Beteiligten zu 2 ausgeräumt werden (vgl. zur Vorlage eines Gesellschaftsvertrages einer GbR OLG Bremen, ZEV 2014, 318; BayObLG, DNotZ 1992, 157; Ebenroth/Boujong/ Joost/ Strohn/Schaub, Handlungsbuch, 3. Aufl. 2014, § 12 Rdnr. 157). Die Vorlage eines Erbscheins wäre demnach nur dann erforderlich, wenn das Registergericht den Nachweis der Erbfolge durch eidesstattliche Versicherung nicht als erbracht ansehen sollte (vgl. OLG Bremen, a. a. O.).

**15** Der beantragten Eintragung steht auch nicht die Auslegungsbedürftigkeit des Antrages selbst entgegen. Soweit die Beteiligten Eintragung des Zusatzes „als Träger der nicht rechtsfähigen A Stiftung“, hilfsweise eine Eintragung ohne diesen Zusatz begehren, ist die Fassung der Eintragung nicht in das Belieben des Registergerichts gestellt. Vielmehr ist der Antrag in dem Sinne zu verstehen, dass eine Eintragung ohne Zusatz erfolgen soll, sofern der Zusatz aus Rechtsgründen nicht eintragungsfähig sein sollte. Welche Angaben bezüglich der Gesellschafter in das Handelsregister einzutragen sind, ergibt sich aus § 106 Abs. 2, § 161 Abs. 2 HGB. Die Eintragung einer Rechtsträgerschaft einer Gesellschaft für ein unselbstständiges Stiftungsvermögen sieht das Gesetz nicht vor, sodass die Eintragung eines entsprechenden Zusatzes nicht in Betracht kommen dürfte.

**16** Im Hinblick auf den Erfolg des Rechtsmittels ist weder eine Kostenentscheidung noch eine Wertfestsetzung noch eine Entscheidung über die Zulassung der Rechtsbeschwerde veranlasst.

## HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

### 17. Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis für Komplementär

BGH, Urteil vom 13.10.2020, II ZR 359/18 (Vorinstanz: LG Berlin, Urteil vom 30.11.2017, 95 O 85/16)

HGB §§ 119, 161 Abs. 2

#### LEITSÄTZE:

- 1. Die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des geschäftsführenden Gesellschafters einer Kommanditgesellschaft ist ein relativ unentziehbares Recht.**
- 2. Der Eingriff in ein relativ unentziehbares Recht ist rechtmäßig, wenn dies im Interesse der Gesellschaft geboten und für den betroffenen Gesellschafter unter Berücksichtigung der eigenen schutzwürdigen Belange zumutbar ist oder er dem Eingriff zugestimmt hat. Dass eine Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis im Interesse der Gesellschaft liegt, erfüllt diese Voraussetzungen nicht.**

#### SACHVERHALT:

**1** Die Parteien waren Gesellschafter der M KG B Grundstücksverwaltungs-GmbH & Co., einem geschlossenen Immobilienfonds. Die Klägerin und der Beklagte zu 2 waren Kommanditisten dieser Gesellschaft. Die Beklagte zu 1 war nach § 5 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags vom 29.6.1976 persönlich haftende Gesellschafterin. Gemäß § 7 Abs. 1 war die persönlich haftende Gesellschafterin zur Vertretung und Geschäftsführung allein berechtigt und verpflichtet. Nach § 11 war die Gesellschafterversammlung zur Entscheidung auch über die Änderung des Gesellschaftsvertrags zuständig. Gemäß § 13 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags wurden die Beschlüsse der Gesellschafterversammlungen in allen Angelegenheiten – auch in solchen von besonderer Bedeutung – mit einfacher Mehrheit gefasst, soweit nicht der Gesellschaftsvertrag oder das Gesetz etwas anderes vorsah.

**2** In der Gesellschafterversammlung vom 25.8.2016 kam es zu Auseinandersetzungen zwischen Gesellschaftern und der Beklagten zu 1 im Hinblick auf einen Kooperationsvertrag mit einer Drittfirma. Der Jahresabschluss 2015 wurde nicht genehmigt und auch der Geschäftsführung keine Entlastung erteilt. Des Weiteren wurden mehrere Beschlüsse zur Änderung des Gesellschaftsvertrags gestellt und von der Beklagten zu 1 bzw. deren Geschäftsführer als Versammlungsleiter für unwirksam erklärt, obwohl jeweils eine deutliche Mehrheit für diese Beschlüsse gestimmt hatte. Für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung waren folgende Anträge für unwirksam erklärt worden, deren Wirksamkeit festzustellen die Klägerin beantragt hat:

„§ 7 des Gesellschaftsvertrags wird um folgenden Abs. 6 ergänzt:

6. Einem geschäftsführenden Gesellschafter kann durch Gesellschafterbeschluss die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ohne Angaben von Gründen mit einer Frist von zwei Monaten zum Ende des Quartals entzogen werden. Ein am Kapital beteiligter Komplementär kann die Umwandlung seiner Beteiligung in einen Kommanditanteil verlangen, wenn ihm die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis entzogen wird (TOP B. I. bb)).

– Hilfsweise wird der B GmbH gemäß § 7 Abs. 6 Gesellschaftsvertrag mit Wirkung zum 30.12.2016 die Geschäftsführungs-

und Vertretungsbefugnis entzogen, frühestens jedoch zum Zeitpunkt der Erteilung der Genehmigung durch die BaFin für die Neuordnung (TOP B. II. dd)).“

**3** Des Weiteren hat die Klägerin beantragt, die Beklagten zu verurteilen, an der Anmeldung zu dem für die B GmbH & Co. beim AG geführten Handelsregister mitzuwirken:

„– Die B GmbH ist nicht mehr zur Vertretung der Gesellschaft befugt;

– [Jeder persönlich haftende Gesellschafter vertritt die Gesellschaft jeweils einzeln]. Ausgenommen hiervon ist die B Grundstücksverwaltungsgesellschaft mit beschränkter Haftung.“

**4** Während des Prozesses veräußerte die Klägerin ihren Kommanditanteil. Das LG hat die Klage insoweit abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hat Erfolg gehabt. Mit der vom BGH teilweise zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihre Anträge auf Zurückweisung der Berufung der Klägerin weiter.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**5** Die Revision hat Erfolg.

**6** I. Das Berufungsgericht hat – soweit für die Revision von Bedeutung – ausgeführt, dass der Beschluss zur Änderung des Gesellschaftsvertrags, einem geschäftsführenden Gesellschafter die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ohne Angabe von Gründen mit einer Frist von zwei Monaten zum Ende des Quartals entziehen zu können, wirksam sei. Die formelle Legitimation folge aus § 13 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags. Auch bestünden keine Bedenken gegen die materielle Legitimation. Es sei zulässig, eine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung zu treffen, dass die Gesellschafterrechte durch Mehrheitsbeschluss ohne Nachweis eines wichtigen Grundes nach freiem Ermessen entzogen werden könnten. Dazu gehöre auch die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis. Unerheblich sei, ob es sich um eine Regelung handele, die von vornherein oder im Nachhinein vereinbart worden sei. Dieser Beschluss habe nicht der Zustimmung der Beklagten zu 1 bedürft. Bei der Geschäftsführungsbefugnis handele es sich nicht um ein unverzichtbares und schon deshalb unentziehbares Recht. Der Eingriff in ihre individuelle Rechtsstellung durch den etwaigen Verlust der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis sei im Interesse der Gesellschaft geboten und der Beklagten zu 1 unter Berücksichtigung ihrer eigenen schutzwürdigen Interessen zumutbar. Im Interesse der Gesellschaft liege es, nach dem Ermessen der Mehrheit – zum Beispiel bei einem etwaigen Vertrauensverlust – quartalsweise einen geschäftsführenden Gesellschafter die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis entziehen zu können, ohne einen unter Umständen jahrelangen Rechtsstreit um das Vorliegen eines wichtigen Grundes befürchten zu müssen. Die Frist von zwei Monaten zum Ende des Quartals, die für eine Handelsregistereintragung der Umwandlung des Geschäftsanteils in einen Kommanditanteil reiche, schütze die Beklagte zu 1 ausreichend vor einem etwaigen Haftungsrisiko.

**7** Der Beschluss der Gesellschafterversammlung, dass der Beklagten zu 1 hilfsweise mit Wirkung zum 31.12.2016 die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis entzogen werde, habe seine formelle Legitimation in der Änderung des Gesellschaftsvertrags. Er konkretisiere, was die Gesellschafterversammlung zuvor beschlossen habe. Die Beklagten seien aus ihrer gesellschaftlichen Treuepflicht auch verpflichtet, an der

Vollziehung der Beschlüsse mit einer Anmeldung zum für die Gesellschaft geführten Handelsregister mitzuwirken.

**8** II. Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision nicht stand.

**9** 1. Im Gegensatz zur Auffassung der Beklagten ist das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei von einer zulässigen Klage ausgegangen. Das Feststellungsinteresse ist für die Klägerin nicht deshalb entfallen, weil sie ihren Gesellschaftsanteil veräußert hat. Es liegt insoweit eine Einzelrechtsnachfolge vor, auf die nach der Rechtsprechung des BGH § 265 ZPO analog angewandt wird, wenn zwischen den Gesellschaftern gesellschaftsvertragliche Ansprüche geltend gemacht werden (vgl. BGH, Urteil vom 11.2.1960, II ZR 198/59, NJW 1960, 964).

**10** 2. Der rechtlichen Nachprüfung nicht stand hält jedoch die Auffassung des Berufungsgerichts, der Beschluss zur Änderung des Gesellschaftsvertrags sei wirksam, wonach einem geschäftsführenden Gesellschafter durch Gesellschafterbeschluss die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ohne Angabe von Gründen mit einer Frist von zwei Monaten zum Ende des Quartals entzogen werden könne.

**11** a) Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht angenommen, dass sich die formelle Befugnis zur Fassung des Beschlusses hier aus § 13 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags ergab, wonach ein Beschluss zur Änderung des Gesellschaftsvertrags allein der einfachen Mehrheit unterstellt war. Nach dem Wortlaut dieser Regelung im Gesellschaftsvertrag werden Beschlüsse der Gesellschafterversammlung – auch in solchen von besonderer Bedeutung – mit einfacher Mehrheit gefasst, soweit nicht der Gesellschaftsvertrag oder das Gesetz zwingend eine andere Mehrheit vorschreibt. Diese Ausnahmen liegen nicht vor. Der Gesellschaftsvertrag enthält keine anderen Vorgaben für die erforderliche Mehrheit. Das gesetzliche Einstimmigkeitsprinzip nach § 161 Abs. 2, § 119 Abs. 1 HGB steht nicht entgegen, da es dispositiv ist. Die Rüge der Beklagten, die Ermächtigungsgrundlage sei nicht bestimmt genug, greift nicht durch. Dem früheren Bestimmtheitsgrundsatz kommt für die formelle Legitimation einer Mehrheitsentscheidung keine Bedeutung mehr zu (BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13, BGHZ 203, 77 Rdnr. 14 f.).

**12** b) Ebenfalls rechtlich nicht zu beanstanden ist die Auffassung des Berufungsgerichts, dass im Gegensatz zur Auffassung der Beklagten die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis der Beklagten zu 1 kein Sonderrecht im Sinne des § 35 BGB darstellt, das grundsätzlich unentziehbar ist. Darunter fallen nämlich nur Rechtspositionen, die individuell einem Gesellschafter oder einer Gesellschaftergruppe durch die Satzung eingeräumt und zudem als unentziehbare Rechte ausgestaltet sind, nicht jedoch eine Rechtsstellung, die allgemein mit der Mitgliedschaft verbunden ist (vgl. BGH, Urteil vom 25.10.2016, II ZR 230/15, ZIP 2017, 281 Rdnr. 34).

**13** Die Beklagten berufen sich zu Unrecht darauf, dass die Beklagte zu 1 nach § 7 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags allein zur Geschäftsführung und Vertretung berechtigt sei. In dieser Bestimmung ist die Beklagte zu 1 noch nicht einmal namentlich bezeichnet. Aber selbst die namentliche Bezeichnung der persönlich haftenden Gesellschafterin begründet kein Sonder-



recht im Sinne des § 35 BGB, einzige und alleinige persönlich haftende Gesellschafterin zu sein, in das nicht ohne ihre Zustimmung eingegriffen werden könnte (vgl. BGH, Urteil vom 25.10.2016, II ZR 230/15, ZIP 2017, 281 Rdnr. 34).

**14** Zu Unrecht berufen sich die Beklagten weiter darauf, dass es sich um eine unentziehbare Rechtsposition handele, da durch den Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis die Rechtsverhältnisse in der Gesellschaft verändert würden, weil ihr nach dem Gesellschaftsvertrag 20 Stimmen zustünden. Der Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis führt nach dem Gesellschaftsvertrag nicht zu einem Verlust des Stimmenanteils der Klägerin, denn 20 Stimmen stehen ihr schon deshalb zu, weil sie persönlich haftende Gesellschafterin ist (§ 13 Abs. 4 GesV).

**15 c)** Mit Erfolg rügen die Beklagten jedoch, dass das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft davon ausgegangen ist, dass die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis der Beklagten zu 1 als relativ unentziehbares Recht durch Gesellschafterbeschluss entzogen werden könnte.

**16 aa)** Im Ausgangspunkt ist das Berufungsgericht zutreffend davon ausgegangen, dass es sich bei der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis der Beklagten zu 1 um ein relativ unentziehbares Recht handelt (BGH, Urteil vom 10.10.1994, II ZR 18/94, NJW 1995, 194, 195; KG, NZG 2010, 1102; Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 39. Aufl., § 119 Rdnr. 36; Staub/Schäfer, HGB, 5. Aufl., § 119 Rdnr. 41; Röhrich/Graf v. Westphalen/Haas/Haas, HGB, 5. Aufl., § 119 Rdnr. 28; Oetker/Lieder, HGB, 6. Aufl., § 119 Rdnr. 59; Schäfer in FS Bergmann, 2018, S. 617, 624; Neumann, ZIP 2017, 1141, 1142).

**17 bb)** Die Entziehung eines relativ unentziehbaren Rechts bedarf einer besonderen Rechtfertigung, die hier fehlt.

**18 (1)** In das relativ unentziehbare Recht zur Geschäftsführung und Vertretung wird bereits dann eingegriffen, wenn der Gesellschaftsvertrag dahin gehend geändert wird, dass die Befugnis ohne weitere Voraussetzungen entzogen werden kann.

**19** Grundsätzlich kann nach der Rechtsprechung des BGH der Entzug der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis auch ohne wichtigen Grund durch den Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden (BGH, Urteil vom 23.10.1972, II ZR 31/70, NJW 1973, 651, 652; Urteil vom 3.11.1997, II ZR 353/96, ZIP 1997, 2197, 2198). Im vorliegenden Fall besteht aber die Besonderheit, dass im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag eine vergleichbare Regelung des Entzugs der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ohne wichtigen Grund nicht vorgesehen war, sondern erst nachträglich eingeführt werden sollte. Auch wenn eine solche Regelung im Gesellschaftsvertrag grundsätzlich zulässig ist, muss sie sich wegen ihrer nachträglichen Einfügung in den Gesellschaftsvertrag jedoch daran messen lassen, dass mit ihr in ein relativ unentziehbares Recht eingegriffen wird.

**20** Zwar wird durch die Einführung der Möglichkeit zur Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis in den Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis noch nicht entzogen. Dies geschieht erst mit einem konkreten Entzugsbeschluss (vgl. BGH, Urteil vom 16.10.2012, II ZR 251/10, ZIP 2013, 68 Rdnr. 41). Der Eingriff in das relativ

unentziehbare Recht liegt jedoch bereits mit der Änderung des Gesellschaftsvertrags vor.

Die Einführung der Möglichkeit zur Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ohne weitere Gründe ermöglicht es der Mehrheit, ohne weitere Voraussetzungen, insbesondere ohne die Zustimmung des Beklagten zu 1 die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis zu entziehen.

**21 (2)** Der Eingriff in ein relativ unentziehbares Recht ist rechtmäßig, wenn dies im Interesse der Gesellschaft geboten und für den betroffenen Gesellschafter unter Berücksichtigung der eigenen schutzwürdigen Belange zumutbar ist oder er dem Eingriff zugestimmt hat (BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13, BGHZ 203, 77 Rdnr. 19; Urteil vom 4.7.2005, II ZR 354/03, ZIP 2005, 1455, 1456 f.).

**22 (a)** Eine Zustimmung der Beklagten zu 1 zur Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis liegt nicht vor. Sie ist weder ausdrücklich noch konkludent antizipiert mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags erklärt worden. Als Ansatzpunkt für eine solche antizipiert abgegebene Zustimmungserklärung kommt eine Regelung über die Mehrheitserfordernisse im Gesellschaftsvertrag in Betracht. Dabei ist jedoch erforderlich, dass die im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Regelung hinreichend das Ausmaß und den Umfang einer möglichen zusätzlichen Belastung für den Gesellschafter deutlich werden lässt (BGH, Urteil vom 15.1.2007, II ZR 245/05, BGHZ 170, 283 Rdnr. 9 f.; Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13, BGHZ 203, 77 Rdnr. 17; Staub/Schäfer, HGB, § 119 Rdnr. 44). An einer solchen ausdrücklichen oder hinreichend bestimmten Regelung fehlt es im Gesellschaftsvertrag, der nur allgemein sämtliche Beschlüsse unter das allgemeine Mehrheitserfordernis stellt.

**23 (b)** Zu Unrecht geht das Berufungsgericht davon aus, dass ein Eingriff in die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis der Beklagten zu 1 im Interesse der Gesellschaft geboten und der Beklagten zu 1 unter besonderer Berücksichtigung ihrer eigenschutzwürdigen Belange zumutbar sei. Das Berufungsgericht hat allein darauf abgestellt, dass es bei einem Vertrauensverlust der Mehrheit der Gesellschafter möglich sein müsse, eine Änderung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis herbeizuführen, ohne einen Rechtsstreit über das Vorliegen eines wichtigen Grundes dafür führen zu müssen. Das Haftungsrisiko könne die Beklagte zu 1 aufgrund der gegebenen Frist mit der Möglichkeit zur Umwandlung des Geschäftsanteils in einen Kommanditanteil begrenzen. Ihr Gewinnbeteiligungsanspruch sei grundsätzlich unberührt, weil die Beklagte zu 1 in der Gesellschaft verbleiben könne.

**24** Das Berufungsgericht hat mit seinen Ausführungen lediglich ein Interesse der Gesellschaft an der Entziehung der Vertretungs- und Geschäftsführungsbezugnis der Beklagten zu 1 begründet. Die Entziehung eines relativ unentziehbaren Rechts muss aus der Sicht der Gesellschaft jedoch geboten sein. Dass die Entziehung im Interesse der Gesellschaft liegt, erfüllt diese Voraussetzung nicht, weil es nicht bedeutet, dass sie für die Gesellschaft unerlässlich bzw. notwendig und damit geboten ist. Das Interesse an dem Beschluss im Hinblick auf einen Vertrauensverlust der übrigen Gesellschafter zur geschäftsführungs- und vertretungsbefugten Beklagten zu 1 genügt den

Anforderungen ebenso wenig wie das Interesse der Gesellschaft, keine Prozesse über die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis führen zu müssen. Weitere Umstände, die die Entziehung als geboten erscheinen lassen, hat die Klägerin nicht vorgetragen.

**25** 3. Die hilfsweise Beschlussfassung zur Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis der Beklagten zu 1 zum 31.12.2016 ist mangels wirksamer Einführung einer entsprechenden Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag ebenfalls unwirksam.

**26** Deshalb können die Beklagten auch nicht verpflichtet werden, an entsprechenden Anmeldungen zum Handelsregister mitzuwirken, so dass auch insoweit die Berufung der Klägerin unbegründet ist.

**27** III. Das Berufungsurteil ist deshalb im Umfang der Anfechtung im Revisionsrechtszug teilweise aufzuheben. Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, da sie zur Endentscheidung reif ist (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 3 ZPO).

•

## 18. Nachweis der Berechtigung einer KG-Liquidatorin nach Löschung der Firma und Schließung des Registerblatts

KG, Beschluss vom 24.9.2020, 1 W 1347/20

*BeurkG § 51 Abs. 1 Nr. 1*

*BNotO § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1*

*GBO § 13 Abs. 1 Satz 1 und 2, § 18 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2, §§ 19, 29 Abs. 1 Satz 2, § 32 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 2, § 46 Abs. 1*

*HGB § 143 Abs. 1 Satz 1, § 146 Abs. 1, § 148 Abs. 1*

*Satz 1, § 161 Abs. 2*

*HRV § 22 Abs. 1 Satz 1 und 2*

### LEITSATZ:

**Die Berechtigung der Liquidatorin einer Kommanditgesellschaft, für die KG die Löschung eines im Grundbuch eingetragenen Rechts zu bewilligen, kann mit dem Handelsregister nicht geführt werden, wenn dort die Firma bereits vor mehreren Jahren gelöscht und das Registerblatt geschlossen worden ist.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** I. In Abt. II Ifd. Nr. 1 des im Beschlusseingang bezeichneten Grundbuchs ist seit dem 18.12.1992 ein Vorkaufsrecht für die Beteiligte zu 2 eingetragen. Im Handelsregister des AG Charlottenburg war am 15.12.2010 die Auflösung der Beteiligten zu 2 sowie H K als persönlich haftende Gesellschafterin und Liquidatoren, am 11.11.2013 das Erlöschen der Firma eingetragen worden.

**2** Am 18.10.2019 bewilligte H K für die Beteiligte zu 2 die Löschung des Vorkaufsrechts – UR-Nr. 85/2019 des Notars (...) in Berlin. Der Notar bescheinigte die voranstehend dargestellten Eintragungen im Handelsregister und beantragte unter

dem 24.10.2019 u. a. die Löschung des Vorkaufsrechts.

**3** Mit Verfügung vom 29.10.2019 hat das Grundbuchamt unter Fristsetzung u. a. beanstandet, es sei nicht nachgewiesen, dass H K die Beteiligte zu 2 im Zeitpunkt der Löschungsbewilligung habe vertreten dürfen. Ein entsprechendes Zeugnis des „Handelsgerichts“ sei einzureichen.

**4** Hiergegen richtet sich die Beschwerde vom 27.7.2020, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 31.7.2020 nicht abgeholfen hat.

**5** II. 1. Die Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO. Beschwerdeführer sind beide Beteiligten. Hat der Notar die Beschwerde ohne die Benennung eines Beschwerdeführers eingelegt, ist regelmäßig davon auszugehen, dass das Rechtsmittel im Namen sämtlicher Antragsberechtigten im Sinne von § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO erhoben sein soll, wenn nicht besondere Umstände dagegen sprechen (BGH, NJW 2010, 3300, 3302). Solche besonderen Umstände liegen nicht vor und berechtigt, den Antrag auf Löschung der Belastung im Grundbuch zu stellen, sind hier beide Beteiligte. Hingegen ist es der Vater des Beteiligten zu 1 nicht mehr, seitdem dieser mit der Eintragung des Beteiligten zu 1 als Miteigentümer nicht mehr als solcher im Grundbuch eingetragen ist.

**6** 2. Das Rechtsmittel hat in der Sache im Ergebnis keinen Erfolg.

**7** a) Steht einer beantragten Eintragung ein Hindernis entgegen und weist das Grundbuchamt den Antrag deswegen nicht bereits zurück, hat es dem Antragsteller eine angemessene Frist zur Hebung des Hindernisses zu bestimmen, § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO. Hier das Grundbuchamt zutreffend auf ein Eintragungshindernis hingewiesen, jedoch kein zu seiner Beseitigung geeignetes Mittel angegeben. Das rechtfertigt die Aufhebung der Zwischenverfügung jedoch nicht, sondern führt lediglich zu ihrer aus dem Beschlusstenor zu entnehmenden Ergänzung (BayObLG, DNotZ 2001, 385, 386).

**8** b) Die Löschung eines Rechts erfolgt durch Eintragung eines Lösungsvermerks, § 46 Abs. 1 GBO. Dies setzt einen darauf gerichteten Antrag, § 13 Abs. 1 Satz 1 GBO, sowie die Bewilligung desjenigen, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird, § 19 GBO, voraus.

**9** Die Bewilligung muss der Betroffene nicht selbst abgeben, sie kann auch durch einen Vertreter erklärt werden. Vorliegend ist das zwingend, weil die Beteiligte zu 2 als Kommanditgesellschaft selbst nicht handlungsfähig ist. In diesem Fall ist dem Grundbuchamt die Vertretungsmacht des Vertreters in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO nachzuweisen. Maßgeblich kommt es dabei auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Bewilligung an (vgl. Senat, Beschluss vom 14.7.2015, 1 W 688-689/15, FGPrax 2015, 195).

**10** aa) Grundsätzlich wird die Bewilligung erst dann wirksam, wenn sie mit dem Willen des Erklärenden dem Grundbuchamt oder zur Vorlage bei diesem demjenigen, zu dessen Gunsten die Erklärung erfolgen soll, in Urschrift, Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift zugeht (Senat, Beschluss vom 30.10.2012, 1 W 46-67/12, FGPrax 2013, 56). Dem steht es gleich, wenn der Begünstigte einen unwiderruflichen gesetzlichen Anspruch auf Erteilung von Ausfertigungen der notariellen Urkunde hat

(Senat, Beschluss vom 4.11.2014, 1 W 247-248/14, FGPrax 2015, 10, 11).

**11** Danach kommt es vorliegend auf den Zeitpunkt der Beurkundung zur UR-Nr. 85/2019 am 18.10.2019 an, wie das Grundbuchamt zutreffend erkannt hat. Dort waren sowohl Erklärungen des Beteiligten zu 1 als auch solche für die Beteiligte zu 2 beurkundet worden, sodass beide einen Anspruch auf die Erteilung von Ausfertigungen erworben hatten, § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG.

**12 bb)** Die Beteiligten haben die von Frau K für die Beteiligte zu 2 bei der Beurkundung in Anspruch genommene Vertretungsbefugnis bislang nicht nachgewiesen.

**13 (1)** Allerdings können im Handelsregister eingetragene Vertretungsberechtigungen auch durch eine Bescheinigung nach § 21 Abs. 1 BNotO nachgewiesen werden, § 32 Abs. 1 Satz 1 GBO. Der Nachweis kann auch durch einen amtlichen Registerausdruck oder eine beglaubigte Registerabschrift geführt werden, § 32 Abs. 1 Satz 2 GBO. Wird das Register elektronisch geführt, genügt die Bezugnahme auf das Register, wobei das Registergericht und das Registerblatt anzugeben sind, § 32 Abs. 2 GBO.

**14** Die bis zum 30.9.2009 bestandene Möglichkeit des Nachweises durch ein Zeugnis des Registergerichts, § 32 GBO a. F., sieht das Gesetz nicht mehr vor (vgl. *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 32 Rdnr. 18), was hier von dem Grundbuchamt übersehen worden ist und die im Beschlusstenor zum Ausdruck gebrachte Ergänzung der angefochtenen Zwischenverfügung erfordert.

**15 (2)** § 32 GBO dient der Nachweiserleichterung im Verhältnis zu § 29 GBO. Dem Handelsregister wird im Anwendungsbereich dieser Norm – nur – für den Grundbuchverkehr Beweiskraft beigelegt (Senat, a. a. O.; OLG Düsseldorf, MDR 2014, 83; Bauer/Schaub/Schaub, GBO, 4. Aufl., § 32 Rdnr. 3; Hügel/Otto, GBO, 4. Aufl., § 32 Rdnr. 8).

**16** Sind im Handelsregister die Auflösung einer Kommanditgesellschaft, § 161 Abs. 2, § 143 Abs. 1 Satz 1 HGB, und deren Liquidatoren, § 161 Abs. 2, § 146 Abs. 1, § 148 Abs. 1 Satz 1 HGB, eingetragen, kann mit den in § 32 GBO genannten Mitteln grundsätzlich auch deren Vertretungsbefugnis nachgewiesen werden (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 3637; Meikel/Krause, GBO, 11. Aufl., § 32 Rdnr. 37; Hügel/Otto, GBO, § 32 Rdnr. 46).

**17 (3)** Im Eingang der UR-Nr. 85/2019 ist eine Bescheinigung des Notars im Sinne von § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNotO enthalten (hierzu: BeckOK-BNotO/Sander, 2020, § 21 Rdnr. 33). Sie ist aber zum Nachweis der Vertretungsmacht von Frau K zum maßgeblichen Zeitpunkt ungeeignet. Aus ihr ergibt sich, dass das Erlöschen der Firma der Beteiligten zu 2 am 11.11.2013 im Handelsregister eingetragen worden ist. Das hat eine durch den Senat erfolgte Einsicht in das elektronisch geführte Handelsregister bestätigt. Dort sind sämtliche Seiten des Registerblatts durchgekennzeichnet. Dies hat zu erfolgen, wenn alle dortigen Eintragungen gegenstandslos geworden sind, § 22 Abs. 1 Satz 1 HRV. Das Registerblatt enthält auch den Vermerk „geschlossen“, § 22 Abs. 1 Satz 2 HRV. Damit aber entfällt die Beweiskraft des Handelsregisters für die Zeit nach

diesen Eintragungen, insbesondere also auch für den Zeitpunkt der Löschungsbewilligung.

**18** Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass die Eintragung der Löschung der Firma im Handelsregister lediglich deklaratorisch wirkt. Stellt sich nach dieser Eintragung heraus, dass noch weiteres Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, ist die Liquidation tatsächlich noch nicht beendet und die Firma besteht entgegen ihrer Löschung im Handelsregister noch fort (OLG Hamm, Beschluss vom 15.6.2016, 15 W 365/15, juris). Entsprechendes gilt für die Stellung der Liquidatoren und ihrer Vertretungsbefugnis (BGH, NJW 1990, 1725, 1728; 1979, 1987). Abweichend von den Fällen der sog. Publikums-KG (vgl. BGH, NJW 2003, 2676) oder sehr lange zurückliegender Löschungen im Handelsregister (OLG Saarbrücken, NZG 2018, 1185), um die es hier jeweils nicht geht, müssen keine neuen Nachtragsliquidatoren bestellt werden.

**19** Vorliegend steht auch fest, dass die Liquidation der Beteiligten zu 2 nicht beendet ist, weil durch ihre Eintragung als Berechtigte des in Abt. II lfd. Nr. 1 eingetragenen Vorkaufsrechts noch Gesellschaftsvermögen vorhanden ist (vgl. OLG München, NJW-RR 2015, 1358).

**20** Das ändert aber nichts daran, dass die Vertretungsbefugnis von Frau K mit dem Handelsregister derzeit nicht nachgewiesen werden kann, weil dieses nur die Vertretungsverhältnisse bis zum Zeitpunkt der Löschung der Firma wiedergibt. Zu der Zeit danach verhält es sich gerade nicht und es kann nicht ausgeschlossen werden, dass Frau K ihre Stellung als Liquidatorin inzwischen verloren hatte, vgl. § 147 Hs. 1 HGB (vgl. KG, MittBayNot 2020, 369, 370). Immerhin lagen zwischen der Löschung der Firma im Handelsregister und der Bewilligung der Löschung des Vorkaufsrechts knapp sechs Jahre.

**21 cc)** Von der Beibringung entsprechender Nachweise kann hier auch nicht abgesehen werden. Insbesondere ist es der Beteiligten zu 2 möglich, die Vertretungsberechtigung von Frau K zum Zeitpunkt der Bewilligung nachzuweisen.

**22** Der 22. Zivilsenat des KG hat hierzu entschieden (a. a. O.), dass die Gesellschaft auf Anmeldung der Fortsetzung der Liquidation wieder im Handelsregister eingetragen werden kann, wenn dies zur Abwicklung erforderlich ist. Das ist nach den obigen Ausführungen der Fall.

**23 3.** Anlass, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, § 78 Abs. 2 Satz 1 GBO, besteht nicht.

**24** Von der Erhebung von Kosten wird wegen der unklaren Bezeichnung der Abhilfemöglichkeiten in der angefochtenen Zwischenverfügung abgesehen, § 81 Abs. 1 Satz 2, § 84 FamFG.

## 19. Kein Erfordernis der Beschlussform für eine Zwischenverfügung nach § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG

OLG Stuttgart, Beschluss vom 9.3.2020, 8 W 295/19

*FamFG § 382 Abs. 4*

*GmbHG § 9c*

*UmwG § 55 Abs. 1*

### LEITSÄTZE:

1. Die Zwischenverfügung gemäß § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG bedarf nicht der Beschlussform (so auch OLG Karlsruhe, BeckRS 2019, 11620).
2. Im Rahmen der ihm nach § 9c GmbHG obliegenden Prüfungspflicht darf das Registergericht kostenträchtige Unterlagen wie Gutachten eines Wirtschaftsprüfers nicht generell verlangen, sondern nur dann, wenn konkrete Umstände des Einzelfalls die Vorlage gebieten, so zum Beispiel wenn eingereichte Unterlagen unklar, in sich widersprüchlich oder lückenhaft sind oder sonstige konkrete Anhaltspunkte für eine Fehlerhaftigkeit des vorgetragenen Sachverhalts benannt werden können.

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die gemäß § 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg, soweit nicht gerügte Eintragungshindernisse in der Zwischenzeit behoben worden sind.

2 1. Die Schreiben des Registergerichts vom 12.6., 19.6. und 22.7.2019 sind als eine einheitliche Zwischenverfügung im Sinne von § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG auszulegen. Sie sind zwar nicht als eine solche überschrieben, ihrem Inhalt nach stellen sie sich jedoch als Zwischenverfügung dar, weil das Registergericht ersichtlich mit dem Schreiben vom 19.6.2019 die von ihm für gegeben erachteten Eintragungshindernisse als solche konkret benannt und mit den beiden weiteren Schreiben hinsichtlich der Ziffern 1 und 2 des ersten Schriftstücks von seiner Sichtweise Abstand genommen und im Übrigen seine Rechtsauffassung begründet hat. Zudem wurde in dem letzten der drei Schreiben eine Rechtsmittelbelehrung erteilt und so auf die Anfechtbarkeit hingewiesen.

3 Richtigerweise handelt es sich um eine einheitliche Zwischenverfügung, die lediglich äußerlich in Form von drei Schreiben in Erscheinung tritt.

4 2. Die Zwischenverfügung ist entgegen der Ansicht der Beschwerde nicht schon aus formalen Gründen aufzuheben. Der Senat vermag sich der Entscheidung des OLG Düsseldorf dahin gehend, dass eine Fristsetzung gemäß § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG wirksam nur in Form eines Beschlusses nach § 38 FamFG unter Einhaltung aller für eine Endentscheidung vorgesehenen Formalien erfolgen kann, nicht anzuschließen. Zu folgen ist vielmehr den zutreffenden Ausführungen in der Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 26.4.2019, 11 W 59/18 (Wx), juris Rdnr. 12):

5 § 38 Abs. 1 Satz 1 FamFG sieht die Form des Beschlusses ausschließlich für solche Entscheidungen an, die den Verfahrensgegenstand ganz oder teilweise erledigen, was im Falle einer Zwischenverfügung gerade nicht der Fall ist. Für Registersachen kann nach § 38 Abs. 1 Satz 2 FamFG Abweichen bestimmt werden, allerdings hat der Gesetzgeber mit § 382 Abs. 4 FamFG – im Gegensatz zur Regelung in § 382 Abs. 3 FamFG – weder bestimmt, dass die Fristsetzung durch Beschluss zu erfolgen hat, noch hat er konkret auf § 38 FamFG in irgendeiner Form Bezug genommen. Stattdessen hat er mit § 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG schlicht angeordnet, dass die Fristsetzung mit einer Beschwerde angefochten werden kann und so ein an sich nicht gegebenes Rechtsmittel geschaffen.

6 3. Nachdem das Registergericht ausweislich seines Schreibens vom 19.6.2019 an den Anforderungen der Ziffern 1 und 2 des Ausgangsschreibens vom 12.6.2019 nicht mehr festhält und der Antragsteller mit Schreiben des Notars (...) vom 26.8.2019 eine Versicherung des Antragstellers des Inhalts, dass die Verbindlichkeiten des Einzelkaufmanns sein Vermögen nicht übersteigen, vorgelegt hat, wodurch die Anforderung in Ziffer 4 des Schreibens vom 12.6.2019 erfüllt worden ist, ist im Beschwerdeverfahren nur noch über die Anforderung in Ziffer 3 jenes Schreibens zu entscheiden. Im Übrigen ist die Zwischenverfügung als erledigt anzusehen.

7 4. Soweit das Registergericht vom Antragsteller die Beibringung eines Gutachtens eines unabhängigen Wirtschaftsprüfers zum Nachweis dafür, dass das übergehende Vermögen den gewährten Geschäftsanteil zuzüglich des zusätzlich gewährten Darlehensanspruchs deckt, verlangt, hat die Beschwerde in der Sache Erfolg.

8 Im Ausgangspunkt zutreffend und vom Beschwerdeführer auch nicht beanstandet stellt das Registergericht fest, dass es wegen § 55 Abs. 1 UmwG, §§ 57a, 9c GmbHG gehalten ist, die Kapitalerbringung auch im Falle einer Kapitalerhöhung zu prüfen, und dass die Prüfungspflicht sich auch auf ein als Sacheinlage einzubringendes Unternehmen erstreckt, weshalb die für die Prüfung erforderlichen Unterlagen auch zum Register jenes Unternehmens einzureichen sind.

9 Hieraus folgt jedoch nicht, dass zwingend die Vorlage eines Gutachtens eines unabhängigen Wirtschaftsprüfers erforderlich wäre.

10 a) Die Amtsermittlungspflicht hat dem Spannungsverhältnis, welches zwischen dem Gebot hinreichender Sachverhaltsaufklärung im Einzelfall einerseits und dem Eintragungsanspruch der Beteiligten und ihrem Interesse an einer zügigen und kostengünstigen Eintragung andererseits besteht, Rechnung zu tragen (MünchKomm-GmbHG/Wicke, 3. Aufl. 2018, § 9c Rdnr. 12). Hieraus folgt, dass jedenfalls kostenträchtige Unterlagen wie Gutachten eines Wirtschaftsprüfers nicht generell verlangt werden dürfen, sondern nur dann, wenn konkrete Umstände des Einzelfalls die Vorlage gebieten, so zum Beispiel wenn eingereichte Unterlagen unklar, in sich widersprüchlich oder lückenhaft sind oder sonstige konkrete Anhaltspunkte für eine Fehlerhaftigkeit des vorgetragenen Sachverhalts benannt werden können (MünchKomm-GmbHG/Wicke, § 9c Rdnr. 12, 13).



**11** Zur Ermittlung der Werthaltigkeit genügt daher in aller Regel die Schlussbilanz des übertragenden Unternehmens, vgl. BeckOGK-UmwG/von Hinden, Stand: 1.1.2020, § 55 Rdnr. 48; Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Westerburg, Umwandlungsgesetz, Umwandlungsteuergesetz, 8. Aufl. 2018, § 55 UmwG Rdnr. 26; Semler/Stengel/Reichert, Umwandlungsgesetz, 4. Aufl. 2017, § 55 Rdnr. 24. Nicht zu beanstanden wäre es auch, wenn das Registergericht im Rahmen seiner Amtsermittlung in Anlehnung an die Vorschriften zur Gründung einer GmbH die Vorlage eines Sachgründungsberichts verlangt hätte, OLG Stuttgart vom 19.1.1982, 8 W 295/81.

**12** Der Antragsteller hat vorliegend die Schlussbilanz des übertragenden Unternehmens vorgelegt. Dass sich aus ihr besondere Anhaltspunkte für eine Fehlerhaftigkeit der Angaben des Antragstellers ergäben, ist nicht ersichtlich und wird auch vom Registergericht nicht als Begründung für die Auflage der Einreichung eines Gutachtens eines Wirtschaftsprüfers angeführt.

**13 b)** Die Vorlage eines Gutachtens kann auch nicht mit der Begründung gefordert werden, dass die konkrete Höhe des nach § 3 des Ausgliederungsvertrages gutzubringenden Darlehens nicht vermerkt und nicht bekannt ist. Der Senat hat in seiner Entscheidung vom 19.1.1982 u. a. auch ausgeführt, dass und warum bei einer Kapitalerhöhung mit gemischter Sacheinlage zu fordern ist, dass auch die dem Einleger gewährte Gegenleistung, also nicht nur der Betrag der Stammeinlage, auf die sich die Sacheinlage bezieht, sondern auch der dem Einleger in Form eines Darlehensanspruchs zu vergütende Teil in den für die Eintragung notwendigen Formalien festzuhalten ist, wobei es ausreichen kann, dass der Schätzwert zum durch die § 9 Abs. 1, § 9c Satz 2, § 56 Abs. 2, § 57a GmbHG festgelegten Zeitpunkt angegeben wird. Diese Angaben sind im Gesellschaftsvertrag bzw. den sonstigen für die Anmeldung der Kapitalerhöhung notwendigen förmlichen Urkunden zu vermerken, sodass das vom Registergericht vorliegend geforderte Gutachten insoweit weder erforderlich noch ausreichend ist.

## 20. Eintragungsantrag einer durch Verschmelzung erloschenen Gesellschaft

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.8.2020, I-3 Wx 125/20, mitgeteilt von **Peter von Wnuck-Lipinski**, Richter am OLG a. D.

BGB §§ 133, 140

FamFG § 28 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2

GBO §§ 13, 16 Abs. 2, § 18 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2,

§§ 19, 53 Abs. 1 Satz 2, §§ 75, 78 Abs. 2 Satz 1

UmwG § 20 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 Satz 1

### LEITSATZ:

**Den auf die Eintragung einer Buchgrundschuld gerichteten Antrag hat das Grundbuchamt zurückzuweisen, wenn die in der Eintragungsbewilligung – wie auch in der Bestellung – als Gläubigerin der Grundschuld be-**

**zeichnete Gesellschaft zur Zeit der Abgabe dieser Erklärungen nicht mehr existierte (hier weil sie kurz zuvor in Folge Verschmelzung erloschen und ihr Vermögen auf eine andere Gesellschaft übergegangen war) und weder eine Auslegung der Eintragungsbewilligung nach § 19 GBO noch deren Umdeutung zu dem im Grundbucheintrag erforderlichen zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt, dass Gläubiger des Grundpfandrechts der übernehmende Rechtsträger (AG) sein solle.**

Der Volltext der Entscheidung erscheint demnächst in der DNotZ.

## 21. Verzicht auf Anteilsgewährung bei Verschmelzung

OLG Köln, Beschluss vom 22.1.2020, 18 Wx 22/19

UmwG § 54

### LEITSÄTZE:

1. **Angaben zur Anteilsgewährung sind nicht erforderlich, wenn der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft wirksam auf die Anteilsgewährung verzichtet hat. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Wegen der besonderen Bedeutung der Verzichtserklärung, die sich auch in dem Formerfordernis des § 54 Abs. 1 Satz 3 Hs. 2 UmwG niederschlägt, ist bei der Auslegung jedoch grundsätzlich Zurückhaltung geboten; es folgt daraus aber nicht, dass nur eine ausdrückliche Erklärung den Anforderungen des § 54 Abs. 1 Satz 3 UmwG genügt, sondern lediglich, dass bei verbleibenden Zweifeln davon auszugehen ist, dass die Erklärung nicht abgegeben worden ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**
3. **Sinn und Zweck der Forderung einer Verzichtserklärung ist, die Gesellschafter vor einem leichtfertigen Verlust dieser Rechtspositionen zu warnen und ihnen die Tragweite ihrer Entscheidung bewusst zu machen. Insbesondere soll verhindert werden, dass durch die Verschmelzung Minderheitsgesellschaften ohne Kompensation ihre Mitgliedschaftsrechte verlieren können. Beide Funktionen laufen jedoch leer, wenn eine einzelne natürliche Person alleiniger Gesellschafter und alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der beteiligten Gesellschaften ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1 I.** Am 21.8.2019 schloss die Beteiligte zu 1 als übertragende Gesellschaft einen Verschmelzungsvertrag mit ihrer Schwestergesellschaft, der Beteiligten zu 3, als übernehmender Gesellschaft auf Grundlage der Bilanz zum 31.12.2018. Alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer beider Gesellschaften ist der Beteiligte zu 2. Unter „III.“ heißt es im Verschmelzungsvertrag:

„Die Verschmelzung erfolgt, ohne dass neue Geschäftsanteile an der übernehmenden Gesellschaft gebildet und dem Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft gewährt werden.“

**2** Auch eine weitere Anteilsgewährung sieht der Vertrag nicht vor.

**3** Am 27.8.2019 ging die Anmeldung der Verschmelzung bei Gericht ein. Am 5.9.2019 erstellte der anmeldende Notar eine notarielle Eigenurkunde, wonach die Nichtgewährung von Anteilen im Verschmelzungsvertrag als Verzicht auf Anteilsgewährung durch den Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft zu verstehen sei.

**4** Mit Beschluss vom 9.10.2019 (...) hat das AG Köln den Antrag auf Eintragung der Verschmelzung kostenpflichtig zurückgewiesen. Die angemeldete Verschmelzung sei nicht eintragungsfähig, da der Verschmelzungsvertrag wegen eines Verstoßes gegen die Anteilsgewährungspflicht nichtig sei. Der Vertrag enthalte auch weder ausdrücklich noch konkludent eine Verzichtserklärung des Gesellschafters der übertragenden Gesellschaft. Dieser Mangel des Vertrages führe zu dessen Nichtigkeit und nicht bloß zur Anfechtbarkeit und sei deshalb nicht heilbar. Auch eine Neuvernahme des Vertrages sei wegen Versäumnis der Frist aus § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG nicht mehr möglich.

**5** Hiergegen hat die Antragstellerin am 22.10.2019 Beschwerde eingelegt (...). Bei beteiligungsidentischen Schwestergesellschaften bestehe bereits von vorneherein keine Pflicht zur Anteilsgewährung. Durch die Erklärung unter „III.“ im Verschmelzungsvertrag habe der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft auf die Anteilsgewährung außerdem wirksam verzichtet. Wegen der Personenidentität könne es trotz fehlender ausdrücklicher Erklärung nicht zu Unsicherheiten für den Rechtsverkehr kommen, sodass eine ausdrückliche Erklärung jedenfalls hier nicht erforderlich sei. Selbst wenn eine ausdrückliche Verzichtserklärung erforderlich sei, führe deren Fehlen nicht zur Nichtigkeit, sondern allenfalls zur Anfechtbarkeit des Verschmelzungsvertrags. Die Anteilsgewährung sei kein unverzichtbarer Vertragsbestandteil; insoweit sei § 5 Abs. 2 UmwG analog anzuwenden, wenn von § 54 Abs. 1 Satz 3 UmwG Gebrauch gemacht worden ist. Somit könne die Erklärung formgerecht nachgeholt werden, die fristgerechte Anmeldung der Verschmelzung sei insoweit ausreichend zur Wahrung der Acht-Monats-Frist nach § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG.

**6** Am 7.11.2019 hat das AG Köln beschlossen, der Beschwerde nicht abzuwehren und die Sache dem OLG Köln zur Entscheidung vorzulegen (...). Die Beschwerde führe nicht zu einer anderen Beurteilung, da sie insbesondere nicht zwischen den Erklärungen der Anteilsinhaber und der Gesellschaften als Parteien des Verschmelzungsvertrages unterscheide. Die Formulierung unter „III.“ des Verschmelzungsvertrages lasse offen, aus welchem Grund keine Anteilsgewährung erfolgt und könne daher nicht als konkludenter Verzicht ausgelegt werden. Die Anteilsgewährung sei sehr wohl unverzichtbarer Vertragsbestandteil, sodass deren Fehlen bzw. das Fehlen einer Verzichtserklärung zur Nichtigkeit und nicht bloß zur Anfechtbarkeit des Vertrages führe. Dabei könne insbesondere nicht danach

unterschieden werden, ob eine Gesellschaft mehrere oder nur einen Anteilseigner hat.

**7** II. Die zulässige Beschwerde ist begründet.

**8** Die Verschmelzung ist eintragungsfähig. Der notarielle Verschmelzungsvertrag vom 21.8.2019 ist wirksam und weder nichtig noch anfechtbar. Insbesondere ist der Vertrag nicht wegen fehlender Angaben zur Anteilsgewährung nichtig, § 5 Abs. 1 Nr. 2-5 UmwG. Angaben zur Anteilsgewährung sind nicht erforderlich, wenn der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft wirksam auf die Anteilsgewährung verzichtet hat, § 54 Abs. 1 Satz 3 UmwG (vgl. Henssler/Strohn/Heidinger, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 5 UmwG Rdnr. 36). Dies ist entgegen der vom Handelsgericht vertretenen Auffassung hier der Fall.

**9** 1. Es besteht grundsätzlich eine Anteilsgewährungspflicht. Bei der Verschmelzung durch Aufnahme sind den bisherigen Anteilsinhabern des übertragenden Rechtsträgers in der Regel Geschäftsanteile am übernehmenden Rechtsträger zu gewähren (vgl. §§ 2, 5 Abs. 1 Nr. 2, § 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG; Böttcher/Habighorst/Schulte/Kleindiek, Umwandlungsrecht, 2. Aufl. 2019, § 55 Rdnr. 1). Dies gilt grundsätzlich auch für Schwestergesellschaften (vgl. KG, Beschluss vom 22.9.1998, 1 W 4387/97; OLG Hamm, Beschluss vom 3.8.2004, 15 W 236/04; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 10.3.1998, 20 W 60/98, jeweils bei juris abrufbar).

**10** 2. Auf diese Anteilsgewährung hat der Beteiligte zu 2 als alleiniger Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft jedoch wirksam verzichtet, § 54 Abs. 1 Satz 3 UmwG.

**11** a) Ein ausdrücklicher Verzicht liegt allerdings nicht vor. In Abschnitt „III.“ des Verschmelzungsvertrags heißt es lediglich beschreibend, dass neue Geschäftsanteile an der übernehmenden Gesellschaft nicht gebildet und dem Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft solche Anteile nicht gewährt werden.

**12** b) Der Beteiligte zu 2 hat jedoch als alleiniger Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft konkludent auf die Anteilsgewährung verzichtet.

**13** aa) Ein konkludenter Verzicht ist – wie bei jeder Willenserklärung – zunächst möglich. Er kann beispielsweise in der positiven Stimmabgabe zum Verschmelzungsbeschluss oder darin gesehen werden, dass der Verschmelzungsvertrag keine Anteilsgewährung vorsieht oder den Beteiligungsumfang an der übernehmenden GmbH abweichend vom (angemessenen) Umtauschverhältnis festsetzt (vgl. Kallmeyer/Kocher, Umwandlungsgesetz, § 54 Rdnr. 19, 21; Kölner Kommentar UmwG/Simon/Nießen, § 54 Rdnr. 56). Wegen der besonderen Bedeutung der Verzichtserklärung, die sich auch in dem Form Erfordernis des § 54 Abs. 1 Satz 3 Hs. 2 UmwG niederschlägt, ist bei der Auslegung jedoch grundsätzlich Zurückhaltung geboten; eine ausdrückliche Erklärung wird deshalb in der Literatur für empfehlenswert gehalten, schon um Schwierigkeiten beim Registervollzug zu vermeiden (vgl. Böttcher/Habighorst/Schulte/Kleindiek, Umwandlungsrecht, § 54 Rdnr. 32; Lutter/M. Winter/J. Vetter, Umwandlungsgesetz, 6. Aufl. 2019, § 54 Rdnr. 88; Widmann/Mayer/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand: 178. EGL, § 54 Rdnr. 51.1). Aus dieser – zutreffenden –

Zweckmäßigkeitserüberlegung folgt aber nicht, dass nur eine ausdrückliche Erklärung den Anforderungen des § 54 Abs. 1 Satz 3 UmwG genügt, sondern lediglich, dass bei verbleibenden Zweifeln davon auszugehen ist, dass die Erklärung nicht abgegeben worden ist.

**14 bb)** Solche Zweifel ergeben sich bei der Auslegung der in der Urkunde vom 21.8.2019 u. a. auch vom Beteiligten zu 2 abgegebenen Erklärungen jedoch nicht. Vorliegend ist bei der Auslegung der abgegebenen Erklärungen besonders zu berücksichtigen, dass es sich um zwei Schwestergesellschaften handelt, deren alleiniger Geschäftsführer und Gesellschafter jeweils der Beteiligte zu 3 ist. Ein Verzicht auf die Anteilsgewährung hat somit auf die Zusammensetzung der Gesellschaft und die Anteilsverteilung keine Auswirkungen jenseits der Zahl der Anteile und der Höhe des Stammkapitals.

**15** Der Beteiligte zu 3, der nicht nur alleiniger Gesellschafter, sondern auch alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer beider beteiligten Gesellschaften ist, hat erkennbar weder eine Kapitalerhöhung noch eine Veränderung der Anteilsverteilung gewollt. Das kann der Regelung in „III.“ des Verschmelzungsvertrags, nach der „(d)ie Verschmelzung erfolgt, ohne dass neue Geschäftsanteile an der übernehmenden Gesellschaft gebildet und dem Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft gewährt werden“, entnommen werden. Im Gesellschaftsvertrag wird zwar nicht trennscharf zwischen der Bildung neuer Anteile und der Gewährung dieser Anteile differenziert. Auch eine klare Darstellung, in welcher Funktion die Erklärung abgegeben wird, fehlt. Nachdem Herr B jedoch die einzige beteiligte natürliche Person ist, wäre es reiner Formalismus, erhöhte Anforderungen an die jeweiligen Erklärungen zu stellen; es ist völlig fernliegend, annehmen zu wollen, der Beteiligte zu 3 habe als Geschäftsführer der beteiligten Gesellschaften Erklärungen abgegeben, die sich nicht völlig mit seinem Willen als Geschäftsführer deckten.

**16** Auch Sinn und Zweck der Anteilsgewährungspflicht rechtfertigen ein anderes Verständnis nicht. Dieser liegt darin, die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft nach der Verschmelzung an der übernehmenden Gesellschaft zu beteiligen (vgl. § 2 UmwG). Sinn und Zweck der Forderung einer Verzichtserklärung ist, die Gesellschafter vor einem leichtfertigen Verlust dieser Rechtspositionen zu warnen und ihnen die Tragweite ihrer Entscheidung bewusst zu machen. Insbesondere soll verhindert werden, dass durch die Verschmelzung Minderheitsgesellschafter ohne Kompensation ihre Mitgliedschaftsrechte verlieren können. Beide Funktionen laufen jedoch leer, wenn – wie hier – eine einzelne natürliche Person alleiniger Gesellschafter und alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer der beteiligten Gesellschaften ist. Da der alleinige Beteiligte sowohl ohne als auch mit Verzicht auf die Anteilsgewährung nach der Verschmelzung alleiniger Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft ist, droht ihm nicht der Verlust von Rechtspositionen. Er muss deshalb weder gesondert an der aufnehmenden Gesellschaft beteiligt werden noch muss er gewarnt werden, um ihm die Tragweite seiner Entscheidung bewusst zu machen. In keinem Fall steht er durch den Verzicht schlechter, als er bei einer Anteilsgewährung gestanden hätte. Weitere (Minderheits-)Gesellschafter, deren Rechte besonders geschützt werden müssen, sind vorliegend nicht beteiligt.

**17** Es kann deshalb auch dahinstehen, ob die Parteien des Verschmelzungsvertrags fälschlicherweise von einem Kapitalerhöhungsverbot ausgegangen sind. Zum einen fehlen hierfür bereits Anhaltspunkte in der Formulierung der Regelung unter „III.“ im Verschmelzungsvertrag. Zum anderen besteht jedenfalls auch hier kein Schutzbedürfnis des Gesellschafters der übertragenden Gesellschaft. Als alleiniger Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft steht ihm jedenfalls nach der Verschmelzung frei, eine Kapitalerhöhung durchzuführen, wenn er bei der Verschmelzung fälschlicherweise von einem Verbot ausgegangen sein sollte.

**18 cc)** Dies widerspricht auch nicht dem Formerfordernis des § 54 Abs. 1 Satz 3 2. Halbsatz UmwG. Wie bereits dargestellt, besteht das Formerfordernis im Wesentlichen zur Warnung der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft vor dem ggf. kompensationslosen Verlust ihrer Mitgliedschaftsrechte. Im speziellen Fall zweier Schwestergesellschaften, die – wie hier – einen personenidentischen Alleingesellschafter haben, läuft diese Funktion jedoch ins Leere, sodass wie bereits bei der Auslegung keine erhöhten Anforderungen an die Erklärungen zu stellen sind. Daher reicht im Ergebnis aus, dass sowohl die Erklärung der Nichtgewährung von Anteilen als auch die Zustimmungserklärungen und damit die dem konkludenten Verzicht zugrundeliegenden Erklärungen notariell beurkundet sind (vgl. auch Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts/*Illert/König*, 5. Aufl. 2018, § 15 Rdnr. 229).

**19 III.** Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst.

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor **Christoph Aumann**, LL.M. (London), Maître en droit (Paris), Dachau

Dem Verfahren vor dem OLG Köln liegt ein Sachverhalt zugrunde, der Aussagen zur Auslegung unvollständig abgegebener Erklärungen in der Verschmelzungsdokumentation einerseits und zum zwingenden Inhalt des Verschmelzungsvertrags andererseits erlaubt.

#### 1. Sachverhalt

Ausgangspunkt der Entscheidung war die Weigerung des Registergerichts, die Verschmelzung zweier Schwestergesellschaften (sog. sidestream-merger) zu vollziehen. Alleingesellschafter sowohl der übertragenden als auch der übernehmenden Gesellschaft war dieselbe natürliche Person. Eine Gewährung von Anteilen an der übernehmenden Gesellschaft zugunsten des Alleingesellschafters durch Schaffung neuer Anteile sollte laut dem Verschmelzungsvertrag, an dem der Alleingesellschafter ebenfalls beteiligt war, nicht erfolgen. Eine ausdrückliche Verzichtserklärung des Alleingesellschafters der übertragenden Gesellschaft auf Gewährung von (zusätzlichen) Anteilen an der übernehmenden Gesellschaft war indes weder im Verschmelzungsvertrag enthalten, noch lag eine solche anderweitig vor.

#### 2. Der Verzicht auf Anteilsgewährung

Rechtlicher Ausgangspunkt ist damit zunächst die Möglichkeit des Verzichts auf die Gewährung von Anteilen am übernehmenden Rechtsträger durch die Gesellschafter des



übertragenden Rechtsträgers, insbesondere bei Schwestergesellschaften.<sup>1</sup> Das Gesetz sieht eine Verzichtsmöglichkeit lediglich dann vor, wenn aufnehmender Rechtsträger eine GmbH (§ 54 Abs. 1 Satz 3 UmwG) oder eine AG (§ 68 Abs. 1 Satz 3 UmwG)<sup>2</sup> ist. Es handelt sich um eine bedeutende Ausnahme vom Grundsatz der Anteilsgewährung, der in §§ 2, 5 Abs. 1 Nr. 2, § 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG für alle Arten der Verschmelzung normiert ist. Die Verzichtsmöglichkeit gilt grundsätzlich und nicht bloß bei beteiligungsidentischen Gesellschaften.<sup>3</sup> Die Anteilsgewährung ist damit – zumindest bei GmbH und AG – zur Disposition der Anteilseigner des übertragenden Rechtsträgers gestellt. Folgerichtig hat das Gericht insoweit zur Frage, ob der Alleingesellschafter auf die Gewährung neuer Anteile an der aufnehmenden Gesellschaft verzichten konnte, keinen weiteren Begründungsaufwand walten lassen.<sup>4</sup>

Die Verzichtserklärung der Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers ersetzt aber daneben nicht die nach § 5 Abs. 1 UmwG erforderlichen Angaben im Verschmelzungsvertrag selbst. Hier schreibt § 5 Abs. 1 Nr. 2 UmwG Angaben darüber vor, ob den Anteilsinhabern des übertragenden Rechtsträgers Anteile am übernehmenden Rechtsträger zugestanden werden. Im Falle des Verzichts wäre dies die Angabe, dass eine Anteilsgewährung nicht erfolgen soll.

### 3. Folgen fehlender Angaben zur Anteilsgewährung oder Verzichtserklärungen

Vorsichtige Gestalterinnen und Gestalter werden auch bei der Verschmelzung beteiligungsidentischer Schwestergesellschaften sowohl die Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 UmwG als auch eine explizite Verzichtserklärung nach § 54 Abs. 1 Satz 3 UmwG, vorsehen. Davon abweichend können aber folgende Unzulänglichkeiten auftreten: Es können weder Angaben zur Anteilsgewährung nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 UmwG noch ein Verzicht der Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers nach § 54 Abs. 1 Satz 3 UmwG enthalten sein (dazu a)), es können die Angaben nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 UmwG fehlen, aber ein Verzicht nach § 54 Abs. 1 Satz 3 UmwG enthalten sein (dazu b)) und es kann zwar die Angabe enthalten sein, dass eine Anteilsgewährung an die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers nicht erfolgen soll, ein Verzicht nach § 54 Abs. 1 Satz 3 UmwG jedoch fehlen (so der Sachverhalt der besprochenen Entscheidung, dazu c)).

- 1 Dazu ausführlich Widmann/Mayer/Mayer, UmwR, Stand: Dezember 2020, § 5 Rdnr. 41 f.
- 2 Wobei bei der AG Zweifel daran bestehen, ob die Regelung mit der Richtlinie EU 2017/1132 konform ist, Widmann/Mayer/Mayer, UmwR, § 5 Rdnr. 44; a. A.: Widmann/Mayer/Rieger, UmwR, § 68 Rdnr. 34; Lutter/Grunewald, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 68 Rdnr. 5; Kallmayer/Marsch-Barnert/Oppenhoff, UmwG, 7. Aufl. 2020, § 68 Rdnr. 16.
- 3 Gerade für diese war die Regelung zur Erleichterung von Konzernverschmelzungen seit langem gefordert worden, Semler/Stengel/Reichert, UmwG, 4. Aufl. 2017, § 54 Rdnr. 21. Die Möglichkeit besteht nicht bei Verschmelzung auf die hundertprozentige Tochtergesellschaft (sog. downstream-merger), da ansonsten eine Keim-Mann-GmbH entstehen würde, Kallmayer/Kocher, UmwG, § 54 Rdnr. 18; Lutter/Vetter, UmwG, § 54 Rdnr. 99.
- 4 Rdnr. 9 f. der besprochenen Entscheidung.

#### a) Keine Angaben zur Anteilsgewährung, kein Verzicht

Verhält sich der Verschmelzungsvertrag weder durch Angaben der beteiligten Gesellschaften noch durch einen Verzicht der Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers zur Frage der Anteilsgewährung, ist der Verschmelzungsvertrag nichtig.<sup>5</sup> Denn der Katalog des § 5 Abs. 1 UmwG normiert den zwingenden Mindestinhalt des Verschmelzungsvertrags. Einen Entfall der Angaben ordnet § 5 Abs. 2 UmwG nur für den Fall der Verschmelzung auf die Muttergesellschaft (sog. upstream-merger) an, nicht für die Verschmelzung von Schwestergesellschaften.<sup>6</sup>

Konstruktiv könnte man allenfalls überlegen, im Zustimmungsbeschluss des Alleingesellschafters zu einem Verschmelzungsvertrag beteiligungsidentischer Schwestergesellschaften ohne Angaben zur Anteilsgewährung durch Auslegung konkludent einen Verzicht nach § 54 Abs. 1 Satz 3 UmwG zu erkennen, um dann in entsprechender Anwendung des § 5 Abs. 2 UmwG von der Entbehrlichkeit der Angaben zur Anteilsgewährung auszugehen.<sup>7</sup> Davon wird allenfalls bei einem eindeutig anderweitig dokumentierten Willen des Alleingesellschafters auszugehen sein.<sup>8</sup> Wegen der durch das Beurkundungserfordernis des § 54 Abs. 1 Satz 3 UmwG zum Ausdruck kommenden gesteigerten Bedeutung der Verzichtserklärung hält auch das Gericht bei der Auslegung Zurückhaltung für angezeigt,<sup>9</sup> zumal diese Konstellation über den Sachverhalt der Entscheidung noch hinausgeht.

#### a) Keine Angaben zur Anteilsgewährung, aber Verzicht

Liegt ein Verzicht auf die Anteilsgewährung in der nach § 54 Abs. 1 Satz 3 UmwG erforderlichen Form vor, hilft dies in entsprechender Anwendung des § 5 Abs. 2 UmwG über den Verstoß gegen § 5 Abs. 1 Nr. 2 UmwG hinweg.<sup>10</sup> Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Verzicht im Verschmelzungsvertrag selbst oder zu gesonderter Urkunde erklärt wird.<sup>11</sup>

#### b) Angaben zur Anteilsgewährung, aber kein Verzicht

Wie im Sachverhalt der besprochenen Entscheidung kann im Verschmelzungsvertrag zwar die Angabe nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 UmwG enthalten sein, dass eine Anteilsgewährung nicht erfolgt, ein Verzicht in der Urkunde jedoch fehlen. In diesem Fall ist zu unterscheiden: Sind die Gesellschafter

- 5 Widmann/Mayer/Mayer, UmwR, § 5 Rdnr. 24; Kallmayer/Marsch-Barnert/Oppenhoff, UmwG, § 5 Rdnr. 63.
- 6 Kallmayer/Marsch-Barnert/Oppenhoff, UmwG, § 5 Rdnr. 72.
- 7 Heinze, RNotZ 2017, 87.
- 8 Widmann/Mayer/Mayer, UmwR, § 54 Rdnr. 51.1.
- 9 Rdnr. 13 der besprochenen Entscheidung.
- 10 Widmann/Mayer/Mayer, UmwR, § 5 Rdnr. 208.1; Lutter/Drygala, UmwG, § 5 Rdnr. 140; Heinze, RNotZ 2017, 87.
- 11 Maulbetsch/Klumpp/Rose/Maulbetsch, UmwG, 2. Aufl. 2017, § 5 Rdnr. 184; einschränkend Happ/Richter, Konzern- und Umwandlungsrecht, S. 993 f., Rdnr. 4.4 bis 4.6.



des übertragenden Rechtsträgers an dem Verschmelzungsvertrag beteiligt, etwa weil in derselben Urkunde der Zustimmungsbeschluss mitbeurkundet wird, kann eine konkludente Verzichtserklärung vorliegen.<sup>12</sup> Dazu müssen aber weitere Anhaltspunkte gegeben sein; allein die einstimmige Zustimmung zum Verschmelzungsvertrag ist nicht ausreichend.<sup>13</sup> Zu Recht erkennt das Gericht in dem Umstand, dass alleiniger Geschäftsführer und Gesellschafter beider beteiligter Rechtsträger dieselbe natürliche Person ist, solche besonderen Umstände.<sup>14</sup> Zutreffend weist das Gericht aber darauf hin, dass die vorgesehene notarielle Form der Verzichtserklärung deren gesteigerte Bedeutung zum Ausdruck bringt. Das Gericht schließt sich deshalb *expressis verbis* den Empfehlungen der Literatur<sup>15</sup> an, den Verzicht ausdrücklich in die Urkunde aufzunehmen.<sup>16</sup> Man darf dem entnehmen, dass das Gericht auch in Zukunft nicht grundsätzlich bereit sein dürfte, bei fehlenden ausdrücklichen Verzichtserklärungen im Wege der Auslegung behilflich zu sein. Die Entscheidung lässt sich nicht im Sinne einer allgemeinen Entbehrlichkeit ausdrücklicher Verzichtserklärungen lesen.

Sind die Gesellschafter am Verschmelzungsvertrag nicht beteiligt, kann ein konkludenter Verzicht im gesondert gefassten Zustimmungsbeschluss zu sehen sein. Zusätzlich zum gerade Ausgeführten ist Voraussetzung dafür aber, dass der Zustimmungsbeschluss nach den von § 54 Abs. 1 Satz 3 UmwG in Bezug genommenen Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen der §§ 8 ff. BeurkG gefasst wurde.<sup>17</sup> Denn Hauptzweck des Formerfordernisses in § 54 Abs. 1 Satz 3 UmwG ist die Warnfunktion vor einem kompensationslosen Verlust der Mitgliedschaftsrechte am übertragenden Rechtsträger.<sup>18</sup>

Gelangt man – anders als in der besprochenen Entscheidung – aufgrund der vorstehenden Erwägungen zu dem Ergebnis, dass eine Verzichtserklärung nach § 54 Abs. 1 Satz 3 UmwG fehlt, so stellt sich die Frage, ob darin ein (behebbares) Eintragungshindernis liegt.<sup>19</sup> Dafür spricht, dass es sich nicht um einen Mangel des Verschmelzungsvertrags selbst, sondern um das Fehlen einer Erklärung einer nicht am Verschmelzungsvertrag beteiligten Person (des Gesellschafters) handelt. Folgt man dieser Sichtweise, kann eine Entbehrlichkeit nach § 5 Abs. 2 UmwG nicht in Frage kommen. Dagegen wird aber eingewendet, dass aufgrund der Beteiligungsidentität bei Schwestergesellschaften die formelle Trennung zwischen den Parteien des Verschmelzungsvertrags einerseits und der beteiligten Gesell-

schafter andererseits nicht sachgerecht sei.<sup>20</sup> Verortet man damit den Fehler doch auf Ebene des Verschmelzungsvertrags, kann die entsprechende Anwendung des § 5 Abs. 2 UmwG helfen. Diese Frage lässt das Gericht offen. Zweifel daran, dass ein Gericht, das auf der ersten Ebene der Auslegung die Zustimmung zum Verschmelzungsvertrag nicht auch als Verzichtserklärung nach § 54 Abs. 1 Satz 3 UmwG wertet, dann auf der zweiten Ebene das Fehlen des Verzichts in die Sphäre des Verschmelzungsvertrags verorten würde, dürften aber angebracht sein.

<sup>20</sup> *Heinze*, RNotZ 2017, 87; In diese Richtung auch Rdnr. 16 der besprochenen Entscheidung.

## INTERNATIONALES PRIVATRECHT

### 22. Fehlende Bindungswirkung eines Europäischen Nachlasszeugnisses

OLG München, Beschluss vom 10.2.2020, 34 Wx 357/17

ABGB §§ 531-825

GBO §§ 22, 53

EuErbVO Art. 1, 23, 62

#### LEITSATZ:

**Der Miteigentumsanteil an in Deutschland gelegenen Grundbesitz eines deutschen Staatsangehörigen, der seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hatte und dort verstorben ist, wird, auch bei ausdrücklicher Zuweisung des Grundbesitzes im Europäischen Nachlasszeugnis an einen Miterben, nicht zu Alleineigentum erworben, da nach dem maßgeblichen österreichischen materiellen Erbrecht Universalsukzession eintritt, das österreichische Recht keine dingliche Teilungsanordnung kennt und daher die Richtigkeitsvermutung des Europäischen Nachlasszeugnisses keine Wirkung entfaltet.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** I. Der Beteiligte ist gemeinsam mit K in Erbengemeinschaft als Eigentümer eines Viertelanteils an einem Grundstück im Grundbuch eingetragen. Als Grundlage für die Eintragung ist vermerkt:

Einantwortungsbeschluss des Bezirksgerichts Josefstadt vom 13.3.2017, 25 A 120/16 y – 21; eingetragen am 3.7.2017.

**2** Dem lag folgendes zugrunde:

**3** Ursprünglich war der Bruder des Beteiligten Eigentümer des Viertelanteils. Dieser verstarb am 25.9.2016 in Österreich. Am 26.6.2017 beantragte der Beteiligte persönlich bei dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle des Grundbuchamts unter Vorlage eines Protokolls der Verlassenschaftssache nach seinem Bruder vom 8.3.2017 (25 A 120/16 y – 21 Bezirksgericht Josefstadt) die Eintragung der Erbfolge. In dem Protokoll ist vermerkt:

<sup>12</sup> Rdnr. 13 der besprochenen Entscheidung; *Kallmayer/Kocher*, UmwG, § 54 Rdnr. 18; Skeptisch dazu *Böttcher/Habighorst/Schulte/Kleindiek*, UmwR, 2. Aufl. 2019, § 54 Rdnr. 32.

<sup>13</sup> *Heinze*, RNotZ 2017, 87; *Lutter/Vetter*, UmwG, § 54 Rdnr. 88.

<sup>14</sup> Rdnr. 15 der besprochenen Entscheidung.

<sup>15</sup> *Widmann/Mayer/Mayer*, UmwR, § 54 Rdnr. 51.1; *Lutter/Vetter*, UmwG, § 54 Rdnr. 88.

<sup>16</sup> Rdnr. 13 der besprochenen Entscheidung.

<sup>17</sup> *Widmann/Mayer/Mayer*, UmwR, § 54 Rdnr. 51.1; *Kallmayer/Kocher*, UmwG, § 54 Rdnr. 18; *Böttcher/Habighorst/Schulte/Kleindiek*, UmwR, § 54 Rdnr. 32.

<sup>18</sup> Rdnr. 18 der besprochenen Entscheidung.

<sup>19</sup> So *Lutter/Vetter*, UmwG, § 54 Rdnr. 89.

**4** Gemäß der letztwilligen Anordnung vom 5.9.2016 wird der Nachlass übernommen wie folgt:

„a) der erbl. Bruder (...) übernimmt den erbl. Liegenschaftsanteil sowie das Guthaben auf dem Konto Nr. (...) bei der (...) in sein Alleineigentum.“

b) das weitere Nachlassvermögen wird von Frau K übernommen.“

**5** Mit Schreiben vom 26.6.2017 bat die zuständige Rechtspflegerin um Nachreichung des betreffenden Einantwortungsbeschlusses in Ausfertigung. Dieser entspreche dem deutschen Erbschein und sei Grundlage der Eintragung im Grundbuch.

**6** Mit Schreiben vom 30.6.2017 übersandte der Beteiligte den Einantwortungsbeschluss des Bezirksgerichts Josefstadt vom 13.3.2017. Dieser lautet auszugsweise wie folgt:

„1) Die Verlassenschaft wird nachgenannten Erben, die mit der Rechtswohltat des Inventars aufgrund Testamentes vom 5.9.2016 je die bedingten Erbantrittserklärungen abgegeben haben, je zur Hälfte eingewortet und zwar:

a. dem erbl. Bruder (...) und b. Frau X K.“

**7** Nach Vorlage des Einantwortungsbeschlusses beim Grundbuchamt erfolgte die Eintragung des Beteiligten und K in Erbengemeinschaft im Grundbuch.

**8** Nach Zusendung der Eintragungsbekanntmachung vom 4.7.2017 teilte der Beteiligte dem Grundbuchamt mit Schreiben vom 10.7.2017 mit, dass die Eintragung nicht korrekt sei. Zwar sei es zutreffend, dass er gemeinsam mit K je zur Hälfte Erbe seines Bruders geworden sei. Aufgrund des Europäischen Nachlasszeugnisses (...) vom 13.3.2017 habe er aber Anspruch auf den Viertelanteil am betreffenden Grundstück. Er bitte höflichst, die Eintragungsbekanntmachung vom 4.7.2017 demgemäß zu ändern und ihn alleine als Erbnachfolger einzutragen.

**9** Das Europäische Nachlasszeugnis lag in beglaubigter Abschrift dem Schreiben bei.

**10** Dieses ist ausgestellt von der Gerichtskommissionärin Dr. T und weist in Ziffer 5. Formblatt V den Beteiligten als Antragsteller und gemäß Ziffer 1. Anlage IV zum Formblatt V als Erben aus. In Formblatt V Anlage IV unter Ziffer 8. ist eingetragen Der Erbe hat Anspruch auf folgenden Teil des Nachlasses (bitte angeben):

„Hälfteanteil des Nachlasses“.

und unter Ziffer 9.

Dem Erben zugewiesene(r) Vermögenswert(e), für den/die eine Bescheinigung beantragt wurde (...):

„Viertelanteil Flurstück (...) im Grundbuchsbezirk (...).

**11** Mit Schreiben vom 21.7.2017 teilte das Grundbuchamt dem Beteiligten mit, dass eine Änderung der Grundbucheintragung nicht erfolgen könne, da er aufgrund des insoweit alleine maßgeblichen Einantwortungsbeschlusses vom 13.3.2017 gemeinsam mit K zu Erben berufen sei, was richtig im Grundbuch eingetragen worden sei.

**12** Daraufhin beantragte der Beteiligte mit Schreiben vom 11.9.2017 unter Vorlage eines Ergänzungsbeschlusses vom 24.8.2017 zum Einantwortungsbeschluss vom 13.3.2017 erneut, die Eintragungsbekanntmachung vom 4.7.2017 zu ändern und ihn allein als Erbnachfolger einzutragen. In dem Ergänzungsbeschluss ist vermerkt:

„Auf Grund des Ergebnisses der Verlassenschaftsabhandlung wird ob dem Erblasser (...) gehörenden 1/4 Anteil (...) die Einverleibung des Eigentumsrechts für (...) (= der Beteiligte) vorzunehmen sein.“

**13** Es folgt die Feststellung, dass der eingewortete Erbe zum Kreis der gesetzlichen Erben zählt.

**14** Mit Beschluss vom 18.9.2017 hat das Grundbuchamt den Antrag vom 11.9.2017 zurückgewiesen mit der Begründung, für die Eintragung des Beteiligten als Alleinerbe sei keine Grundlage vorhanden. Der Ergänzungsbeschluss besage lediglich, dass der Beteiligte zum Kreis der gesetzlichen Erben gehöre. Für die gewünschte Alleineintragung sei entweder der bisherige Einantwortungsbeschluss aufzuheben und ein neuer zu erlassen, der ihn als Alleinerbe ausweise, oder ein entsprechender notarieller Vertrag zur Erbauseinandersetzung mit der Miterbin vorzulegen.

**15** Gegen diesen Beschluss hat der Beteiligte mit Schreiben vom 9.10.2017 Beschwerde eingelegt. Zur Begründung ist ausgeführt, nach der letztwilligen Verfügung des Erblassers werde gemäß dem Protokoll des Gerichtskommissionärs von ihm, dem erblichen Bruder, der erbliche Liegenschaftsanteil Viertelanteil übernommen. Die letztwillige Anordnung sei in einem Protokoll vom 21.12.2016 als Testament ausgelegt worden, in dem der Beteiligte und K, unter Berücksichtigung der vom Verstorbenen verfügten Teilungsanordnung, zu Erben berufen erschienen. Die letztwillige Verfügung sei weiters dahin gehend ausgelegt worden, dass eine reale Teilung verfügt worden sei und dieser Teilungsanordnung sei im Protokoll vom 8.3.2017 entsprochen worden. Im Einantwortungsbeschluss des Bezirksgerichts Josefstadt vom 13.3.2017 sei die Verlassenschaft den Erben je zur Hälfte eingewortet. Aufgrund des Ergebnisses der Verlassenschaftsabhandlung sei das alleinige Eigentumsrecht für den 1/4 Anteil mit dem Ergänzungsbeschluss zusätzlich ausgewiesen. Auch das Europäische Nachlasszeugnis diene zum Nachweis seiner Berechtigung zur Übernahme der anteiligen Liegenschaft.

**16** Er beantragt daher, den Beschluss des AG – Grundbuchamt – aufzuheben und die Eintragungsbekanntmachung vom 4.7.2017 auf Grundlage des Ergänzungsbeschlusses vom 24.8.2017 zum Einantwortungsbeschluss vom 13.3.2017 und gemäß dem Europäischen Nachlasszeugnis vom 27.4.2017 zu ändern und ihn allein als Erbnachfolger einzutragen.

**17** Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

**18** II. Das als beschränkte Beschwerde auszulegende Rechtsmittel ist zulässig, hat aber in der Sache keinen Erfolg.

**19** 1. Die mit Schreiben vom 9.10.2017 eingelegte Beschwerde, mit der der Beteiligte beantragt, die Eintragungsbekanntmachung vom 4.7.2017 zu ändern, ist gemäß § 133 BGB analog auszulegen. Der Beteiligte will die ihm nach § 55

GBO mitgeteilte Eintragung als Eigentümer in Erbengemeinschaft mit K nicht hinnehmen.

**20 a)** Eine Eintragungsbekanntmachung nach § 55 GBO dient der Information des Antragstellers über eine erfolgte Eintragung. Nach § 55 GBO soll jede Eintragung dem Antragsteller und dem eingetragenen Eigentümer sowie allen aus dem Grundbuch ersichtlichen Personen bekanntgemacht werden, zu deren Gunsten die Eintragung erfolgt ist oder deren Recht durch sie betroffen wird. Diese Vorschrift gibt dem Antragsberechtigten, also demjenigen, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird oder zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll (§ 13 Abs. 1 GBO), einen Anspruch darauf, vom Grundbuchamt durch eine die Eintragung wörtlich wiedergebende Bekanntmachung (§ 55 Abs. 6 Satz 1 GBO) informiert zu werden. Zwar kann gegen die Eintragungsbenachrichtigung grundsätzlich Erinnerung oder Beschwerde eingelegt werden (Bauer/Schaub/Bauer, GBO, 4. Aufl., § 55 Rdnr. 11; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 306), allerdings nicht mit dem Ziel, diese abzuändern.

**21** Die Auslegung ergibt hingegen, dass sich der Beteiligte gegen die der Eintragungsbekanntmachung zugrunde liegende Eintragung als Eigentümer in Erbengemeinschaft mit K wendet und seine Eintragung als Alleineigentümer verlangt. Der Beteiligte begehrt also eine Berichtigung des Grundbuchs wegen ursprünglicher Unrichtigkeit. Diesen Antrag hat das Grundbuchamt mit dem Beschluss vom 18.9.2017 zurückgewiesen. Die Vorlage des Ergänzungsbeschlusses vom 24.8.2017 zum Einantwortungsbeschluss vom 13.3.2017 ist nicht als neuer Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 22 GBO auszulegen. Denn der Beteiligte trägt gerade nicht vor, dass die Eintragung in Erbengemeinschaft ursprünglich richtig war und durch den Ergänzungsbeschluss nunmehr der Nachweis der Unrichtigkeit geführt wäre.

**22 b)** Gegen den die Eintragung des Beteiligten als Alleinerben zurückweisenden Beschluss des Grundbuchamts ist nur die beschränkte Beschwerde gemäß § 71 Abs. 2 GBO, § 11 Abs. 1 RPflG statthaft und das vom Beteiligten eingelegte Rechtsmittel vom 9.10.2017 als eine solche auszulegen. Denn in der Regel ist zugunsten des Beschwerdeführers anzunehmen, dass das Rechtsmittel mit dem zulässigen Inhalt eingelegt ist (Hügel/Kramer, GBO, 4. Aufl., § 71 Rdnr. 100; BayObLG, Rpfleger 1980, 64).

**23** Nach § 71 Abs. 1 GBO ist zwar grundsätzlich jede Entscheidung des Grundbuchamts mit der Beschwerde anfechtbar. § 71 Abs. 2 GBO schränkt diesen Grundsatz jedoch dahin gehend ein, dass Beschwerden gegen Eintragungen – und bei einem Berichtigungsantrag wie vorliegend richtet sich die Beschwerde in Wahrheit gegen die angeblich von Anfang an unrichtige Eintragung – nur mit dem Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruchs oder der Amtslöschung eingelegt werden können (Hügel/Kramer, GBO, § 71 Rdnr. 3). Nach allgemeiner Meinung ist dabei § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO dahin gehend auszulegen, dass die Beschränkung der Beschwerde nur bei Eintragungen gilt, an die sich gutgläubiger Erwerb anschließen kann (Hügel/Kramer, GBO, § 71 Rdnr. 95). Die Eintragung des Beteiligten und der K als Eigentümer in Erbengemeinschaft steht unter dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs. Denn

gutgläubiger Erwerb kommt bei unzutreffender Eintragung des Eigentümers in Betracht, insbesondere auch, wenn als Eigentümer eines Miteigentumsanteils eine Erbengemeinschaft eingetragen ist, jedoch tatsächlich ein Erbe den Anteil des Grundstücks allein zu Miteigentum bekommen hat. Kann die Beseitigung der Eintragung mit dem Rechtsmittel nicht erreicht werden, so wird davon ausgegangen, dass der Beschwerdeführer das Ziel auf jede andere rechtlich mögliche Weise erreichen will. Aus diesem Grund wird das Beschwerdebegehren, eine Eintragung zu löschen, dahin gehend ausgelegt, dass der Beschwerdeführer zumindest hilfsweise auch die Eintragung eines Amtswiderspruchs begehrt (Hügel/Kramer, GBO, § 71 Rdnr. 100; Demharter, GBO, 31. Aufl., § 71 Rdnr. 55).

**24 c)** Die Beschwerde ist auch im Übrigen zulässig eingelegt (§ 73 GBO). Insbesondere ist der Beteiligte beschwerdebeberechtigt. Bei mit der beschränkten Beschwerde anfechtbaren Entscheidungen ist nach allgemeiner Ansicht nur derjenige beschwerdeberechtigt, der im Fall der Unrichtigkeit der Eintragung einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs nach § 894 GB hätte (Senat vom 14.1.2016, 34 Wx 389/15, NJOZ 2017, 726; BayObLG, NJW 1983, 1567, 1568; Hügel/Kramer, GBO, § 71 Rdnr. 198; Demharter, GBO, § 71 Rdnr. 68). Bei einer unrichtigen Eigentümergeintragung, wie sie gegenständlich behauptet wird, ist demnach beschwerdeberechtigt nur der wahre Eigentümer (Senat vom 24.9.2010, 34 Wx 120/10, NJW-RR 2011, 235). Der Beteiligte bringt vor, Alleineigentümer zu sein.

**25** 2. Die Beschwerde ist jedoch unbegründet.

**26** Da eine Eintragung einer Erbengemeinschaft als Miteigentümer nicht ihrem Inhalt nach unzulässig ist (§ 53 Abs. 1 Satz 2 GBO), kommt vorliegend nur die Eintragung eines Widerspruchs gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO in Betracht. Ein solcher ist im Grundbuch einzutragen, wenn das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist (Hügel/Holzer, GBO, § 53 Rdnr. 15 f. und 24) und sich an die Eintragung gutgläubiger Erwerb anschließen kann (OLG Frankfurt a. M., FGPrax 2019, 104; OLG München, FGPrax 2007, 63). Dabei müssen die Gesetzesverletzung feststehen und die Unrichtigkeit des Grundbuchs glaubhaft sein (Demharter, GBO, § 53 Rdnr. 28).

**27** Ob das Grundbuchamt bei der Eintragung gesetzliche Vorschriften dadurch verletzt hat, dass es die Eintragung auf Grundlage des Einantwortungsbeschlusses des Bezirksgerichts Josefstadt vom 13.3.2017 vorgenommen hat und nicht aufgrund des Europäischen Nachlasszeugnisses vom 10.3.2017, kann dahinstehen, denn das Grundbuch ist jedenfalls durch die Eintragung der unter 2.5 und 2.6 Eingetragenen „in Erbengemeinschaft“ nicht unrichtig geworden.

**28** Die Unrichtigkeit des Grundbuchs gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO erfasst die materielle Unrichtigkeit im Sinne von § 894 BGB (Hügel/Holzer, GBO, § 53 Rdnr. 25). Damit liegt eine Unrichtigkeit des Grundbuchs vor, wenn die durch den Grundbuchinhalt dargestellte Rechtslage nicht der Gesetzeslage entspricht (Palandt/Herrler, 79. Aufl., § 894 Rdnr. 2). Dabei sind nur solche Eintragungen betroffen, die – wie vorlie-



gend – dem öffentlichen Glauben unterliegen (Senat vom 16.1.2007, 34 Wx 163/06, FGPrax 2007, 63).

**29** Das Grundbuch wäre nur dann unrichtig, wenn der Beteiligte durch den Erbfall unmittelbar Alleineigentum an dem Miteigentumsanteil erworben hätte. Vorliegend entspricht die Eintragung der Erbgemeinschaft, bestehend aus dem Beteiligten und der K, als Miteigentümer jedoch der materiellen Rechtslage.

**30** Sowohl die Erbfolge als auch die Art und Weise des Erwerbs dinglicher Rechte richten sich nach österreichischem Recht, das Universalsukzession vorsieht und keine dinglichen Teilungsanordnungen kennt.

**31 a)** Die Frage, welches Recht anzuwenden ist, ist nach der VO (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.7.2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses (EuErbVO) zu bestimmen.

**32 aa)** Der räumliche, sachliche und zeitliche Anwendungsbezug dieser Verordnung ist eröffnet. Gemäß deren Art. 83 Abs. 1 kommt die EuErbVO auf den vorliegenden Erbfall zur Anwendung, da der Erblasser nach dem 16.8.2015 in Österreich verstorben ist und u. a. ein in Deutschland gelegenes Grundstück vererbt hat. Vorrangige Staatsverträge im Verhältnis zu Österreich im Bereich des anwendbaren materiellen Erbrechts sind nicht vorhanden (Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch/Wilsch, Erbrecht, 3. Aufl., Teil 5 Rdnr. 1 und 2). Da eine Rechtswahl nach Art. 22 Abs. 1 EuErbVO nicht getroffen wurde, ist für die Feststellung der Erbfolge gemäß Art. 21 Abs. 1 EuErbVO maßgebend der letzte gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes. Diesen hatte der Erblasser in der Republik Österreich, einem Mitgliedsstaat der EuErbVO (Firsching/Graf/Döbereiner, Nachlassrecht, 11. Aufl., § 48 Rdnr. 59). Nach Art. 23 Abs. 1 EuErbVO unterliegt die gesamte Rechtsnachfolge von Todes wegen österreichischem Recht, denn, wie Erwägungsgrund 37 Satz 4 zu entnehmen ist, verfolgt die EuErbVO das Prinzip der Nachlassseinheit und will Nachlassspaltungen möglichst vermeiden. Dazu unterstellt Art. 21 EuErbVO die gesamte Rechtsnachfolge von Todes wegen dem Recht des Staates, in dem der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte (Osterholzer, JA 2019, 382).

**33 bb)** Nach der Aufzählung in Art. 23 Abs. 2 lit. e) EuErbVO fallen darunter auch die Rechtsvorschriften betreffend den Übergang der zum Nachlass gehörenden Vermögenswerte auf die Erben (Firsching/Graf/Döbereiner, Nachlassrecht, § 47 Rdnr. 22; jurisPK-BGB/Sonnentag, 8. Aufl., Art. 23 Rdnr. 12). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus Art. 1 Abs. 2 lit. k) und l) EuErbVO. Wegen des numerus clausus der Sachenrechte fallen danach nicht unter die EuErbVO die Bestimmungen über die Art der dinglichen Rechte, Art. 1 Abs. 2 lit. k) EuErbVO, und die Eintragung von Rechten an beweglichen und unbeweglichen Vermögensgegenständen in einem Register, Art. 1 Abs. 2 lit. l) EuErbVO. Diese sind weiter autonom anzuknüpfen. Allerdings ist die Reichweite dieser Ausschlussstatbestände umstritten. Teilweise wird Art. 1 Abs. 2 lit. k) EuErbVO, insbesondere auch in der Gesamtschau mit Art. 1 Abs. 2 lit. l) EuErbVO, weit ver-

standen, sodass nicht nur die Art, sondern auch der Erwerb von dinglichen Rechten dem Sachenrechtsstatut zufalle (Scherer/Pawlytta/Pfeiffer, Münchner Anwaltshandbuch Erbrecht, 5. Aufl., Art. 1 Rdnr. 105 m. w. N.). Relevant wird dies vor allem im Zusammenhang mit dinglich wirkenden Vermächtnissen (Vindikationslegate), die in verschiedenen Ländern vorgesehen sind. Durch die Entscheidung des EuGH (Kubicka, NJW 2017, 3767; vgl. auch Weber, DNotZ 2018, 16; Dorth, ZEV 2018, 11; Wilsch, ZfIR 2018, 253; Leitzen, ZEV 2018, 311) steht nunmehr fest, dass die EuErbVO so zu verstehen ist, dass das Vindikationslegat volle Wirksamkeit nach dem Erbstatut auch in denjenigen Rechtsordnungen entfaltet, die nur das schuldrechtlich wirkende Vermächtnis kennen. Der EuGH begründet dies mit Art. 23 Abs. 1 EuErbVO, mit der Einheitlichkeit des auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Rechts sowie mit dem Erwägungsgrund 37 der EuErbVO. Verhindert werden soll eine Nachlassspaltung, womit dem Erbstatut Vorrang vor dem Sachenrechtsstatut eingeräumt wird. Demzufolge ist davon auszugehen, dass der Anwendungsbereich des Art. 1 Abs. 2 lit. k) EuErbVO sich auf die Existenz und die Anzahl der dinglichen Rechte beschränkt. Übergangsmodalitäten werden aber von Art. 1 Abs. 2 lit. k) EuErbVO nicht erfasst (OLG Saarbrücken, FGPrax 2019, 169; Scherer/Pawlytta/Pfeiffer, Münchner Anwaltshandbuch Erbrecht, Art. 1 EuErbVO Rdnr. 108). Dafür spricht auch, dass Art. 1 Abs. 2 lit. k) EuErbVO nur die „Art der dinglichen Rechte“, also ihren Typus und gerade nicht die Art und Weise ihres Erwerbs nennt (Dutta/Weber/Schmidt, Internationales Erbrecht, Art. 1 EuErbVO Rdnr. 127). Auch in Zusammenschau mit der in Art. 1 Abs. 2 lit. l) EuErbVO vorgesehene Bereichsausnahme zugunsten des Registerstatuts ergibt sich nichts anderes. Dies hat der EuGH in der bereits zitierten Entscheidung in der Rechtssache Kubicka (NJW 2017, 3767) dahin gehend konkretisiert, dass die Voraussetzungen, unter denen Rechte erworben werden, nicht zu den nach dieser Bestimmung vom Anwendungsbereich dieser Verordnung ausgeschlossenen Bereichen gehören (Burandt/Rojahn/Burandt/Schmuck, Erbrecht, 3. Aufl., Art. 1 EuErbVO Rdnr. 15).

**34 b)** Damit findet grundsätzlich österreichisches Recht sowohl für die Frage, wer mit welchem Anteil zum Erben berufen ist, als auch für die Frage, wie die Erbschaft auf die Erben übergeht, Anwendung.

**35 aa)** Allerdings ist schon durch das vom Beteiligten vorgelegte Europäische Nachlasszeugnis vom 13.3.2017 nachgewiesen, dass er Miterbe zu 1/2 geworden ist. Dies gilt unabhängig davon, dass das Grundbuchamt das zum Zeitpunkt der Eintragung des Beteiligten am 3.7.2017 gültige Europäische Nachlasszeugnis nicht als Grundlage für die Eintragung verwendet hat.

**36** Gemäß Art. 63 Abs. 1 EuErbVO ist ein Europäisches Nachlasszeugnis zur Verwendung durch Erben bestimmt, die sich – wie vorliegend – in einem anderen Mitgliedsstaat auf ihre Rechtsstellung berufen.

**37 (1)** Nach Art. 69 Abs. 2 EuErbVO wird vermutet, dass das Zeugnis die Sachverhalte, die nach dem auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Recht festgestellt wurden, zutreffend ausweist. Mit „Sachverhalte“ sind grundsätzlich alle im Europäischen Nachlasszeugnis festgestellten Tatsachen und Rechtsverhältnisse gemeint (BeckOGK-



EuErbVO/*Schmidt*, Stand: 2019, Art. 69 Rdnr. 9 und 17). Inhaltlich begründet das Europäische Nachlasszeugnis die positive Vermutung, dass der Betreffende die dort ausgeführte Rechtsstellung als Erbe tatsächlich innehat, und die negative Vermutung, dass seine Rechte keinen anderen als den aufgeführten Bedingungen unterliegen (*jurisPK-BGB/Kleinschmidt*, Art. 69 EuErbVO Rdnr. 7). Möglich ist auch die Ausstellung eines Teilnachlasszeugnisses für einzelne Mitglieder einer Erbegemeinschaft, in dem dann auch der jeweilige Anteil am Nachlass (Art. 63 Abs. 2 lit. a) EuErbVO), also die Erbquote ausgewiesen werden kann (*jurisPK-BGB/Kleinschmidt*, Art. 63 EuErbVO Rdnr. 29, 30). Aus Anlage IV, Ziffer 1 zum Formblatt V des Europäischen Nachlasszeugnisses ergibt sich, dass der Beteiligte Erbe ist und aus Ziffer 8., dass er Anspruch auf den „Hälfteanteil des Nachlasses“ hat.

**38** (2) Von der Richtigkeit des Europäischen Nachlasszeugnisses ist auszugehen, weshalb grundsätzlich eine Überprüfung durch das Grundbuchamt bzw. das im Beschwerdeverfahren an dessen Stelle tretende Beschwerdegericht ausgeschlossen ist. Deshalb sind auch die Ausstellungsvoraussetzungen nicht zu überprüfen, insbesondere, ob überhaupt ein grenzüberschneidender Bezug gegeben ist (*Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch/Wilsch*, Internationales Erbrecht, Teil 4 § 27 Rdnr. 17; *Lange*, DNotZ 2016, 103, 113). Ob dies auch für die Frage gilt, ob das Europäische Nachlasszeugnis von der zuständigen Behörde des betreffenden Landes ausgestellt wurde, wird – soweit ersichtlich – nicht diskutiert. Aufgrund des Umstandes, dass ein amtliches Formular für das Europäische Nachlasszeugnis eingeführt ist (Art. 67 Abs. 1 Satz 2, Art. 81 Abs. 2 i. V. m. Art. 1 Abs. 5 Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1329/2014), dürfte, soweit dieses verwendet wird, auch insoweit die Richtigkeitsvermutung gelten. Für den vorliegenden Fall kann dies jedoch dahinstehen, da das hier maßgebliche Zeugnis von der in Österreich gemäß § 1 Abs. 1 Ziffer 1 d) und § 2 österreichisches Gerichtskommissärsgesetz zuständigen Gerichtskommissionärin stammt (vgl. *Kroiß/Ann/Mayer/Süß*, BGB/Erbrecht, 5. Aufl., Österreich I. Rdnr. 4).

**39** (3) Zum Zeitpunkt der Eintragung des Beteiligten und der K als Miterben am 3.7.2017 war das am 13.3.2017 ausgestellte Europäische Nachlasszeugnis gültig. Die in Art. 70 Abs. 3 EuErbVO statuierte Gültigkeitsdauer von sechs Monaten bewirkt zwar, dass nach Fristablauf die in Art. 69 EuErbVO beschriebenen Wirkungen des Europäischen Nachlasszeugnisses entfallen, weshalb ein abgelaufenes Europäisches Nachlasszeugnis die Fähigkeit verliert, als Unrichtigkeitsnachweis zu fungieren (*Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch/Wilsch*, Internationales Erbrecht, Teil 4 § 2 Rdnr. 24). Nach der Eintragung streitet jedoch die gesetzliche Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB für den Eingetragenen, dessen Legitimation durch den zeitlichen Ablauf des Europäischen Nachlasszeugnisses nicht erschüttert wird (*Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch/Wilsch*, Internationales Erbrecht, Teil 4 § 2 Rdnr. 27).

**40** bb) Der Beteiligte hat jedoch den Miteigentumsanteil nicht zu Alleineigentum erworben, da nach dem maßgeblichen österreichischen materiellen Erbrecht Universalsukzession eintritt (siehe unten (1)), eine ausnahmsweise eine Einzelrechtsnachfolge bewirkende Erbteilungserklärung nicht vorliegt (siehe unten (2)), das österreichische Erbrecht eine dingliche

Teilungsanordnung durch den Erben nicht kennt und deshalb trotz ausdrücklicher Zuweisung des Grundbesitzes im Europäischen Nachlasszeugnis die Richtigkeitsvermutung insoweit keine Wirkung entfaltet (siehe unten (3)).

**41** Maßgebliche Rechtsquellen für das materielle österreichische Erbrecht sind die §§ 531-825 des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs (ABGB). Das in Österreich für Nachlassverfahren geregelte Verlassenschaftsverfahren wurde ordnungsgemäß durchgeführt und mit einem rechtskräftigen Einantwortungsbeschluss beendet.

**42** (1) Gegenstand der Erbfolge ist nach österreichischem Recht die Verlassenschaft als Gesamtheit der vermögenswerten Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers (*Burandt/Rojahn/Solomon*, Erbrecht, 3. Aufl., Länderbericht Österreich Rdnr. 129). Mit dem Tod setzt die Verlassenschaft als juristische Person die Rechtsposition des Verstorbenen fort (§ 546 ABGB). Mit der Einantwortung folgt der Erbe der Rechtsposition der Verlassenschaft nach. Voraussetzung für die Einantwortung ist die Abgabe einer Erbantrittserklärung, in der die betroffenen Personen ihr Erbrecht nachweisen, und der Abschluss des gerichtlichen Verlassenschaftsverfahrens. Der Erwerb der Erbschaft erfolgt durch die Einantwortung der Verlassenschaft, das ist die Übergabe in den rechtlichen Besitz der Erben (§ 797 ABGB). Bei Liegenschaften erfolgt der Eigentumsübergang gemäß § 819 ABGB bereits mit der Rechtskraft der Einantwortung unabhängig von einer Eintragung im Grundbuch (Quelle: Europäisches Justizielles Netz – Österreich). Dabei bilden nach § 550 ABGB mehrere Erben in Ansehung ihres gemeinschaftlichen Erbrechts eine Erbegemeinschaft, die hinsichtlich der einzelnen Nachlassgegenstände bis zur Erbteilung aufrecht bleibt (*Burandt/Rojahn/Solomon*, Erbrecht, Länderbericht Österreich Rdnr. 143). Die Rechtskraft der Einantwortung führt dann zur Universalsukzession (*Burandt/Rojahn/Solomon*, Erbrecht, Länderbericht Österreich Rdnr. 127, 181), das Eigentum an Liegenschaften geht grundsätzlich entsprechend den in der Einantwortungsurkunde genannten Erbquoten auf die Erben über (Österreichischer Oberster Gerichtshof vom 8.11.1994, 5 Ob 127/94). Es wird das Vermögen des Erblassers als Ganzes vererbt und keine einzelnen Gegenstände. Eine originäre Sondererfolge in Einzelgegenstände kennt das österreichische Recht nicht.

**43** Die Verlassenschaftsverhandlung wurde durchgeführt. Der Beteiligte und K haben, was sich aus dem vorgelegten Einantwortungsbeschluss vom 13.3.2017 ergibt, bedingte Erbantrittserklärung abgegeben; der Einantwortungsbeschluss trägt den Vermerk, „diese Ausfertigung ist rechtskräftig und vollstreckbar“.

**44** (2) Ein unmittelbarer Einzelrechtserwerb durch einen Erben nach österreichischem Recht ist dann möglich, wenn die Erben vor der Einantwortung bereits die Erbteilung vorgenommen haben und sich dies aus dem Einantwortungsbeschluss ergibt. Dies scheidet jedoch vorliegend aus.

**45** Die Aufhebung der Erbegemeinschaft erfolgt durch Erbteilung, die sowohl vor als auch nach der Einantwortung erfolgen kann (*Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch/Cejka*, Internationales Erbrecht, Teil 6 A Rdnr. 96; *Burandt/Rojahn/Solomon*, Erbrecht,

Länderbericht Österreich Rdnr. 144). Die Erbteilung kann auf einer Teilungsanordnung des Erblassers oder dem Willen der Miterben beruhen. Vorliegend ist aus dem Protokoll der Verlassenschaftsverhandlung, wonach gemäß der letztwilligen Verfügung vom Beteiligten der erbliche Liegenschaftsanteil sowie das Guthaben bei einer deutschen Bank übernommen wird und von der Miterbin das weitere Nachlassvermögen, zu schließen, dass der Erblasser im Testament eine Teilungsanordnung getroffen hat. Erfolgt die Erbteilung vor der Einantwortung bewirkt letztere, dass jeder Miterbe die ihm so zukommende Sache als unmittelbare Folge des Erbschaftserwerbes und daher als unmittelbarer Gesamtrechtsnachfolger des Erblassers so erwirbt, wie es die Erbteilung vorsieht (Österreichischer Oberster Gerichtshof vom 8.11.1994, 5 Ob 127/94; Burandt/Rojahn/Solomon, Erbrecht, Länderbericht Österreich Rdnr. 144; Kroiß/Ann/Mayer/Süß, BGB/Erbrecht, Österreich Rdnr. 5). Mit Einantwortung entfaltet die Erbteilung dingliche Wirkung (Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch/Cejka, Internationales Erbrecht, Teil 6 A Rdnr. 96). Für eine vor Einantwortung vorgenommene Erbteilung spricht hier nichts. Denn gemäß § 178 Abs. 1 Nr. 3 des hier anzuwendenden österreichischen Außerstreitgesetzes wäre auf eine Erbteilung im Einantwortungsbeschluss hinzuweisen, der jedoch ein derartiges Übereinkommen nicht enthält. Gegen eine Erbteilungsvereinbarung spricht auch die Formulierung in dem Ergänzungsbeschluss zum Einantwortungsbeschluss, wonach aufgrund der Verlassenschaftsabhandlung die Einverleibung vorzunehmen sein „wird“.

**46** (3) Der Umstand, dass in Ziffer 9. Anlage IV Ziffer 1 zum Formblatt V des Europäischen Nachlasszeugnisses als dem Erben zugewiesener Vermögenswert vermerkt ist „Viertelanteil an Flurstück (...) im Grundbuchbezirk (...)“, führt, auch unter Berücksichtigung der Richtigkeits- und Vermutungswirkung des Europäischen Nachlasszeugnisses, zu keinem anderen Ergebnis.

**47** (a) Die Aufnahme des Liegenschaftsanteils beruht auf Art. 63 Abs. 2 lit. b), Art. 68 lit. l) Alt. 2 EuErbVO, wonach „ggf.“ ein Verzeichnis von Rechten und Vermögenswerten in das Europäische Nachlasszeugnis aufzunehmen ist und das Zeugnis für die Zuweisung dieser Vermögenswerte verwendet werden kann. Damit kann der Nachweis erbracht werden, dass ein Nachlassgegenstand der genannten Person zugewiesen ist (jurisPK-BGB/Kleinschmidt, Art. 63 EuErbVO Rdnr. 32). Eine Angabe einzelner Nachlassgegenstände, die einem bestimmten Erben zustehen, kommt nur in Betracht, wenn die Gegenstände diesem Erben mit dinglicher Wirkung („unmittelbar“) zugewiesen sind, wie dies etwa bei in manchen Rechtsordnungen bekannten dinglich wirkenden Teilungsanordnungen oder Vindikationslegaten denkbar ist (OLG München, ZEV 2017, 580; OLG Nürnberg, ZEV 2017, 579 m. Anm. Weinbeck; Hüßtege/Mansel/Nordmeier, BGB, Rom-Verordnungen – EuErbVO –, HUP, 3. Aufl., Art. 68 EuErbVO Rdnr. 21; jurisPK-BGB/Kleinschmidt, Art. 63 EuErbVO Rdnr. 33, Art. 28 EuErbVO Rdnr. 25). Dies hat der EuGH in der obengenannten Entscheidung bestätigt. Soweit das anzuwendende Recht Vindikationslegaten kennt, sind konkrete Nachlassgegenstände in das Verzeichnis aufzunehmen und entfalten innerhalb des Geltungsbereichs der EuErbVO volle Wirksamkeit nach dem Erbstatut (Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch/Wilsch, Internationales Erbrecht, Teil 4 § 2 Rdnr. 30).

**48** (b) Das österreichische Erbrecht kennt jedoch weder Vindikationslegaten noch dinglich wirkende Teilungsanordnungen (Leitzen, ZEV 2018, 311). Der Grund für die genaue Angabe der Liegenschaft in dem österreichischen Europäischen Nachlasszeugnis dürfte darin liegen, dass gemäß § 33 Abs. 1 lit. d) i. V. m. § 32 Abs. 1 lit. a) österreichisches Allgemeines Grundbuchgesetz für die Umschreibung von Grundstücken in Österreich verlangt wird, dass in einem Europäischen Nachlasszeugnis nicht nur der Erbteil eingetragen ist, sondern auch die genaue Bezeichnung der Grundstücke. Insoweit kommt der Aufnahme des Liegenschaftsanteils in dem Europäischen Nachlasszeugnis lediglich unverbindliche informatorische Wirkung und nicht die Richtigkeits- und Vermutungswirkung der EuErbVO zu (vgl. OLG München, ZEV 2017, 580, 581; OLG Nürnberg, ZEV 2017, 579 m. Anm. Weinbeck; Schmid, jurisPR-FamR 8/2018 m. w. N. – jeweils zum deutschen Recht).

**49** III. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst, weil der Beteiligte schon nach dem Gesetz (§ 22 Abs. 1 GNotKG) die gerichtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen haben.

**50** Die Festsetzung des Geschäftswertes für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 79 Abs. 1, § 61 Abs. 1 und 2, § 36 Abs. 1 und 3 GNotKG.

**51** Die Voraussetzungen der Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor, § 78 Abs. 2 GBO.

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor **Stefan Ackermann**, München

#### 1. Sachverhalt der Entscheidung

Das OLG München hatte über eine Beschwerde im Grundbuchverfahren hinsichtlich der Eintragung einer Erbengemeinschaft zu entscheiden. Das Grundbuchamt hatte aufgrund des vom Beschwerdeführer zunächst allein vorgelegten Einantwortungsbeschlusses eines österreichischen Bezirksgerichts vom 13.7.2017 den Beschwerdeführer *zusammen mit einer weiteren Person* in Erbengemeinschaft als Eigentümer des Viertelanteils des Erblassers an der in Deutschland belegenen Immobilie eingetragen.

Hiergegen wandte sich der Beschwerdeführer unter Übersendung eines ebenfalls am 13.7.2017 von der österreichischen Gerichtskommissarin ausgestellten Europäischen Nachlasszeugnisses, in welchem in der Anlage IV unter Ziffer 8 eingetragen war, dass der Beschwerdeführer Anspruch auf einen Hälfteanteil am Nachlass habe, in der Anlage IV unter Ziffer 9 jedoch weiter dargelegt wurde, dass dem Beschwerdeführer der Viertelanteil des Erblassers an der in Deutschland belegenen Immobilie allein zugewiesen wird. Das Grundbuchamt vertrat hieraufhin die Auffassung, dass allein der Einantwortungsbeschluss maßgeblich sei und daher eine Korrektur der Eintragung nicht erfolgen könne. Der Beschwerdeführer reichte daraufhin einen Ergänzungsbeschluss vom 24.8.2017 zum ursprünglichen Einantwortungsbeschluss ein, in dem es hieß:

„Aufgrund des Ergebnisses der Verlassenschaftsabhandlung wird ob dem Erblasser (...) gehörenden ¼ Anteil (...) die Einverleibung des Eigentumsrechts für (den Beschwerdeführer) vorzunehmen sein.“

Weiter folgten im Ergänzungsbeschluss Ausführungen dazu, dass der Beschwerdeführer zum Kreis der gesetzlichen Erben zählt. Das Grundbuchamt bestand jedoch weiter auf entweder einem Beschluss, der den Beschwerdeführer als Alleinerben ausweist, oder einem notariellen Vertrag zur Erbauseinandersetzung. Gegen diesen Beschluss legte der Beschwerdeführer schließlich Beschwerde ein. Prüfungsmaßstab des Beschwerdegerichts war hier nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO, ob die Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen wurde und das Grundbuch hierdurch unrichtig geworden ist. Ob das Grundbuchamt gesetzliche Vorschriften verletzt hat, als es die Eintragung aufgrund des Einantwortungsbeschlusses und nicht des ENZ vorgenommen hat, kann nach Ansicht des OLG München dahinstehen, da durch die Eintragung jedenfalls das Grundbuch nicht unrichtig geworden sei.

## 2. Zum österreichischen Erbrecht

Zu dem Schluss, dass das Grundbuch durch die Eintragung nicht unrichtig geworden sei, kommt das OLG München aufgrund einer Ermittlung der österreichischen Rechtslage. Richtigerweise hat das OLG München hier österreichisches Recht angewandt,<sup>1</sup> welches grundsätzlich von der Universalsukzession ausgeht und kein Vindikationslegat kennt.<sup>2</sup>

In seiner Entscheidung weitgehend unberücksichtigt gelassen hat das OLG München jedoch die Regelungen des österreichischen Rechts zur Abwicklung des Nachlasses.

### a) Erbteilungsübereinkommen

Es besteht nach österreichischem Recht grundsätzlich die Möglichkeit, ein sog. Erbteilungsübereinkommen abzuschließen.<sup>3</sup> Hierin könnten sich die Erben einigen, welche Gegenstände aus der Erbschaft wem zustehen sollen, und diese dann demjenigen Miterben zuweisen.<sup>4</sup> In diesem Fall erwirbt diese Person direkt Alleineigentum an dem jeweiligen Gegenstand im Wege der Individualsukzession.<sup>5</sup> Ein entsprechendes Übereinkommen kann gemäß § 181 Abs. 1 AußStrG vor der Einantwortung geschlossen werden.

In diesem Fall müsste der Einantwortungsbeschluss einen Hinweis hierauf gemäß § 178 Abs. 1 Nr. 3 AußStrG enthalten. Nachdem Ausführungen zu einem solchen Hinweis im Urteil des OLG München nicht enthalten sind, kann davon ausgegangen werden, dass ein Hinweis vermutlich fehlte.

1 Letzter gewöhnlicher Aufenthalt des Erblassers (Art. 21 Abs. 1 EuErbVO).

2 *Leitzen*, ZEV, 2018, 312; *Süß*, ZEV, 2020, 237; *Wittwer, Meusburger-Hammerer*, ErbR, 2020, 494.

3 *Süß*, ZEV, 2020, 237; *Makowsky*, IPRax, 2021, Heft 2, im Erscheinen; *Wittwer, Meusburger-Hammerer*, ErbR, 2020, 494.

4 *Süß*, ZEV, 2020, 237 m. w. N.

5 *Süß*, ZEV, 2020, 237; *Makowsky*, IPRax, 2021, Heft 2, im Erscheinen.

### b) Amtsbestätigung

Ein Erwerbsvorgang durch Erbteilungsübereinkommen kann, ebenso wie der Erwerb aufgrund Vermächtnisses, auch mit einer sog. Amtsbestätigung im Sinne des § 182 Abs. 3 AußStrG bescheinigt werden.<sup>6</sup> Eine Amtsbestätigung zur Übertragung von Nachlassgegenständen ersetzt die Aufsandungserklärung (dt. Auflassung)<sup>7</sup>; der etwaige Vermächtnisnehmer oder Erwerber im Rahmen eines Erbteilungsübereinkommens erwirbt das Eigentum somit außerhalb der „Abhandlung“ mit Eintragung im Grundbuch, der sog. „Einverleibung“.<sup>8</sup>

Die Möglichkeit, dass eine (nach deutschem Verständnis) „Erbauseinandersetzung“, also außerhalb des Einantwortungsbeschlusses, bereits geschehen war und dass dadurch der Beschwerdeführer Alleineigentümer des ¼ Grundstücksanteils geworden war, ist nicht auszuschließen. In diese Richtung könnte etwa der Ergänzungsbeschluss zum Einantwortungsbeschluss verstanden werden. Dort heißt es explizit, dass die Einverleibung vorzunehmen sein wird. Wie gerade dargestellt wurde, kann diese Einverleibung (Grundbucheintragung) allein aufgrund einer solchen Amtsbestätigung, welche die Auflassungserklärung ersetzt, außerhalb des Einantwortungsbeschlusses vorgenommen werden. Etwaige zusätzliche Übertragungserklärungen, wie diese in der typischen deutschen Erbauseinandersetzungsurkunde zu finden wären, sind dann in Österreich gar nicht nötig.

Ein weiteres Indiz, dass eine „Zuteilung“ der in Deutschland belegenen Immobilie bereits im Rahmen der Verlassenschaftsabhandlung erfolgt ist, findet sich im Wortlaut des Ergänzungsbeschlusses, der sich auf das „Ergebnis der Verlassenschaftsabhandlung“ stützt, also gerade Bezug auf diese und die dort gefundenen Ergebnisse nimmt. Aller Wahrscheinlichkeit nach wurde daher die Zuteilung nicht nach der Verlassenschaftsabhandlung durchgeführt, sondern bereits während derselben; dann wurde im Einantwortungsbeschluss lediglich der Hinweis nach § 178 Abs. 1 Nr. 3 AußStrG vergessen.

## 3. Das Europäische Nachlasszeugnis in diesem Zusammenhang

Das OLG München stellt fest, dass das Grundbuch jedenfalls durch die Eintragung der Erbengemeinschaft statt des Beschwerdeführers nicht unrichtig geworden sein kann und begründet dies primär mit der materiellen Rechtslage in Österreich. Hinsichtlich des Europäischen Nachlasszeugnisses führt das OLG zusammengefasst aus, dass es auf dieses und die dort eingetragene Zuweisung von Vermögensgegenständen nicht ankommen könne, da diese Zuweisung jedenfalls im Widerspruch zum materiellen österreichischen Recht stehe.

6 *Süß*, ZEV, 2020, 237; *Wittwer, Meusburger-Hammerer*, ErbR, 2020, 494 f.; *Haunschmidt*, Erbschaft und Testament, 5. Aufl. 2016, S. 120.

7 *Süß*, ZEV, 2020, 237 m. w. N.

8 *Süß*, ZEV, 2020, 237 m. w. N.



### a) Eintragungen aufgrund ausländischer Erbnachweise

Es stellt sich zunächst die Frage, ob das Grundbuchamt die Erbfolge allein aufgrund des ihm zunächst ausschließlich vorgelegten Einantwortungsbeschlusses eintragen durfte.

Zur Eintragung der Erbfolge in das Grundbuch bestimmt § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO, dass der Nachweis der Erbfolge nur geführt werden kann durch Vorlage eines Erbscheins oder eines Europäischen Nachlasszeugnisses. Keines der Dokumente lag dem Grundbuchamt bei Eintragung vor. Zwar würde der Einantwortungsbeschluss in Deutschland gemäß Art. 39 ff. EuErbVO anerkannt und als Urkunde angenommen (Art. 59 EuErbVO); hiervon jedoch nicht umfasst wären nach herrschender Meinung etwaige materiellrechtliche Vermutungs- und Legitimationswirkungen eines solchen Beschlusses.<sup>9</sup> Vertretbar wäre es hier wohl noch gewesen, mit *Dutta* zu sagen, dass die Eintragung aufgrund des ausländischen Erbnachweises (hier: Einantwortungsbeschluss) aufgrund dessen Anerkennung – auch hinsichtlich der Legitimationswirkung – schon nicht gegen § 35 GBO verstößt.<sup>10</sup> Dies wäre auch im europäischen Kontext eine noch nachvollziehbare Entscheidung gewesen. Hierzu besteht zwar innerhalb des Geltungsbereichs der EuErbVO kein gesteigertes Bedürfnis, da hierfür gerade das Europäische Nachlasszeugnis geschaffen wurde. Dies würde aber für drittstaatliche Erbnachweise eine Erleichterung in der Praxis darstellen. Im Ergebnis ist die Auffassung der herrschenden Meinung vor dem Hintergrund der Gefahr unrichtiger Eintragungen im Grundbuch aber überzeugend. Erlaubte man die Eintragung von Rechtsnachfolgen aufgrund ausländischer Erbnachweise, käme man zu unbefriedigenden Ergebnissen. Wenn man ausländische Erbnachweise als Nachweis im Sinne des § 35 GBO zuließe, so würde man entweder dem Grundbuchamt die Prüfung aufbürden, ob und inwieweit der jeweilige Erbnachweis nach dem jeweiligen Landesrecht tatsächliche Legitimationswirkungen entfaltet oder man müsste diese Prüfung entfallen lassen. Ebenso wie man den letztgenannten Weg aufgrund der für den Rechtsverkehr notwendigen Richtigkeitsgewähr von Grundbucheintragungen keinesfalls wählen kann, ist auch der erstgenannte Weg nicht zielführend, da das Grundbuchamt, weder Zeit noch ausreichende Ressourcen hat, um jeweils umfassende Ermittlungen zum ausländischen Recht anzustellen.

Vor diesem Hintergrund ist Zurückhaltung gegenüber ausländischen Erbnachweisen und deren materiellrechtlichen Vermutungs- und Legitimationswirkungen durchaus angemessen. Die hohe Richtigkeitsgewähr des deutschen Grundbuchs darf nicht leichtfertig auf Spiel gesetzt werden.

Gerade für grenzüberschreitenden Fälle, zumindest innerhalb des Geltungsbereichs der EuErbVO, steht mit dem Europäischen Nachlasszeugnis ein praktikables Mittel zum Nachweis der Erbfolge zur Verfügung. An der Verwendung ausländischer Erbnachweise, zumindest in diesem Bereich, gibt es daher kein anerkanntes Interesse mehr.

Das Grundbuchamt hätte somit eine Eintragung aufgrund des ihm zunächst ausschließlich vorgelegten Einantwortungsbeschlusses nach herrschender Meinung nicht vornehmen dürfen.<sup>11</sup>

### b) Europäisches Nachlasszeugnis

Das OLG München geht in seinem Beschluss davon aus, dass die Aufführung von Grundbesitz im Europäischen Nachlasszeugnis hier lediglich informatorischen Charakter hat. Dies begründet es damit, dass das österreichische Erbrecht eine Einzelrechtsnachfolge in dinglicher Hinsicht nicht kenne bzw. allein aufgrund des fehlenden Hinweises eine Erbteilung ausgeschlossen sei. Dies ist, wie oben dargelegt, in dieser Allgemeinheit gerade nicht zutreffend.

Die Auffassung des Gerichts zu den Rechtswirkungen des Europäischen Nachlasszeugnisses kann daher keinen Bestand haben. Nach Art. 69 Abs. 2 wird vermutet, dass die im Europäischen Nachlasszeugnis getroffenen Feststellungen richtig sind. Nach Art. 69 Abs. 5 EuErbVO liefert das Europäische Nachlasszeugnis den Nachweis für Registereintragungen. Und schließlich umfasst das Europäische Nachlasszeugnis nach Art. 68 lit. I EuErbVO auch die Zuordnung von Vermögenswerten an Erben. Das Grundbuchamt hat daher das Europäische Nachlasszeugnis gemäß § 35 GBO ebenso wie den deutschen Erbschein als inhaltlich zutreffenden Nachweis der Erbfolge zu beachten, und zwar auch insofern, als sich daraus die Einzelrechtsnachfolge an bestimmten Gegenständen ergibt.<sup>12</sup> Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann, dass eine Einzelrechtsnachfolge im Ursprungsland in irgendeiner Form existiert. Das Grundbuchamt hat insbesondere beim Europäischen Nachlasszeugnis, wie auch beim deutschen Erbschein, nicht zu prüfen, ob dieses inhaltlich richtig erteilt wurde.<sup>13</sup> Dies würde gerade den Zweck des Europäischen Nachlasszeugnisses, nämlich die Vereinfachung der Abwicklung von grenzüberschreitenden Erbfällen, ad absurdum führen, wenn nun doch wieder jedes nationale Gericht nach seiner (teilweisen) Kenntnis das ausländische Recht beurteilen müsste. Dieser zusätzliche Aufwand soll mit dem Europäischen Nachlasszeugnis den mitgliedstaatlichen Gerichten gerade erspart bleiben, was

9 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 800 m. w. N.; BeckOK-GBO/Wilsch, Stand: 1.10.2020, § 35 Rdnr. 166 m. w. N., OLG Bremen, Beschluss vom 19.5.2011, 3 W 6/11, DNotZ 2012, 687 m. Anm. Hertel.

10 Zur Anerkennung der Legitimationswirkung ausländischer Erbnachweise soweit diese im Ursprungsland Legitimationswirkung zeitigen: MünchKomm-BGB/Dutta, 8. Aufl. 2020, Vor Art. 39 EuErbVO Rdnr. 13.

11 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 800 m. w. N.; BeckOK-GBO/Wilsch, § 35 Rdnr. 166 m. w. N.; BayObLG, Beschluss vom 10.11.1965, BReg. 1 b Z 105 und 106/65, BayObLGZ 1965, 377; a. A.: wohl MünchKomm-BGB/Dutta, Vor Art. 39 EuErbVO Rdnr. 13.

12 Makowsky, IPRax, 2021, Heft 2, im Erscheinen; Süß, ZEV, 2020, 237; MünchKomm-BGB/Dutta, Vor Art. EuErbVO 69 Rdnr. 9 f.

13 So auch: Makowsky, IPRax, 2021, Heft 2, im Erscheinen m. w. N.; Ausdrücklich für den deutschen Erbschein, wohl auch für das Europäische Nachlasszeugnis: Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 784; BeckOK-GBO/Wilsch, § 35 Rdnr. 51.



nach § 35 GBO durch die Gleichstellung mit dem deutschen Erbschein erreicht wird.

Bei bloßer Vorlage des Europäischen Nachlasszeugnisses zur Eintragung hätte daher eine Eintragung, wie dort ausgewiesen, erfolgen müssen. Dort als Alleineigentümer ausgewiesen, hätte der Beschwerdeführer auch als Alleineigentümer eingetragen werden müssen.

#### 4. Konkrete Situation

Im hier vorliegenden Fall hatte das Gericht jedoch nach § 71 GBO zu entscheiden, ob das Grundbuchamt im Sinne des § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO angewiesen wird, einen Amtswiderspruch nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO einzutragen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Unrichtigkeit der Eintragung ist hier der Zeitpunkt der Eintragung.<sup>14</sup> Es ist daher zu beurteilen, ob im Zeitpunkt der Eintragung diese bereits unrichtig war. Zum Zeitpunkt der Eintragung lag dem Grundbuchamt lediglich der Einantwortungsbeschluss vor, aus welchem sich nur die Erbfolge in Erbengemeinschaft mit je hälftiger Berechtigung ergab. Wie oben dargestellt wurde, hätte eine Eintragung aufgrund dieses Einantwortungsbeschlusses schon gar nicht erfolgen dürfen. Eine zusätzliche materiellrechtliche Unrichtigkeit der Eintragung zu diesem Zeitpunkt, mit der Folge, dass ein Amtswiderspruch eingetragen werden müsste, könnte sich daraus ergeben, dass später das Europäische Nachlasszeugnis vom gleichen Tag nachgereicht wurde, welches den abweichenden, oben geschilderten Inhalt hatte und dem Beschwerdeführer das deutsche Grundstück allein zuwies. Dann lagen zwei sich widersprechende Dokumente zur Erbfolge vor. In diesen Fällen geht die herrschende Meinung davon aus, dass sich die jeweiligen Erbnachweise gegenseitig neutralisieren und folglich der Sachverhalt so zu behandeln ist, als ob kein Erbnachweis vorliege.<sup>15</sup> Insbesondere ist das Europäische Nachlasszeugnis nicht höherrangig zu einem nationalen Erbschein.<sup>16</sup>

Damit war der Fall aber nicht erledigt, denn das österreichische Gericht hat einen Ergänzungsbeschluss zum ursprünglichen Einantwortungsbeschluss gefasst, in welchem es ausgeführt hat, dass aufgrund des Ergebnisses der Verlassenschaftsabhandlung die Einverleibung des Eigentumsrechts bzgl. des ¼-Anteils am in Deutschland belegenen Grundstück auf den Beschwerdeführer vorzunehmen sein wird. Dieser Beschluss dürfte so auszulegen sein, dass das Gericht den ursprünglichen Einantwortungsbeschluss um dieses Ergebnis der Verlassenschaftsabhandlung ergänzt. Diese Ergänzung dürfte nun auch die Voraussetzung des § 178 Abs. 1 Nr. 3 AußStrG erfüllen und wird jedenfalls als Hinweis auf ein Erbteilungsübereinkommen zu sehen sein. Aus der Tatsache, dass der Beschluss lautet „wird (...) vorzunehmen sein“ können auch keine anderen Rückschlüsse getroffen werden, da dies lediglich die Bestimmung des

§ 178 Abs. 2 Nr. 2 AußStrG wiederholt und somit wohl nicht beinhalten soll, dass hierüber erst noch eine gesonderte Erklärung oder Aufteilung zwischen den Beteiligten erfolgen soll.<sup>17</sup> Aus dem Zusammenhang ergibt sich vielmehr, dass diese Aufteilung bereits in der Verlassenschaftsabhandlung erfolgt ist und nun nurmehr ins Grundbuch eingetragen werden muss. Aufgrund dieses Ergänzungsbeschlusses wird der oben dargelegte Widerspruch zwischen Europäischem Nachlasszeugnis und Einantwortungsbeschluss also beseitigt. Nun ergibt sich, sowohl aus dem ergänzten Einantwortungsbeschluss als auch aus dem Europäischen Nachlasszeugnis die identische Rechtslage, nämlich die Alleineigentümerstellung des Beschwerdeführers hinsichtlich des ¼-Miteigentumsanteils.<sup>18</sup> Infolge der Aufhebung des Widerspruchs beansprucht die Richtigkeitsvermutung des Europäischen Nachlasszeugnisses wiederum vollumfänglich Geltung. Das Grundbuchamt und das Beschwerdegericht mussten daher davon ausgehen, dass das Grundbuch im Zeitpunkt der Eintragung durch diese Eintragung unrichtig geworden ist.

Das Beschwerdegericht hätte daher der Beschwerde stattgeben müssen und das Grundbuchamt anweisen müssen, einen entsprechenden Amtswiderspruch einzutragen.

#### 5. Fazit

Die Entscheidung des OLG München ist aus deutscher und europäischer Sicht abzulehnen. Zum einen hat das Gericht die Legitimationswirkung und Richtigkeitsvermutung des Europäischen Nachlasszeugnisses vernachlässigt, indem es davon ausgeht, dass jedes Grundbuchamt eine eigenständige Prüfung des ausländischen Rechts durchführen kann oder eventuell sogar muss, um festzustellen, ob die im Europäischen Nachlasszeugnis ausgewiesenen Tatsachen nicht vielleicht doch dem anzuwendenden materiellen Recht des Mitgliedstaates widersprechen. Dies ist das Gegenteil dessen, was die EuErbVO bezweckt. Zum anderen hat es der Senat versäumt, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob und inwieweit ausländische Erbnachweise einen Nachweis im Sinne des § 35 GBO darstellen. Eine klare Feststellung, dass ein ausländischer Erbnachweis (jedenfalls im Geltungsbereich der EuErbVO) nicht zur Legitimation im Sinne des § 35 GBO ausreicht, wäre hier wünschenswert gewesen. Im Ergebnis handelt es sich um eine Entscheidung, die bei nächster Gelegenheit zu korrigieren ist.

14 BeckOK-GBO/Wilsch, § 53 Rdnr. 22 m. w. N.

15 Firsching/Graf/Döbereiner, Nachlassrecht, 11. Aufl. 2019, § 47 EuErbVO Rdnr. 99; MünchKomm-BGB/Dutta, Vor Art. 62 EuErbVO Rdnr. 14 ff. m. w. N.; Makowsky, IPRax, 2021, Heft 2, im Erscheinen; Wilsch, ZEV, 2012, 532.

16 MünchKomm-BGB/Dutta, Vor Art. 62 EuErbVO Rdnr. 16. m. w. N.

17 So auch: Wittwer, Meusburger-Hammerer, ErbR, 2020, 495.

18 Zur Beseitigung eines solchen Widerspruchs durch Anpassung/Änderung der Erbnachweise durch die ausstellende Behörde/das ausstellende Gericht vgl. auch: MünchKomm-BGB/Dutta, Vor Art. 62 EuErbVO Rdnr. 17.

## ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

### 23. Einstweilige Anordnung zur Verhinderung der Löschung einer Auflassungsvormerkung

BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 15.5.2020, 2 BvQ 24/20 (Vorinstanz: LG Bremen, Beschluss vom 25.3.2020, 6 T 85/20)

BVerfGG § 32 Abs. 1

GG Art. 19 Abs. 4

InsO §§ 129, 134 Abs. 1, § 144 Abs. 1 Satz 1, § 253 Abs. 4 Satz 2

#### LEITSÄTZE:

1. **Als Mittel des vorläufigen Rechtsschutzes hat die einstweilige Anordnung auch im verfassungsgerichtlichen Verfahren die Aufgabe, die Schaffung vollendeter Tatsachen zu verhindern; sie soll auf diese Weise dazu beitragen, Wirkung und Bedeutung einer erst noch zu erwartenden Entscheidung in der Hauptsache zu sichern und zu erhalten. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Deshalb bleiben die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Maßnahme vorgebracht werden, grundsätzlich außer Betracht; es sei denn, die Hauptsache erweise sich als von vornherein unzulässig oder offensichtlich unbegründet. (Leitsatz der Schriftleitung)**
3. **Ist der Ausgang des Hauptsacheverfahrens offen, so hat das BVerfG im Rahmen einer Folgenabwägung die Nachteile abzuwägen, die eintreten, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, die Verfassungsbeschwerde aber in der Hauptsache Erfolg hätte, gegenüber den Nachteilen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, der Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache aber der Erfolg zu versagen wäre. (Leitsatz der Schriftleitung)**
4. **Die nach § 32 Abs. 1 BVerfGG erforderliche Folgenabwägung lässt den Erlass einer einstweiligen Anordnung geboten erscheinen. Die Folgen, die eintreten, wenn die Löschung der zugunsten der Antragstellerin bestehenden Auflassungsvormerkung im Grundbuch erfolgte, sich aber später herausstellte, dass die Bestätigung des Insolvenzplans verfassungswidrig war, wiegen erheblich schwerer als die Folgen, die entstünden, wenn der Vollzug des Insolvenzplans insoweit einstweilen untersagt würde, sich aber später herausstellte, dass er ohne Verfassungsverstoß hätte vollzogen werden können. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. 1. Die Antragstellerin schloss mit der späteren Insolvenzschuldnerin (nachfolgend: Schuldnerin) am 15.7.2015 einen

notariellen Grundstückskaufvertrag mit Herstellungsverpflichtung (im Folgenden: Bauträgervertrag) ab. Darin verpflichtete sich die Schuldnerin zur Erstellung einer Wohnanlage mit 19 Wohneinheiten sowie Tiefgaragenstellplätzen auf einem ihr gehörenden Grundstück in B(...) und veräußerte dieses an die Antragstellerin. Zur Sicherung des Anspruchs der Antragstellerin auf Auflassung des Grundstücks bewilligte die Schuldnerin zu deren Gunsten eine Vormerkung, die später im Grundbuch eingetragen wurde. Im Bauträgervertrag wurde ein Gesamtkaufpreis von 4,910 Mio. € vereinbart, von dem ein Teilbetrag von 327.600 € auf das Grundstück entfallen sollte; der Kaufpreis sollte nach Baufortschritt in Teilbeträgen gezahlt werden. Die Antragstellerin leistete bis zum Frühjahr 2017 insgesamt 3 Mio. € in drei Raten an die Schuldnerin. Anfang des Jahres 2017 kam es zu Streit zwischen den Vertragsparteien; die Bautätigkeit kam nach Errichtung des Rohbaus mit Türen und Fenstern zum Stillstand. Die Antragstellerin sprach im Frühjahr 2017 eine Teilkündigung des Bauträgervertrages hinsichtlich der Bauleistungen aus und verlangte Auflassung des Grundstücks. Im Juli 2017 erhob sie hierauf Klage gegen die Schuldnerin vor dem LG B(...); das LG verurteilte die Schuldnerin durch Urteil vom 14.8.2018 antragsgemäß zur Auflassung des Grundstücks an die Antragstellerin und wies zugleich von dieser behauptete Gegenansprüche zurück.

2 Das AG eröffnete am 18.12.2019 auf Eigenantrag der Schuldnerin ein Insolvenzverfahren über deren Vermögen und bestellte einen Verwalter; der Rechtsstreit vor dem LG B(...) war bereits durch Anordnung eines allgemeinen Verfügungsverbots am 7.11.2019 unterbrochen worden. Der Verwalter veräußerte das Grundstück zu einem Kaufpreis in Höhe von 4,37 Mio. € an einen Dritten; der Kaufvertrag enthält einen Rücktrittsvorbehalt zugunsten der Schuldnerin bis zum 28.2.2021.

3 Im Erörterungs- und Abstimmungstermin am 10.2.2020 wurde der vom Verwalter vorgelegte Insolvenzplan von allen Gruppen mit Ausnahme der – allein die Antragstellerin umfassenden – Gruppe der „Vertragspartner des Bauträgervertrages“ angenommen. Der Plan sieht im gestaltenden Teil eine als „Vergleich“ bezeichnete Regelung zwischen der Antragstellerin und der Schuldnerin vor. Durch sie wird der Bauträgervertrag einvernehmlich aufgehoben und der Rechtsstreit vor dem LG B(...) für erledigt erklärt; die Antragstellerin stimmt der Löschung der zu ihren Gunsten im Grundbuch eingetragenen Vormerkung in grundbuchförmlicher Weise zu. Im Gegenzug erhält sie „in entsprechender Anwendung des § 144 Abs. 1 Satz 1 InsO und zur Abgeltung der durch die Vormerkung gesicherten Rechte“ einen Betrag in Höhe von 360.360 € im Range einer sonstigen Masseverbindlichkeit. Der Betrag setzt sich zusammen aus dem im Bauträgervertrag auf den Erwerb des Grundstücks entfallenden Teil des Kaufpreises und einem „pauschalen Zuschlag zur Abgeltung der Rechtsrisiken“ in Höhe von 10 %. Zur Begründung ist im Insolvenzplan ausgeführt: Diesen Regelungen liege der Umstand zugrunde, dass das Grundstück den einzigen Vermögenswert der Schuldnerin darstelle und der Antragstellerin bei Vollzug des vor dem LG B(...) erstrittenen Anspruchs auf Auflassung der volle Mehrwert der teilfertigen Bebauung zugutekomme, obwohl sie grundpfandrechtlich insoweit nicht gesichert sei und ihr daher keine insolvenzrechtliche Vorrangposition zustehe. Der Bauträger-

vertrag sei als teilweise unentgeltliche Leistung der Schuldnerin gemäß §§ 129, 134 Abs. 1 InsO anfechtbar, sodass der durch die Auflassungsvormerkung gesicherte Anspruch der Antragstellerin keinen Bestand haben könne. Der Bauträgervertrag sehe einen deutlich zu geringen anteiligen Kaufpreis für den Erwerb des Grundstücks vor. Der vereinbarte Kaufpreisanteil habe im Zeitpunkt des Vertragsschlusses 16 % unter dem Bodenrichtwert gelegen, er sei im Verhältnis zum tatsächlichen Wert des Grundstücks am Tag der Teilkündigung ausweislich einer vom Verwalter veranlassten Begutachtung um rund 60 % zu niedrig angesetzt worden. Zusätzlich bestünden für die Antragstellerin weitere Rechtsrisiken aus dem gemäß § 240 ZPO unterbrochenen Rechtsstreit vor dem LG B(...). Der Plan nehme das Ergebnis der Anfechtung vorweg und regele die einvernehmliche Aufhebung des Kaufvertrages gegen vollständige Rückzahlung des Kaufpreises nebst einem Zuschlag zur Abgeltung der diesseitigen Prozessrisiken. Hierdurch werde zugleich das Ziel erreicht, der Gläubigersamtheit den der Antragstellerin nicht zustehenden Mehrwert des Grundstücks zuzuweisen.

**4** Mit Beschluss vom 24.2.2020 bestätigte das AG den Insolvenzplan.

**5** 2. a) Hiergegen legte die Antragstellerin am 9.3.2020 sofortige Beschwerde ein, die sie am 11.3.2020 begründete. Aufgrund der zuvor vom Verwalter beim AG hinterlegten Schutzschrift vom 7.2.2020, mit der dieser eine Entscheidung im Freigabeverfahren gemäß § 253 Abs. 4 Satz 1 InsO beantragt hatte, legte dieses dem LG die Akten ohne Abhilfeprüfung vor.

**6** b) Das LG wies die sofortige Beschwerde durch Beschluss vom 25.3.2020 im Freigabeverfahren gemäß § 253 Abs. 4 Satz 1 InsO zurück. Zur Begründung seiner Entscheidung führte das LG aus:

**7** aa) Im Rahmen der gebotenen Prüfung gemäß § 253 Abs. 4 Satz 1 InsO erscheine das alsbaldige Wirksamwerden des Insolvenzplans vorrangig, weil die Nachteile einer Verzögerung des Planvollzugs nach freier Überzeugung des Gerichts im Rahmen einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise die Nachteile für die Antragstellerin überwiegen. Es überwiege das Interesse, den Plan zu vollziehen und es nicht auf die Fortsetzung jahrelanger Rechtsstreitigkeiten mit ungewissem Ausgang ankommen zu lassen. Der Antragstellerin könnten zwar durch den Vollzug des Plans erhebliche wirtschaftliche Nachteile entstehen, insbesondere werde ihr die Möglichkeit abgeschnitten, sich gegen die behauptete insolvenzrechtliche Anfechtbarkeit des Bauträgervertrages zu verteidigen. Auf der anderen Seite sei die sorgfältige Verwertung des Grundstücks als dem einzigen Vermögensgegenstand der Schuldnerin in die Abwägung einzubeziehen. Das Grundstück befinde sich im Rohbauzustand. Die Bauarbeiten würden seit einigen Jahren nicht mehr fortgeführt, das Gebäude sei ohne nennenswerte Schutzmaßnahmen der Witterung ausgesetzt. Bei weiterer Verzögerung drohten erhebliche Schäden am Bauwerk, das möglicherweise am Ende nicht mehr verwertet werden könne. Der behauptete Schaden der Antragstellerin stehe zudem nicht fest, weil sie nach den Darlegungen des Verwalters durch den Plan voraussichtlich nicht schlechter gestellt werde. Die zu erwartende Insolvenzquote falle bei Vollzug des Plans höher aus; für Schadensersatzansprüche gemäß § 253 Abs. 4

InsO, die auch nur der Antragstellerin und nicht den anderen Planbetroffenen zustünden, sei eine erhebliche Rücklage vorgesehen.

**8** bb) Es liege auch kein besonders schwerer Rechtsverstoß im Sinne des § 253 Abs. 4 Satz 2 InsO vor. Ein solcher Verstoß müsse offensichtlich sein und bei der Prüfung geradezu ins Auge springen. Dem Plan müsse der Makel der Unwirksamkeit quasi auf der Stirn geschrieben stehen, wobei ein strenger Maßstab anzulegen sei. Insoweit müsse vorliegend nicht abschließend entschieden werden, ob die von der Antragstellerin gerügten, ganz erheblichen Rechtsverstöße überwiegend mit verfassungsrechtlichem Rang vorlägen, weil diese bei genauere Betrachtung nicht so klar zutage lägen. Es bestünden keine grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen das Freigabeverfahren gemäß § 253 Abs. 4 Satz 1 InsO. Der im Plan vorgesehene Verlust des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs der Antragstellerin sei lediglich Reflex, nicht aber Gegenstand der Planregelungen. Ob ein Verstoß gegen Art. 14 GG vorliege, sei eine streitige verfassungsrechtliche Frage, wie die schriftsätzliche Diskussion zwischen Verwalter und Antragstellerin zeige. Sie beginne mit der Frage, ob der Schutzbereich dieses Grundrechts überhaupt eröffnet sei, weil die Antragstellerin ihre rechtliche Position nach Auffassung des Verwalters in anfechtbarer Weise erlangt habe. Fraglich sei auch, ob § 217 InsO eine ausreichende Rechtfertigung für einen unterstellten Eingriff in Art. 14 GG darstelle. Ähnlich verhalte es sich mit dem gerügten Verstoß gegen Art. 19 Abs. 4 GG, zumal die Antragstellerin durch das vorliegende Beschwerdeverfahren nicht schutzlos gestellt und die beschränkte Rechtsschutzmöglichkeit im Gesetz angelegt sei.

**9** 3. Die Antragstellerin wendet sich mit ihrem – vor Einreichung ihrer Verfassungsbeschwerde anhängig gemachten – Antrag gegen die Bestätigung des Insolvenzplans durch das AG und die im Freigabeverfahren gemäß § 253 Abs. 4 Satz 1 InsO erfolgte Zurückweisung ihrer sofortigen Beschwerde durch das LG und rügt vornehmlich eine Verletzung der Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 19 Abs. 4 GG sowie des Art. 2 Abs. 1 GG. Sie begehrt den Erlass einer einstweiligen Anordnung, mit dem das Grundbuchamt angewiesen werden soll, die zu ihren Gunsten eingetragene Auflassungsvormerkung bis zum Abschluss des Verfahrens über die Verfassungsbeschwerde nicht zu löschen; hilfsweise soll eine Löschung der Vormerkung durch andere geeignete Maßnahmen verhindert werden.

**10** 4. Die Senatorin für Justiz und Verfassung der X(...) hat von der eingeräumten Möglichkeit zur Stellungnahme keinen Gebrauch gemacht. Der Insolvenzverwalter hält die (angekündigte) Verfassungsbeschwerde für offensichtlich unbegründet, auch müsse die Folgenabwägung zugunsten einer Durchführung des Insolvenzplans ausgehen. Bei Erlass einer einstweiligen Anordnung drohe dessen Scheitern, weil der mit dem Dritten vereinbarte Kaufpreis bei einer Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde nach Ablauf des für einen Rücktritt vorbehaltenen Termins bei einer Veräußerung an einen anderen Investor voraussichtlich nicht werde realisiert werden können. Es drohe selbst dann, wenn die Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde zu einem früheren Zeitpunkt erginge, der Eintritt von Masseunzulänglichkeit. Werde die einstweilige Anordnung nicht erlassen, verliere die Antragstellerin zwar ih-



ren durch die Vormerkung gesicherten Anspruch auf Auflassung und es komme nicht zur Durchführung einer insolvenzrechtlichen Anfechtung. Es sei aber nicht zu erwarten, dass sie bei Scheitern des Plans wirtschaftlich besser stünde, weil sie sich gegen eine Insolvenzanfechtung nicht erfolgreich wehren können. Für etwaige Schadensersatzansprüche gemäß § 253 Abs. 4 Satz 3 InsO seien auf Grundlage des Insolvenzplans Rückstellungen in Höhe von 2,1 Mio. € vorgesehen. Die Antragstellerin hat in einer Replik ihr Vorbringen wiederholt und vertieft.

**11** II. Der Antrag der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hat Erfolg.

**121.** Das BVerfG kann einen Zustand durch einstweilige Anordnung gemäß § 32 Abs. 1 BVerfGG vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen des § 32 Abs. 1 BVerfGG gegeben sind, ist wegen der weittragenden Folgen einer einstweiligen Anordnung regelmäßig ein strenger Maßstab anzulegen (vgl. BVerfGE 55, 1, 3; 82, 310, 312; 94, 166, 216 f.; 104, 23, 27; 106, 51, 58).

**13** Als Mittel des vorläufigen Rechtsschutzes hat die einstweilige Anordnung auch im verfassungsgerichtlichen Verfahren die Aufgabe, die Schaffung vollendeter Tatsachen zu verhindern; sie soll auf diese Weise dazu beitragen, Wirkung und Bedeutung einer erst noch zu erwartenden Entscheidung in der Hauptsache zu sichern und zu erhalten (vgl. BVerfGE 42, 103, 119). Deshalb bleiben die Gründe, die für die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Maßnahme vorgetragen werden, grundsätzlich außer Betracht, es sei denn, die Hauptsache erweise sich als von vornherein unzulässig oder offensichtlich unbegründet (vgl. BVerfGE 89, 38, 44; 103, 41, 42; 118, 111, 122; st. Rspr.). Ist der Ausgang des Hauptsacheverfahrens offen, so hat das BVerfG im Rahmen einer Folgenabwägung die Nachteile abzuwägen, die eintreten, wenn eine einstweilige Anordnung nicht erginge, die Verfassungsbeschwerde aber in der Hauptsache Erfolg hätte, gegenüber den Nachteilen, die entstünden, wenn die begehrte einstweilige Anordnung erlassen würde, der Verfassungsbeschwerde in der Hauptsache aber der Erfolg zu versagen wäre (vgl. BVerfGE 105, 365, 371; 106, 351, 355; 108, 238, 246; 125, 385, 393; 132, 195, 232 f. Rdnr. 87; st. Rspr.).

**14** 2. Nach diesen Maßstäben ist die einstweilige Anordnung zu erlassen.

**15** a) Die – zwischenzeitlich innerhalb der Frist des § 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG eingelegte – Verfassungsbeschwerde ist weder von vornherein unzulässig noch offensichtlich unbegründet. Insbesondere erscheint es nicht ausgeschlossen, dass die Begründung für die Ablehnung eines besonders schweren Rechtsverstoßes im Sinne von § 253 Abs. 4 Satz 2 InsO durch das LG den Anforderungen an die Gewährung effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG nicht genügt.

**16** b) Die nach § 32 Abs. 1 BVerfGG erforderliche Folgenabwägung lässt den Erlass einer einstweiligen Anordnung geboten erscheinen. Die Folgen, die eintreten, wenn die Löschung der zugunsten der Antragstellerin bestehenden Auflassungs-

vormerkung im Grundbuch erfolgte, sich aber später herausstellte, dass die Bestätigung des Insolvenzplans verfassungswidrig war, wiegen erheblich schwerer als die Folgen, die entstünden, wenn der Vollzug des Insolvenzplans insoweit einstweilen untersagt würde, sich aber später herausstellte, dass er ohne Verfassungsverstoß hätte vollzogen werden können.

**17** Durch die Löschung der Auflassungsvormerkung verliere die Antragstellerin endgültig das Sicherungsmittel für den – im Ausgangsverfahren streitigen – Anspruch auf Auflassung des Grundstücks. Der Verwalter wäre nicht mehr gehindert, die Auflassung ohne Belastung durch die im Rang vorgehende Vormerkung gegenüber dem Dritten zu erklären, wodurch ein Eigentumserwerb der Antragstellerin endgültig ausschiede. Dabei handelt es sich angesichts des eintretenden Rechtsverlusts um einen schwerwiegenden Nachteil für die Antragstellerin auch dann, wenn im Ergebnis die Rückstellungen im Insolvenzplan ausreichen sollten, um gemäß § 253 Abs. 4 Satz 3 InsO den Schaden zu ersetzen, der der Antragstellerin durch den Planvollzug entsteht. Ob der durch die Vormerkung gesicherte Auflassungsanspruch mit der Einrede der Anfechtbarkeit behaftet ist, muss bei dieser Bewertung außer Betracht bleiben, weil die Frage von den Fachgerichten nicht entschieden ist und die Antragstellerin mit ihrer Verfassungsbeschwerde auch das Ziel verfolgt, sich gegen eine Anfechtung verteidigen zu können.

**18** Demgegenüber könnte der Insolvenzplan, sollte sich dessen Bestätigung durch die angegriffenen Entscheidungen als verfassungsmäßig erweisen, ohne Weiteres zu einem späteren Zeitpunkt umgesetzt werden. Er dient lediglich der Liquidierung der Schuldnerin, die weder einen Geschäftsbetrieb unterhält noch Arbeitnehmer beschäftigt. Der von dem Insolvenzverwalter mit einem Dritten geschlossene Kaufvertrag über das Grundstück kann nach dem Vortrag des Insolvenzverwalters noch bis zum 28.2.2021 vollzogen werden. Schließlich ist nicht ersichtlich, dass hinsichtlich des bereits seit Frühjahr 2017 nicht mehr fortgesetzten Bauvorhabens gerade im Zeitraum der Durchführung des Hauptsacheverfahrens schwerwiegende Schäden an den bisher errichteten Gebäuden drohten. Die Pflicht des Verwalters zur Verwaltung und Verwertung der Masse bestünde auch nach einer etwaigen Anzeige der Masseunzulänglichkeit fort (§ 208 Abs. 3 InsO).

**19** Diese Entscheidung ist unanfechtbar.



## BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

### 24. Anforderungen an die Unterschrift des Erblassers unter ein notariell errichtetes Testament

OLG Köln, Beschluss vom 18.5.2020, 2 Wx 102/20, mitgeteilt von **Thomas Bosbach**, Richter am OLG Köln

*BeurkG §§ 10, 13 Abs. 1 Satz 1, § 25*  
*BGB §§ 2232, 2247*

#### LEITSÄTZE:

- Mit der Unterschrift unter einer notariellen Urkunde dokumentieren die Beteiligten, dass sie sich ihre Erklärungen zurechnen lassen. Dagegen dient die Unterschrift nicht der Identifizierbarkeit der Urkundsbeteiligten.**
- Für die Unterzeichnung eines notariell errichteten Testaments genügt es, wenn der Erblasser versucht, seinen Familiennamen zu schreiben und die Unterschrift aufgrund einer krankheitsbedingten Schwächung aus einem Buchstaben und einer anschließenden geschlängelten Linie besteht.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** 1. In dem notariell beurkundeten Testament vom 9.8.2011 (UR Nr. [...]) hatten sich die Erblasserin und ihr am 7.10.2015 vorverstorbenen Ehemann W K wechselseitig zu Alleinerben und zu Erben des Letztversterbenden die Geschwister des Ehemannes eingesetzt, wobei die Schlusserbeneinsetzung für den Überlebenden als frei änderbar festgelegt wurde (...).

**2** In dem notariell beurkundeten Testament vom 22.12.2015 (UR Nr. [...]) setzte die Erblasserin unter Bezugnahme auf den Änderungsvorbehalt in dem Ehegattentestament zu ihrem Alleinerben ihren Großcousin, den Beteiligten zu 2, ein (...).

**3** In notarieller Urkunde vom 6.9.2016 hat die Beteiligte zu 1, die Schwester des Ehemannes der Erblasserin, die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins beantragt, der sie und ihre beiden Brüder als Erben der Erblasserin zu gleichen Teilen ausweist (...). Sie hat vorgebracht, das Einzeltestament der Erblasserin vom 22.12.2015 sei wegen Testierunfähigkeit unwirksam, auch sei die notarielle Niederschrift von der Erblasserin nicht vollständig unterschrieben worden.

(...)

**8** b) In der Sache hat das Rechtsmittel keinen Erfolg; das AG hat den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 mit Recht zurückgewiesen. Denn Erbe der Erblasserin ist der Beteiligte zu 2 geworden. Das Einzeltestament vom 22.12.2015 ist wirksam.

**9** Mit Recht hat das AG eine Testierunfähigkeit der Erblasserin bei Testamentserrichtung verneint. Es hat hier die zutreffenden Grundsätze angewandt, wegen derer zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die Begründung des angefochtenen Beschlusses verwiesen wird, und sich in zutreffender Würdi-

gung einer erschöpfenden Beweisaufnahme nicht die Überzeugung zu bilden vermocht, dass die Erblasserin bei Errichtung des Testaments am 22.12.2015 testierunfähig war. Der Auffassung der Beschwerde, in der Gesamtschau könne man nur zu dem Ergebnis gelangen, dass die Erblasserin testierunfähig war, ist nicht zu folgen. Insoweit gilt der Grundsatz, dass die Testierfähigkeit die Regel und eine Testierunfähigkeit die Ausnahme ist, weshalb die Feststellungslast denjenigen Beteiligten trifft, der sich auf Testierunfähigkeit beruft. Lässt sich eine Testierunfähigkeit nicht mit hinreichender Gewissheit feststellen, ist davon auszugehen, dass der Erblasser testierfähig war. So ist es im Streitfall. Auf der Grundlage der durchgeführten Beweisaufnahme, insbesondere des Gutachtens unter Einbeziehung der Arztunterlagen sowie der Angaben der Beteiligten und Zeugen lässt sich in der Gesamtschau nicht mit ausreichender Gewissheit die Feststellung einer Testierfähigkeit treffen. Verbleibende Zweifel in dieser Frage sind nicht geeignet, zu einem anderen Ergebnis zu gelangen. Eine weitere Beweisaufnahme ist nicht veranlasst. Ob, was die Beteiligte zu 1 durch Zeugen unter Beweis stellt, Behauptungen des Beteiligten zu 2 betreffend das Verhältnis zwischen der Erblasserin auf der einen sowie der Beteiligten zu 1 und deren Verwandten auf der anderen Seite unrichtig sind, ist für die Frage der Testierfähigkeit der Erblasserin ebenso unerheblich wie das unter Zeugenbeweis gestellte Vorbringen, die Erblasserin sei für die Beteiligte zu 1 und deren Brüder wegen des Beteiligten zu 2 nicht erreichbar gewesen. Auch wenn darin entsprechend dem Beschwerdevortrag ein Abhängigkeitsverhältnis zum Ausdruck käme, ließe dies jedenfalls nicht den Schluss zu, dass die Erblasserin, wie die Beschwerde vorbringt, „die Tragweite ihrer rechtlichen Handlung nicht mehr überblicken konnte“ und eine freie Willensbildung nicht mehr möglich war. Auch bedarf es nicht ergänzender Begutachtung. Das vom AG eingeholte Gutachten ist in den entscheidungserheblichen Fragen erschöpfend.

**10** Das Testament wird auch dem Unterschriftserfordernis nach § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG gerecht. Nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 2003, 1120) wird „mit der Unterschrift (...) dokumentiert, dass sich die Beteiligten ihre Erklärungen zurechnen lassen und die Urkunde in ihrer körperlichen Form genehmigen; die Unterschrift dient damit als formelles Zeichen der Verantwortungsübernahme für Geltung und Gültigkeit des beurkundeten Rechtsgeschäfts und für die Echtheit des beurkundeten Willens der Beteiligten (Heinemann, ZNotP 2002, 223, 224). Denn die Urkunde enthält nicht etwa Erklärungen des Notars, die er aufgrund des ihm mitgeteilten Willens der Beteiligten abgibt, sondern die eigenen Willenserklärungen der Beteiligten. Die Identifizierbarkeit der Beteiligten ist indes nicht Sinn der Unterschrift; hierzu dient die nach § 10 BeurkG zu treffende Identitätsfeststellung (vgl. KG, NJW-RR 1996, 1414; Heinemann, a. a. O.).“ Aufgrund dessen hat der BGH in jenem Fall eine bloße Unterzeichnung mit dem Vornamen für nicht ausreichend erachtet, da sich der Unterzeichner nur mit dem Vornamen nicht sicher entnehmen lässt, ob der Unterzeichner wirklich für die Echtheit des beurkundeten Willens und für die Geltung des beurkundeten Rechtsgeschäfts einstehen will. Im Streitfall hingegen hat die Erblasserin zumindest angesetzt, ihren Familiennamen „K(...)“ zu schreiben, was in der Urkunde in dem „K“ und der anschließenden

geschlängelten Linie seinen Niederschlag gefunden hat. Aufgrund der besonderen Umstände liegt die Annahme nahe, dass die Erblasserin damit nicht lediglich eine Paraphierung beabsichtigte, sondern eine volle Niederschrift ihres Familiennamens, was ihr indes vor dem Hintergrund ihrer Schwächung durch die schwere Erkrankung nach der glaubhaften Darstellung des Urkundsnotars nicht vollständig gelang. Die Voraussetzungen einer Schreibunfähigkeit nach § 25 BeurkG lagen damit noch nicht vor, denn die Erblasserin war noch schreibfähig, wenn auch mit einem Duktus, der durch ihre krankheitsbedingte Schwächung geprägt war. Eine Unwirksamkeit der Unterzeichnung ist damit auch nicht nach den Grundsätzen der Entscheidung OLG Stuttgart, NJW 2002, 145, anzunehmen. Danach ist eine Unterzeichnung (eines notariellen Kaufvertrages in jenem Fall) nicht ausreichend, wenn sie nicht zumindest den Versuch zum Ausdruck bringt, den Familiennamen auszuschreiben. Gerade ein solcher Versuch der Erblasserin liegt hier aber, wie ausgeführt, vor, weshalb hier offen bleiben kann, ob die vom OLG Stuttgart gestellten Anforderungen auf letztwillige Verfügungen zu übertragen sind (verneinend etwa Staudinger/Baumann, Neub. 2018, § 2232 Rdnr. 52). Zu Unrecht nimmt die Beschwerde die Entscheidung OLG Düsseldorf, FGPrax 2017, 267, für sich in Anspruch. Denn in jenem Fall hatte die Erblasserin der Initiale ihres Vornamens eine Kombination aus den ersten drei Buchstaben ihres Geburtsnamens und den letzten vier Buchstaben ihres Nachnamens hinzugefügt, also einen sie nicht kennzeichnenden Namen verwendet. So liegen die Dinge im vorliegenden Fall gerade nicht. Ohne Erfolg beruft sich die Beschwerde ferner auf Literaturstellen zu § 2247 BGB, wonach eine bloße Unterzeichnung mit dem Anfangsbuchstaben des Namens nicht genüge. Zum einen hat die Erblasserin, wie dargestellt, sich hier nicht auf die Abkürzung des Familiennamens mit dem Anfangsbuchstaben beschränken wollen und hat dies auch nicht getan. Zum anderen kommt der Unterschrift bei einem eigenhändigen Testament nach § 2247 BGB auch eine Identifizierungsfunktion zu, im Falle notarieller Beurkundung hingegen – weil hier die Identifizierung vom Notar gewährleistet wird – lediglich die einer Bekundung der Verantwortungsübernahme (BGH, a. a. O.). An letzterem kann bei der Unterzeichnung des Testaments vom 22.12.2015 kein Zweifel bestehen.

(...)

## 25. Beurkundung eines Testaments bei nachträglich festgestellter Schreibunfähigkeit des Erblassers

OLG Hamm, Beschluss vom 15.11.2019, 10 W 143/17

BeurkG § 13 Abs. 1 Satz 1, §§ 15, 17, 30

BGB § 2229 Abs. 4, § 2232 Abs. 1

FamFG § 352e

### LEITSÄTZE:

- Für die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Frage der Testierunfähigkeit des Erblassers besteht kein Anlass, wenn die erforderlichen Anknüpfungstatsachen, die ein Sachverständiger auswerten könnte, nicht vorliegen und vom Beschwerdeführer auch nicht vorgetragen sind. Es darf zwar nur ausnahmsweise von der Einholung eines Gutachtens abgesehen werden. Das ist jedenfalls aber dann der Fall, wenn das Gericht zu der Überzeugung gelangt, die von ihm festgestellten Tatsachen reichen auch bei Beauftragung eines Sachverständigen nicht aus, um sichere Rückschlüsse auf die Testierunfähigkeit des Erblassers zuzulassen.**
- Der Wirksamkeit eines Testaments steht nicht entgegen, dass der vorgesehene Erbe die Errichtung des Testaments maßgeblich veranlasst hat. Ein Notar hat gemäß § 17 BeurkG den Willen des Erblassers zu erforschen und muss sich bei der Beurkundung davon überzeugen, dass der von dem Dritten vorgetragene Wille mit den eigenen Vorstellungen des Erblassers übereinstimmt und sich dies von dem Erblasser persönlich bestätigen lassen.**
- Stellt sich nachträglich bei der Beurkundung heraus, dass der Erblasser seinen Namen nicht schreiben kann, dann muss ein zweiter Notar hinzugezogen und in dessen Gegenwart dem schreibunfähigen Erblasser die Niederschrift erneut vorgelesen werden.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** I. Die Erblasserin war die Mutter der Beteiligten. Sie befand sich seit Anfang Dezember 2014 in einer Pflegeeinrichtung. Nachdem die Erblasserin sich seit Ende des Jahres 2014 in stationärer Behandlung im B-Hospital in L befunden hatte, kehrte sie im Januar 2015 in die Pflegeeinrichtung zurück, wo sich ihr körperlicher und geistiger Zustand jedoch zunehmend verschlechterte.

**2** Da die Erblasserin den Wunsch zu sterben artikuliert hatte und nicht mehr essen wollte, veranlasste der Beschwerdegegner den Besuch eines Seelsorgers, des Hausarztes sowie des Notars N bei der Erblasserin. Am 2.2.2015, dem Todestag der Erblasserin, machte zunächst der Hausarzt einen Krankenbesuch bei der Erblasserin und verschrieb ihr ein morphiumpoliges Medikament. Danach erhielt die Erblasserin von 16.00 Uhr bis 16.40 Uhr Besuch des Pastors. Während dieser Zeit und noch bis kurz vor 17.00 Uhr war der Antragsteller bei der Erblasserin anwesend. Nachdem dieser gegen 17.00 Uhr das

Sterbezimmer verlassen hatte und der Beschwerdegegner zurückgekehrt war, erschien der Notar zur Beurkundung eines Testaments mit folgendem Wortlaut:

„Zu meinem alleinigen Erben setze ich meinen Sohn, S, geb. am 00.00.1964, ein. Weitere Verfügungen von Todes wegen will ich nicht treffen.“

Nachdem der Notar das Testament vorgelesen hatte, stellte sich heraus, dass die Erblasserin nicht mehr in der Lage war, ihre Unterschrift zu leisten. Daraufhin verständigte der Notar N den Notar H, um diesen bei der Beurkundung als Zeugen hinzuzuziehen. Der Notar H erschien gegen 18.00 Uhr im Sterbezimmer. Auf die Frage des Notars, ob das Testament ihrem Willen entspreche, gab die Erblasserin ihre Zustimmung mit einem gehauchten „Ja“ zum Ausdruck. Ob zuvor das Testament im Beisein des Notars H erneut verlesen worden war, ist zwischen den Beteiligten streitig. Kurz nach der Beurkundung verstarb die Erblasserin um 18.30 Uhr. Nach dem Tod der Erblasserin veranlasste der Beschwerdeführer die Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens gegen den Beschwerdegegner wegen des Verdachts der vorsätzlichen Tötung durch Verabreichung des Medikaments Atosil. Das Ermittlungsverfahren wurde nach Vernehmung des Beschwerdeführers eingestellt.

**3** Der Beschwerdeführer hat einen Erbschein aufgrund gesetzlicher Erbfolge beantragt, der ihn und den Beschwerdegegner als Miterben zu je ½ ausweist. Dazu hat er vorgetragen, zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments sei die Erblasserin nicht mehr testierfähig gewesen. Ein gehauchtes „Ja“ reiche für die Wirksamkeit der Beurkundung nicht aus. Der Inhalt des Testaments sei mit der Erblasserin vor der Beurkundung nicht erörtert worden. Die Erblasserin sei nicht mehr in der Lage gewesen, die juristischen Zusammenhänge des Testaments, insbesondere die Einsetzung des Beschwerdegegners als Alleinerben nachzuvollziehen. Dass der Beschwerdegegner Alleinerbe werde, sei nicht der Wunsch der Erblasserin gewesen. Es sei die Vorstellung der Erblasserin gewesen, dass ihr Vermögen unter den Söhnen aufgeteilt werde. Er habe sich in den letzten Jahren vor dem Tod der Erblasserin allein um diese gekümmert. Er sei vom Beschwerdegegner über das Testament erst im Nachhinein in Kenntnis gesetzt worden.

**4** Der Beschwerdegegner hat vorgetragen, der Beschwerdeführer habe unberechtigt auf Konten der Erblasserin zugegriffen. Auf diese Weise habe er ihr 60.000 € entzogen. Er habe im Haushalt der Erblasserin in prekären Verhältnissen gelebt, öffne seine Post nicht, sei erwerbslos, ohne Einkommen und hoch verschuldet. Die Stadtwerke hätten die Versorgungsleitungen abgeklemmt. Er, der Beschwerdegegner, habe immer wieder mit Geld ausgeholfen. Zwischen ihnen sei besprochen worden, dass er, der Beschwerdegegner, Testamentserbe werden solle. Das habe er auch am Tag vor deren Tod mit der Erblasserin besprochen und auf Wunsch der Erblasserin den Notar verständigt. Er habe mit der Erblasserin auf den Notar gewartet und dabei mit ihr Kreuzworträtsel gelöst. Die Erblasserin sei zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung noch testierfähig gewesen. Sowohl der beurkundende Notar als auch der hinzugezogene Notar H hätten daran keine Zweifel gehabt. Sie hätten der Erblasserin Fragen zur Orientierung ge-

stellt, die von der Mutter klar beantwortet worden seien. Auch die Pflegeleiterin des Pflegeheims sei von der Testierfähigkeit der Erblasserin ausgegangen. Das vom Hausarzt verschriebene Medikament habe die Erblasserin nicht eingenommen.

**5** Auf Befragung durch das AG hat der Notar H schriftlich mitgeteilt, dass die Erblasserin seiner Meinung nach der Beurkundung habe folgen können. Sie habe mit einem gehauchten „Ja“ bestätigt, dass das Testament ihrem letzten Willen entspreche. Es habe keine Anzeichen für ihn gegeben, an der Testierfähigkeit zu zweifeln. Wegen der näheren Einzelheiten wird auf die schriftliche Stellungnahme vom 24.2.2016 Bezug genommen. Der Notar N hat ebenfalls schriftlich bestätigt, dass sich nach seinem persönlichen Eindruck keine Zweifel an der Testierfähigkeit der Erblasserin ergeben hätten. Diese sei zwar nicht mehr zur Unterschriftsleistung in der Lage gewesen, habe in Gegenwart des Notars H aber mit einem gehauchten „Ja“ bestätigt, dass das Testament ihrem letzten Willen entsprochen habe. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die schriftliche Stellungnahme vom 3.3.2016 verwiesen. Der Gemeindepfarrer, der die Erblasserin an ihrem Todestag besucht hatte, hat schriftlich erklärt, dass ihm die Erblasserin geistig klar erschienen sei und es keine „verwirrten“ Äußerungen gegeben habe. Der behandelnde Hausarzt Dr. E hat zunächst schriftlich mitgeteilt, dass es am Todestag der Erblasserin Anzeichen für eine Testierunfähigkeit gegeben habe.

(...) Das AG hat ferner Beweis erhoben durch die persönliche Vernehmung der Pflegeleiterin V und des Hausarztes Dr. E als Zeugen. (...)

**6** Durch den angefochtenen Beschluss hat das AG den Antrag des Beschwerdeführers auf Erteilung eines gemeinsamen Erbscheins zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Erbscheinsantrag sei unbegründet, da aufgrund des wirksamen notariellen Testaments der Beschwerdegegner Alleinerbe geworden sei. Von der Testierfähigkeit der Erblasserin sei auszugehen, denn es habe nicht festgestellt werden können, dass die Erblasserin testierunfähig gewesen sei. Die dafür gemäß § 2229 Abs. 4 BGB erforderliche Feststellung der mangelnden Einsichtsfähigkeit der Erblasserin über die Bedeutung der Willenserklärung zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung habe nicht getroffen werden können. Dem Antragsteller sei der Beweis dafür nicht gelungen. Lediglich der Zeuge Dr. E habe Zweifel an der Testierfähigkeit geäußert. Dessen Angaben reichten indessen nicht aus, da er konkrete Feststellungen nicht habe begründen können. Hinsichtlich der Einnahme von Medikamenten durch die Erblasserin sei er überdies von falschen Tatsachen ausgegangen. Der Zeuge habe seine Einschätzung auf allgemeine Erfahrungswerte gestützt, nicht jedoch auf konkrete Wahrnehmungen vom Zustand der Erblasserin. Demgegenüber hätten die Zeugin V und der Zeuge Z glaubhaft bekundet, dass die Erblasserin noch geistig klar gewesen sei. Auch aus den schriftlichen Äußerungen der beiden beteiligten Notare gingen keine Anhaltspunkte hervor, die auf eine Testierunfähigkeit schließen ließen. Mangels hinreichender Anknüpfungstatsachen seien weitere Ermittlungen, insbesondere die Einholung eines Sachverständigengutachtens entbehrlich. (...)

**7** Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde des Beschwerdeführers, der seinen Erbscheinsantrag weiter ver-

folgt. Er trägt vor, die Erblasserin habe nie die Absicht gehabt, die beurkundete Erklärung abzugeben. Das Testament sei allein auf Veranlassung des Beschwerdegegners errichtet worden. Der Entwurf sei nicht mit der Erblasserin erörtert worden. Entgegen den gesetzlichen Vorschriften sei das Testament kein zweites Mal im Beisein des Notars H vorgelesen worden. Dies habe ihm der Beschwerdegegner selbst erklärt, nachdem er, der Beschwerdeführer, wieder in das Sterbezimmer zurückgekehrt sei. Die Kritik an der Aussage des Zeugen Dr. E sei schließlich unberechtigt.

**8** Der Beschwerdegegner verteidigt den angefochtenen Beschluss. Er trägt vor, der Beschwerdeführer habe ins Blaue hinein behauptet, das Testament sei kein zweites Mal vorgelesen worden. Der handschriftliche Zusatz des Notars N bestätige jedoch, dass das Testament ein weiteres Mal verlesen worden sei.

**9** Das AG hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

(...)

**11** II. 1. Die Beschwerde des Beschwerdeführers ist gemäß §§ 352 ff. FamFG statthaft und im Übrigen gemäß §§ 58 ff. FamFG zulässig, insbesondere innerhalb der Frist des § 63 Abs. 1 FamFG eingelegt worden.

**12** 2. In der Sache hat die Beschwerde jedoch keinen Erfolg. Dem Erbscheinsantrag des Beschwerdeführers hat das AG zu Recht nicht entsprochen. Der sich auf die gesetzliche Erbfolge stützende Antrag des Beschwerdeführers ist unbegründet, denn durch das notarielle Testament der Erblasserin vom 2.2.2015 ist der Beschwerdegegner zum Alleinerben berufen worden. Dass dieses Testament unwirksam ist, konnte der Senat nicht feststellen.

**13** a) Das AG ist zu Recht und mit zutreffender Begründung davon ausgegangen, dass die Testierunfähigkeit der Erblasserin nicht feststellbar ist.

**14** aa) Gemäß § 2229 Abs. 4 BGB kann ein Testament nicht errichten, wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Um testierfähig zu sein, muss der Erblasser Inhalt und Tragweite seiner letztwilligen Verfügungen verstehen können. Insbesondere muss er in der Lage sein, sich ein Urteil zu bilden über die Auswirkungen seiner Verfügungen auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen sowie über die Gründe, die für und gegen ihre sittliche Berechtigung sprechen. Entsprechend selbstständig, also unabhängig von den Einflüssen Dritter, muss er handeln (Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 4. Aufl., § 2229 Rdnr. 4 m. w. N.). Dass er kraft eigenen Entschlusses Anregungen eines Dritten aufnimmt oder ggf. auch dessen Forderungen und Erwartungen berücksichtigt, steht dem aber nicht entgegen (BayObLG, Beschluss vom 2.11.1989, BReg 1 a Z 52/88, juris Rdnr. 42). Auch eine geistige Erkrankung des Erblassers steht der Gültigkeit eines Testaments nicht entgegen, wenn dieses von der Erkrankung nicht beeinflusst ist (vgl. Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 2229 Rdnr. 4; OLG Düsseldorf, Beschluss vom

10.10.2013, 3 Wx 116/13, juris Rdnr. 24; OLG Hamm, Urteil vom 26.2.2015, I-10 U 18/13, juris). Es geht daher auch nicht darum, den Inhalt der letztwilligen Verfügung auf seine Angemessenheit zu überprüfen, sondern nur darum, ob sie frei von krankheitsbedingten Störungen zustande kam (vgl. BayObLG, Beschluss vom 17.8.2004, 1 Z BR 53/04).

**15** Da die Störung der Geistestätigkeit die Ausnahme bildet, ist ein Erblasser bis zum Beweis des Gegenteils als testierfähig anzusehen. Testierunfähigkeit muss also zur vollen Gewissheit des Gerichts feststehen – bloße Zweifel an der Testierfähigkeit reichen nicht aus. Dies gilt auch im Erbscheinsverfahren für die Feststellungslast, wenn trotz Ausschöpfung aller Aufklärungsmöglichkeiten unbehebbarer Zweifel verbleiben (Palandt/Weidlich, § 2229 Rdnr. 11).

**16** bb) Gemessen an diesen Kriterien kann eine Testierunfähigkeit der Erblasserin zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments nicht mit der erforderlichen Gewissheit festgestellt werden.

**17** (1) Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers reichen die Angaben des Hausarztes Dr. E dafür nicht aus. Das hat das AG zutreffend erkannt. Auch nach Auffassung des Senats kann die sichere Annahme der Testierunfähigkeit der Erblasserin nicht auf die Aussage des Zeugen Dr. E gestützt werden. Der Zeuge musste im Rahmen seiner förmlichen Vernehmung durch das AG gleich zu Beginn einräumen, keine sichere Erinnerung mehr an die Vorgänge gehabt zu haben. Insoweit begegnet bereits seine Einschätzung, bei seinem Besuch sei die Erblasserin noch ansprechbar, aber nicht mehr orientiert gewesen, erheblichen Bedenken. Dass die Erblasserin nicht mehr orientiert gewesen sei, hat der Zeuge lediglich aus der Einseitigkeit ihrer Reaktionen auf seine Fragen geschlossen. Der Zeuge musste aber zugeben, außer der Frage nach Schmerzen keine weiteren Fragen an die Erblasserin gestellt zu haben. Konkrete Feststellungen zum Zustand der Erblasserin hat der Zeuge hingegen nicht getroffen. Seine Einschätzung, die Erblasserin habe sich im Präfinalstadium kurz vor dem Tod befunden, beruhte – wie der Zeuge selbst angegeben hat – auf der allgemeinen Erfahrung, dass Patienten im Stadium kurz vor ihrem Tod nicht mehr im Besitz ihrer geistigen Kräfte seien, da sie – so der Zeuge – in einen Dämmerzustand gelangten, in dem ihre Funktionen eingeschränkt seien. Ob dies allerdings auch auf die Erblasserin zugetragen habe, konnte der Zeuge nicht bestätigen. Er hat vielmehr eingeräumt, dass es auch in der Präfinalphase unterschiedliche Zustände der Patienten gäbe und diese auch kurzfristig wechseln könnten. Deshalb sei es durchaus möglich, wie der Beschwerdegegner vorgetragen hat, dass die Erblasserin noch an ihrem Todestag Kreuzworträtsel gelöst habe. Weiterhin hat das AG richtig gewürdigt, dass der Zeuge bei seiner Einschätzung unzutreffend davon ausgegangen sei, dass die Erblasserin das von ihm verordnete Beruhigungs- und Schlafmittel eingenommen hatte, was aber tatsächlich – wie die Zeugin V bestätigt hat – nicht der Fall gewesen ist. Auch die Annahme des Zeugen E, die geistigen Kräfte der Erblasserin seien durch die senile Demenz, an der sie gelitten habe, eingeschränkt gewesen, reicht zur Feststellung der Testierunfähigkeit nicht aus. Bei Altersdemenz kommt es auf das Gesamtverhalten und das Gesamtbild der Persönlichkeit zum



Zeitpunkt der Testamentserrichtung an (vgl. BayObLG, Beschluss vom 6.11.1995, 1 Z BR 56/95, juris Rdnr. 38; OLG Düsseldorf, Urteil vom 6.3.1998, 7 U 210/95, juris).

**18** Für eine fundierte Beurteilung des Gesamtbildes der Persönlichkeit der Erblasserin fehlen indessen hinreichende Anknüpfungstatsachen. Im Gegensatz zu dem Zeugen Dr. E hat die Zeugin V bei ihrer förmlichen Vernehmung durch das AG angegeben, die Erblasserin sei „geistig voll dabei“ gewesen. Die Erblasserin habe gesagt, sie wolle noch alles selber regeln, damit sich die Brüder nicht streiten. Sie habe am Todestag noch mit dem Beschwerdegegner Kreuzworträtsel gelöst, alles „mitgekriegt“ und sie, die Zeugin, kurz vor ihrem Tod noch erkannt.

**19** Der Zeuge A2 Z, der als Seelsorger bei der Erblasserin gewesen ist, hat diese Einschätzung der Zeugin V bestätigt. Er hat angegeben, dass die Erblasserin bei seinem Gespräch mit ihr am Todestag geistig klar gewesen sei. Es habe keinerlei „verwirrte“ Äußerungen gegeben. Auch wenn das Gespräch stockend verlaufen sei, weil die Erblasserin schwere Atemprobleme gehabt habe, habe sie – so der Zeuge – gewusst, was sie wollte und was sie sagte. Auch die beiden Notare, der Zeuge N und der Zeuge H, sind von einer Testierfähigkeit ausgegangen. Sie haben gegenüber dem AG übereinstimmend angegeben, die Erblasserin sei bei aller körperlicher Hinfälligkeit noch geistig wach genug gewesen, um dem Vorgang zu folgen. Es habe keinerlei Anzeichen gegeben, an ihrer Testierfähigkeit zu zweifeln.

**20** (2) Das AG ist schließlich auch zu Recht davon ausgegangen, dass die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Frage der Testierfähigkeit der Erblasserin nicht in Betracht kommt.

**21** Nach § 352e FamFG hat das Nachlassgericht im Erbscheinsverfahren unter Benutzung der vom Antragsteller angegebenen Beweismittel von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen vorzunehmen und die geeignet erscheinenden Beweise zu erheben. Dem entspricht verfahrensrechtlich § 26 FamFG, der verlangt, dass das Gericht von Amts wegen die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchzuführen hat. Welche Nachforschungen geboten sind, bestimmt das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen. Die von Amts wegen einzuleitenden und durchzuführenden Ermittlungen sind so weit auszudehnen, wie es die Sachlage erfordert; mit anderen Worten muss das Verfahren geeignet sein, eine möglichst zuverlässige Grundlage für die zu treffende Entscheidung zu erlangen. Die richterliche Aufklärungspflicht ist aber nur dann verletzt, wenn Ermittlungen, zu denen nach dem Sachverhalt als solchem und dem Vorbringen der Beteiligten Anlass bestand, nicht durchgeführt worden sind; die Ermittlungen können abgeschlossen werden, wenn von weiteren Maßnahmen ein sachdienliches, die Entscheidung beeinflussendes Ergebnis nicht mehr zu erwarten ist. Eine Grenze für die Amtsermittlung ist erreicht, wenn diese sozusagen „ins Blaue“ hinein geschähe oder das Gericht einer lediglich denkbaren, rein theoretischen Möglichkeit nachginge. Bei der Aufklärung haben die Beteiligten, wie sich aus § 27 Abs. 1 und 2 FamFG ergibt, durch eingehenden Tatsachenvortrag mitzuwirken. Ihrer Mitwirkungs- und Verfahrensförderungslast

genügen sie, indem ihr Vortrag und die Bezeichnung geeigneter Beweismittel dem Gericht Anhaltspunkte dafür geben, in welche Richtung es seine Ermittlungen durchführen soll (OLG Düsseldorf, NJW-RR 2013, 782; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 21.4.2015, 11 Wx 82/14, juris)

**22** Unter Berücksichtigung dieser Anforderungen an die Verpflichtung zur Amtsaufklärung gemäß § 26 FamFG bestand schon deshalb kein Anlass, der Frage der Testierfähigkeit der Erblasserin durch Einholung eines Sachverständigengutachtens nachzugehen, weil die dafür erforderlichen Anknüpfungstatsachen, die ein Sachverständiger auswerten könnte, nicht vorliegen und vom Beschwerdeführer entgegen § 27 FamFG auch nicht vorgetragen worden sind. Richtig ist zwar, dass nur ausnahmsweise von der Einholung eines Gutachtens abgesehen werden darf. Das ist aber der Fall, wenn das Gericht zu der Überzeugung gelangt, die von ihm festgestellten Tatsachen reichten auch bei Beauftragung eines Sachverständigen nicht aus, um sichere Rückschlüsse auf die Testierunfähigkeit des Erblassers zuzulassen. Eine solche Annahme ist beispielsweise gerechtfertigt, wenn keine zuverlässigen Zeugenaussagen über das Verhalten des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung vorliegen, die zum Gegenstand eines Sachverständigengutachtens gemacht werden können (Keidel/Sternal, FamFG, § 29 Rdnr. 53). Auch wenn kein Anhalt dafür besteht, dass beim Erblasser von ärztlicher Seite eine geistige Erkrankung festgestellt worden oder er wegen in diese Richtung weisender Krankheitssymptome jemals behandelt worden ist, so ist für amtswegige Aufklärungsmaßnahmen im Hinblick auf eine aus einer solchen Erkrankung herzuleitende Testierunfähigkeit des Erblassers kein Raum (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4.11.2013, I-3 Wx 98/13, juris). Im vorliegenden Fall haben sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Erblasserin unter einer die Testierfähigkeit ausschließenden geistigen Erkrankung gelitten haben könnte. Der Zeuge E hat zwar ausgesagt, dass die Erblasserin an einer senilen Demenz gelitten habe. Ob diese Einschätzung zutrifft bzw. ob die von dem Zeugen angenommene dementielle Entwicklung bereits so weit fortgeschritten gewesen ist, dass von der Testierunfähigkeit ausgegangen werden muss, lässt sich jedoch nicht feststellen. Die Aussagen der Zeugen V und Z, die übereinstimmend bekundet haben, dass die Erblasserin keinen verwirrten Eindruck gemacht habe, stehen der Einschätzung des Zeugen E, wie oben dargelegt, entgegen. Weiterhin ergeben sich auch aus den im Anhörungstermin beim AG vom 26.6.2017 als Anlage zum Protokoll genommenen Arztunterlagen, insbesondere aus dem Gutachten zur Feststellung der Pflegebedürftigkeit keine Hinweise auf eine geistige Beeinträchtigung der Erblasserin. Auf die Beziehung und Auswertung der Pflegedokumentation der Pflegeeinrichtung, in der die Erblasserin bis zu ihrem Tod lebte, konnte schließlich verzichtet werden, weil nicht zu erwarten ist, dass sich daraus etwas anderes ergibt, als aus der Aussage der als Leiterin der Pflegeeinrichtung für die Pflege der Erblasserin zuständigen Zeugin V.

**23** b) Das Vorbringen des Beschwerdeführers in der Beschwerde rechtfertigt ebenfalls keine andere Entscheidung des Senats.

**24** aa) Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kann die fehlende Testierfähigkeit nicht damit begründet werden,

dass der Inhalt des Testaments im Widerspruch zum Willen der Erblasserin steht. Der Beschwerdeführer hat dazu lediglich vorgetragen, es habe nicht dem Willen der Erblasserin entsprochen, dass der Beschwerdegegner Alleinerbe werden sollte. Die Erblasserin habe vor ihrer Pflegebedürftigkeit vielmehr geäußert, dass sie die Vorstellung habe, dass ihr Erbe dergestalt aufgeteilt werden solle, dass jeder der Söhne ein Haus erhalte und ein drittes Haus verkauft und der Erlös aufgeteilt werde. Dieses Vorbringen lässt nicht den sicheren Schluss zu, dass die Erblasserin derart beeinflusst worden ist, dass sie das notarielle Testament gegen ihren wirklichen Willen gemacht hat. Er erscheint durchaus denkbar, dass die Erblasserin, selbst wenn sie bis kurz vor ihrem Tode stets vorgehabt haben sollte, beide Söhne gleich zu bedenken, ihre Absicht geändert und den Beschwerdegegner zum Alleinerben bestimmt hat. Der Umstand, dass die Erblasserin das Testament errichtet hat, spricht sogar gegen die Richtigkeit der Behauptung des Beschwerdeführers. Wenn die Erblasserin gewollt hätte, die gesetzliche Erbfolge herbeizuführen, hätte sie lediglich die Mitwirkung bei der Testamentserrichtung zu verweigern brauchen. Das hat sie aber nicht getan.

**25 bb)** Für die Wirksamkeit des Testaments ist es auch nicht entscheidend, dass es auf Veranlassung des Beschwerdegegners errichtet worden ist. Der Beschwerdeführer selbst hat dazu ausweislich seiner Zeugenvernehmung im Ermittlungsverfahren angegeben, der Beschwerdegegner habe das Testament mit der Mutter machen lassen wollen, um sie beide abzusichern. Er, der Beschwerdeführer, habe enterbt werden sollen, damit er nicht verpflichtet werden könne, Geldzahlungen zu leisten. Dies erscheint durchaus plausibel angesichts der prekären finanziellen Lage des Beschwerdeführers. Entgegen der Auffassung des Verfahrensbevollmächtigten des Beschwerdeführers kann das Vernehmungsprotokoll auch durchaus der Entscheidung zugrunde gelegt werden. Dies entspricht sogar der Regelung des § 37 FamFG.

**26** Dass der Beschwerdegegner die Errichtung des Testaments der Erblasserin maßgeblich veranlasst hat, steht seiner Wirksamkeit auch nicht entgegen. Es spielt insbesondere keine Rolle, dass sich der Beschwerdegegner mit dem beurkundenden Notar zunächst in Verbindung gesetzt und mit diesem den Inhalt des Testaments besprochen hat. Zwar werden die Vorverhandlungen, in denen der Notar den letzten Willen eines Erblassers erörtert, in der Regel mit diesem selbst geführt. Zulässig ist es aber auch, dass der Erblasser einen Dritten ermächtigt, die für einen Testamentsentwurf notwendigen Angaben dem Notar in der Vorverhandlung vorzutragen (OGHZ 2, 45 = NJW 1949, 544; BGHZ 2, 172), sodass der Notar den Entwurf nach Angaben des Erblassers – wie hier geschehen – auch in dessen Abwesenheit fertigen kann (Staudinger/Baumann, Neub. 2018, § 2232 Rdnr. 28). Zwar hat der Notar in einem solchen Fall mit besonderer Sorgfalt zu prüfen, ob der Dritte von der Testamentsgestaltung profitiert, und in einem solchen Fall den Erblasser im Beurkundungsverfahren besonders gründlich zu befragen, ob der vom Dritten vorgelegte letzte Wille mit seinen eigenen Vorstellungen übereinstimmt. Auch wird sich der Notar, der gemäß § 17 BeurkG den Willen des Erblassers zu erforschen hat (Palandt/Weidlich, § 2232 Rdnr. 4), bei der Beurkundung davon überzeugen müssen, dass der vom Dritten vorgetragene letzte Wille mit

den eigenen Vorstellungen des Erblassers übereinstimmt und sich im Einzelnen den letzten Willen vom Erblasser persönlich bestätigen lassen (Staudinger/Baumann, § 2232c Rdnr. 29). Dieser Verpflichtung ist der beurkundende Notar N aber hinreichend nachgekommen. Der Zeuge N hat in seiner schriftlichen Aussage angegeben, dass die Erblasserin bei der Verlesung des Testaments ihm mit ihrem Blick zugewandt gewesen sei und bei einzelnen Passagen des Testaments genickt habe. Der Zeuge H hat im Übrigen bestätigt, dass der Notar N gefragt habe, ob der Wortlaut des Testaments „so richtig“ sei und die Erblasserin dies erklärt habe.

**27 cc)** Die Wirksamkeit des Testaments wird auch nicht dadurch infrage gestellt, dass die Erblasserin ihren letzten Willen nur mit einem gehauchten „Ja“ erklärt hat, wie die beiden Notare N und H in ihren Aussagen bekundet haben. Der Zeuge H hat bei seiner Vernehmung durch den Senat hinzugefügt, dass das „Ja“ deutlich vernehmbar gewesen sei. Es habe sich dabei nicht um eine unartikulierte Äußerung gehandelt. Daher reicht diese Bekundung der Erblasserin aus. Nach § 2232 Satz 1 Alt. 1 BGB kann ein Erblasser ein Testament errichten, indem er dem Notar seinen letzten Willen mündlich erklärt. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass eine Testamentserrichtung durch mündliche Erklärung des letzten Willens auch dann noch vorliegt, wenn der Erblasser zu einem ihm vorgelesenen Testamentsentwurf – einerlei, wer diesen Entwurf erstellt hat – ein verständliches „Ja“ sagt (Palandt/Weidlich, § 2232 Rdnr. 2; OLG Hamm, Beschluss vom 9.11.1988, 15 W 198/87, juris; Beschluss vom 11.10.2012, I-15 W 265/11, FamRZ 2013, 1424). Selbst die Genehmigung durch ein schwer verständliches „Ja“, sofern die mitwirkenden Personen (Notar und Zeugen) das „Ja“ noch verstehen können, hätte als mündliche Erklärung ausgereicht, ebenso wie ein Kopfnicken oder Kopfschütteln bzw. jede Art von Geste oder Gebärde (Staudinger/Baumann, § 2232 Rdnr. 32). Die beiden anwesenden Notare haben jedenfalls übereinstimmend angegeben, dass sie das gehauchte „Ja“ als Zustimmung der Erblasserin verstanden hätten.

**28 dd)** Unerheblich ist deshalb auch, dass der Schlussvermerk unter dem Testament nicht erkennen lässt, dass die Erblasserin die letztwillige Verfügung mündlich zumindest mit einem „Ja“ bestätigt hat. Die Erklärung des letzten Willens im Sinne des § 2232 Satz 1 Alt. 1 BGB und die Genehmigung der Niederschrift im Sinne von § 13 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 BeurkG können in der Praxis zusammenfallen (Palandt/Weidlich, § 2232 Rdnr. 7). Für eine mündliche Erklärung des letzten Willens reicht es aus, wenn der Erblasser den vorgelesenen Text mit einem verständlichen „Schluss-Ja“ genehmigt. Davon, dass dies hier erfolgt ist, ist nach den obigen Ausführungen auszugehen. Abgesehen davon können die Erklärung des letzten Willens im Sinne des § 2232 Satz 1 Alt. 1 BGB und die Genehmigung der Niederschrift im Sinne von § 13 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 BeurkG auch konkludent (zum Beispiel durch Gebärden oder Zeichen wie Kopfnicken oder Kopfschütteln) erfolgen (Palandt/Weidlich, § 2232 Rdnr. 2 und 7). Der Schlussvermerk muss keine Angabe dazu enthalten, auf welche Weise der Erblasser die Genehmigung erklärt hat (vgl. § 13 Abs. 1 Satz 2 BeurkG).

**29 ee)** Soweit der Beschwerdeführer seine Beschwerde entscheidend auf die Behauptung stützt, das Testament sei nach

dem Eintreffen des Notars H nicht (noch einmal) verlesen worden, kann der Senat dem nicht folgen. Diese Tatsachenbehauptung beruht nicht auf eigener Wahrnehmung des Beschwerdeführers, denn der Beschwerdeführer ist bei der Beurkundung nicht zugegen gewesen. Schon deshalb sind Zweifel an ihrer Richtigkeit angebracht. Seine Behauptung, der Beschwerdegegner habe ihm bei seinem Eintreffen im Sterbezimmer bestätigt, dass die Urkunde nicht noch einmal verlesen worden sei, wird durch objektive Anhaltspunkte nicht gestützt. Insbesondere ergibt sich dies nicht aus der polizeilichen Zeugenaussage des Beschwerdeführers. Seine bloße Annahme, die kurze Zeit bis zum Tod der Erblasserin habe nicht mehr die Möglichkeit eines weiteren Verlesens der Testamentsurkunde zugelassen, reicht jedenfalls nicht aus. Nach Auffassung des Senats bestehen insoweit keine Bedenken gegen die Wirksamkeit des Testaments.

**30** Nach § 25 BeurKG muss ein Zeuge oder ein zweiter Notar hinzugezogen werden, wenn nach der Überzeugung des beurkundenden Notars der Erblasser seinen Namen nicht zu schreiben vermag. Das war hier der Fall, denn es stellte sich nach dem Verlesen der Testamentsurkunde heraus, dass die Erblasserin nicht mehr dazu in der Lage war, ihren Namen leserlich unter die Urkunde zu schreiben. Daraufhin hat der Notar N den Notar H als Zeugen herbeigerufen. Allerdings muss nach § 25 Satz 1 BeurKG der zweite Notar beim Vorlesen und bei der Genehmigung der Niederschrift anwesend sein. Stellt sich erst nachträglich heraus, dass ein Beteiligter seinen Namen nicht schreiben kann, so muss in Gegenwart des zweiten Notars die Niederschrift dem schreibunfähigen Beteiligten deshalb erneut vorgelesen und von ihm genehmigt werden. Auf die Hinzuziehung von Zeugen können die Beteiligten, wenn die Voraussetzungen gegeben sind, nicht mehr verzichten (Staudinger/*Hertel*, Neub. 2017, BeurKG Rdnr. 558; Lerch/*Lerch*, Beurkundungsgesetz, Dienstordnung und Richtlinienempfehlungen der BNotK, 5. Aufl. 2016, § 25 BeurKG Rdnr. 10; BGHZ 27, 274; Staudinger/*Baumann*, § 2232 Rdnr. 40).

**31** Die Behauptung des Beschwerdeführers, die Urkunde sei im Beisein des Notars H nicht mehr verlesen worden, ist nach der Überzeugung des Senats nicht erwiesen. Sowohl der Notar N als auch der Notar H haben in ihren gegenüber dem AG abgegebenen schriftlichen Stellungnahmen das Gegenteil angegeben, nämlich, dass das Testament, nachdem der Notar H hinzugezogen worden sei, ein zweites Mal vorgelesen worden sei. Danach sei das Testament noch mit einem handschriftlichen Zusatz versehen worden. Der Zeuge H hat dies auch noch einmal bei seiner förmlichen Vernehmung durch den Senat bestätigt. Er hat den Ablauf der Beurkundung im Einzelnen detailliert geschildert und dazu ausdrücklich angegeben, dass das Testament in seinem Beisein vollständig, einschließlich der Formalien, vorgelesen worden sei. Der Zeuge hat hinzugefügt, dass der Notar N ihm erzählt habe, das Testament vor seinem Eintreffen bereits schon einmal vorgelesen zu haben. Auch auf eindringliches Befragen durch den Verfahrensbevollmächtigten des Beschwerdeführers ist der Zeuge bei seiner Aussage geblieben und hat bekräftigt, dass in seinem Beisein das Testament verlesen worden sei. Der Senat hat daher keine Veranlassung an der Richtigkeit der Bekundungen des Zeugen H zu zweifeln.

**32** Die förmliche Vernehmung des Notars N gemäß § 30 Abs. 3 FamFG war hingegen zur weiteren Ermittlung des Sachverhalts nicht mehr erforderlich. Seine nichtförmliche, schriftliche Aussage, die der Zeuge N gegenüber dem AG abgegeben hatte, reichte gemäß § 37 Abs. 1 FamFG als Grundlage für die Entscheidung des Senats aus.

**33** Eine Verpflichtung zur förmlichen Vernehmung des Zeugen N besteht nicht. Nach § 29 FamFG erhebt das Gericht die erforderlichen Beweise in geeigneter Form, sodass grundsätzlich auch eine nicht förmliche Beweisaufnahme erfolgen kann. Nach § 30 Abs. 3 FamFG soll eine förmliche Beweisaufnahme über die Richtigkeit einer Tatsachenbehauptung stattfinden, wenn das Gericht seine Entscheidung maßgeblich auf die Feststellung dieser Tatsache stützen will und die Richtigkeit von einem Beteiligten ausdrücklich bestritten wird. Da der Senat aber seine Entscheidung nicht auf die Behauptung des Beschwerdeführers stützt, war eine förmliche Vernehmung des Zeugen N nicht durchzuführen.

**34** Eine förmliche Vernehmung ist, wie sich aus der Gesetzesbegründung ergibt, nur erforderlich, wenn das Gericht die entscheidungserhebliche Tatsachenbehauptung nach dem Ergebnis bisheriger Ermittlungen für wahr hält und sie daher seiner Entscheidung zugrunde legen will. In diesem Fall soll das Gericht insoweit eine positive Überzeugung vom Vorliegen einer Tatsache noch einmal durch den Strengbeweis überprüfen (BT-Drucks. 16/6308, S. 190). Soweit vertreten wird, dass sich eine solche Einschränkung der Verpflichtung zur Erhebung des Strengbeweises dem § 30 Abs. 3 FamFG nicht entnehmen lasse und die Notwendigkeit, die Durchführung einer förmlichen Beweisaufnahme von einem vorgeschalteten Freibeweisverfahren abhängig zu machen, nicht bestehe (Keidel/*Sternal*, FamFG, § 30 Rdnr. 10; Zöller/*Feskorn*, FamFG, § 30), vermag dem der Senat nicht zu folgen. Denn eine Tatsache ist nur dann entscheidungserheblich, wenn das Gericht sich eine vorläufige Überzeugung von der Richtigkeit der behaupteten Tatsache geschaffen hat. Zweifelt hingegen das Gericht an der Wahrheit einer Tatsachenbehauptung oder hält es sie für unwahr, so ist § 30 Abs. 3 FamFG schon nach seinem Wortlaut nicht einschlägig (Prütting/*Helms/Prütting*, FamFG, § 30 Rdnr. 11; MünchKomm-FamFG/*Ulrici*, § 30 Rdnr. 13, 14; BeckOK-FamFG/*Burschel*, § 30 Rdnr. 12, 13; Musielak/*Borth/Borth/Grandel*, FamFG, § 30 Rdnr. 3-4; Bahrenfuss/*Rüntz*, FamFG, 3. Aufl. 2017, § 30 Rdnr. 15).

**35** Die durchgeführte Beweisaufnahme im Wege der Einholung schriftlicher Stellungnahmen sowie durch die zusätzliche förmliche Vernehmung des Zeugen H hat aber – wie bereits ausgeführt – nicht ergeben, dass die vom Beschwerdeführer behauptete Tatsache, ein nochmaliges Verlesen der Urkunde habe nicht stattgefunden, tatsächlich stimmt. Insoweit ist die Behauptung des Beschwerdeführers nicht entscheidungserheblich, denn der Senat legt seiner Entscheidung stattdessen die Feststellung zugrunde, dass das Testament aufgrund abermaligen Verlesens im Beisein des Notars H, wie von diesem bekundet, wirksam zustande gekommen ist. Eine Bestätigung dieser Feststellung durch eine förmliche Vernehmung des Zeugen N war nicht gemäß § 30 Abs. 1 FamFG geboten, da die Beweisaufnahme nicht die geringsten Anhaltspunkte dafür ergeben hat, dass die Behauptung des Beschwerdeführers



ners der Wahrheit entspricht. Schließlich hat er seine Behauptung auch nur auf die Vermutung stützen können, dass die Zeit bis zum Tod der Erblasserin für ein nochmaliges Vorlesen der Urkunde nicht ausgereicht habe.

**36** Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde gemäß § 70 Abs. 2 FamFG liegen nicht vor. Weder hat die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung noch ist zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erforderlich.

## KOSTENRECHT

### 26. Notargebühren für die Beurkundung einer Vertragsaufhebung mit zusätzlichen Regelungen zur Rückabwicklung des aufgehobenen Vertrags

OLG Nürnberg, Beschluss vom 21.8.2020, 8 W 2902/20

GNotKG KV Nr. 21000, 21002

#### LEITSÄTZE:

1. Für die alleinige Beurkundung einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung der Vertragspartner über die Aufhebung eines gesamten ursprünglichen Vertragsverhältnisses fällt eine Notargebühr nach Nr. 21002 KV GNotKG an.
2. Die Beurkundung einer Gesamtvereinbarung, bei der die Vertragsparteien neben der Vereinbarung der Vertragsaufhebung besondere Abreden über die Rückabwicklung des aufgehobenen Vertrags treffen, fällt unter Nr. 21100 KV GNotKG.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** I. Der beschwerdeführende Notar begehrt die gerichtliche Entscheidung über eine von ihm erstellte Kostenrechnung.

**2** 1. Am 1.4.2015 beurkundete der Notar einen Kaufvertrag, wonach der Kostenschuldner ein seinerzeit in seinem Eigentum stehendes Grundstück in der (...) Straße (...), T (Grundbuch des AG Schwandorf von T, Blatt [...]), zum Preis von 200.000 € an die Eheleute L und C L veräußerte (URNr. [...]; [...]). Zugleich wurde zur Urkunde des Notars die Auflassung erklärt. Ferner wurde in dieser Urkunde ein dingliches Vorkaufsrecht zugunsten der Tochter des Veräußerers bestellt, welches bis zur Eintragung im Grundbuch schuldrechtliche Wirkung zwischen den Beteiligten des Geschäfts entfalten sollte. Der Vertrag wurde vollzogen; die Erwerber wurden zu je ½ als Eigentümer des Anwesens in das Grundbuch eingetragen.

**3** 2. Am 9.11.2015 beurkundete der Notar ein als „Aufhebung und Rückabwicklung eines Kaufvertrages“ bezeichnetes Geschäft (URNr. [...]; [...]). Darin vereinbarten die Eheleute L und der Veräußerer (Kostenschuldner) die Aufhebung des Kaufvertrages vom 1.4.2015. Unter dem Gliederungspunkt „II. Rück-

abwicklung, Auflassung, Vormerkung“ der Urkunde vereinbarten die Parteien die Zahlung eines Erstattungsbetrages von 200.000 € sowie die Auflassung dergestalt, dass der Kostenschuldner (wieder) Alleineigentümer des Grundstücks werden soll. Ausdrücklich ausgenommen von der Vertragsaufhebung blieb das Vorkaufsrecht zugunsten der Tochter des Kostenschuldners. Dieses war im Zeitpunkt der Beurkundung vom 9.11.2015 noch nicht in das Grundbuch eingetragen, sodass die Beteiligten vereinbarten, der Kostenschuldner werde in die schuldrechtlichen Verpflichtungen aus der Vereinbarung des Vorkaufsrechts eintreten.

**4** 3. Für die Beurkundung vom 9.11.2015 stellte der Notar dem Kostenschuldner am 10.11.2015 einen Betrag von 824,08 € brutto in Rechnung (...). Darin enthalten war insbesondere eine mit „Vertragsaufhebung“ bezeichnete Gebühr nach Nr. 21102 KV GNotKG i. H. v. 435 € netto, der ein Geschäftswert von 200.000 € zugrunde lag.

**5** 4. Auf Bitte des Präsidenten der Notarkasse (...) wies der Präsident des LG Amberg den Notar mit Schreiben vom 8.10.2019 an, die gerichtliche Entscheidung des LG über die Rechnung vom 10.11.2015 herbeizuführen und ggf. weitere Rechtsmittel einzulegen (...). Hintergrund ist die Auffassung der Notarkasse, dass für die Beurkundung vom 9.11.2015 eine höhere Gebühr nach Nr. 21100 KV GNotKG zu erheben sei.

**6** 5. Dieser Weisung entsprechend beantragte der Notar mit einem am 25.10.2019 eingegangenen Schriftsatz die Entscheidung des LG Amberg (...). Er macht insbesondere geltend, die Auffassung der Notarkasse entspreche nicht dem Zweck der Regelung in Nr. 21102 Ziffer 2 KV GNotKG. Danach solle die Rückabwicklung eines – aus welchen Gründen auch immer – fehlgeschlagenen Vertrages kostenrechtlich privilegiert werden. In diesem Sinne könne auch ein bereits vollständig erfüllter Kaufvertrag rückabgewickelt werden. Durch seine Aufhebung entstehe ein bereicherungsrechtliches Rückabwicklungsverhältnis, ohne dass es eines Rückkaufvertrages bedarf. Im vorliegenden Fall sei auch keine gebührenrelevante Vertragsänderung vorgenommen worden.

**7** 6. Der Präsident der Notarkasse hat mit einem am 2.6.2020 eingegangenen Schreiben zum Verfahren Stellung genommen (...) und sich den Ausführungen der Prüfungsabteilung angeschlossen (...).

**8** 7. Mit Beschluss vom 3.8.2020 hat das LG die dem Kostenschuldner erteilte Rechnung vom 10.11.2015 dahin gehend abgeändert, dass anstelle der Gebühr nach Nr. 21102 KV GNotKG eine Gebühr nach Nr. 21000 KV GNotKG aus einem Geschäftswert von 200.000 € anzusetzen sei. Durch diese Gebühr von 870 € netto erhöhe sich der Gesamtbetrag auf 1.334,13 € brutto (...). Zur Begründung wird insbesondere ausgeführt, dass es wegen des bereits erfolgten grundbuchmäßigen Vollzugs des ursprünglichen Geschäfts der neuerlichen Auflassung des Grundstücks bedurfte. Die Beurkundung dieser dinglichen Einigung stelle keine bloße Vertragsaufhebung dar. Auch aus § 109 GNotKG ergebe sich nichts anderes.

**9** Dieser Beschluss wurde dem Notar am 13.8.2020 zugestellt.



**10 8.** Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Notars ging am 14.8.2020 per Telefax beim LG ein (...). Das LG hat dem Rechtsmittel mit Beschluss vom 21.8.2020 nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Nürnberg zur Entscheidung vorgelegt (...).

**11 9.** Der Kostenschuldner hatte in erster Instanz sowie im Beschwerderechtszug Gelegenheit zur Stellungnahme. Er hat sich jedoch nicht geäußert.

**12 II. 1.** Die Beschwerde ist statthaft gemäß § 129 Abs. 1 GNotKG. Sie wurde insbesondere form- und fristgerecht eingelegt (§ 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG, § 63 Abs. 1, § 64 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 FamFG).

**13** Der Notar ist auch beschwerdeberechtigt (§ 130 Abs. 1 Satz 1 GNotKG, § 59 Abs. 1 FamFG). Er ist durch die angefochtene Entscheidung zwar nicht finanziell beschwert, denn das LG hat höhere Gebühren in Ansatz gebracht als sie der Notar berechnet hatte. Jedoch hat der Notar den Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach Anweisung durch die vorgesetzte Dienstbehörde – den Präsidenten des LG Amberg (§ 92 Nr. 1 BNotO) – gestellt. In einem solchen Fall ist der Notar auch dann beschwert, wenn das LG entgegen der Ansicht des Notars zu einer Erhöhung der Gebühren gelangt ist (§ 130 Abs. 2 Satz 2 GNotKG). Der damit verbundene Eingriff in die durch § 1 BNotO garantierte Unabhängigkeit des Notars und in sein Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG rechtfertigt die Beschwerdemöglichkeit (vgl. BVerfG, Beschluss vom 15.4.2002, 1 BvR 358/02, juris; Senatsbeschluss vom 17.10.2017, 8 W 1262/17, JurBüro 2018, 25, 26; OLG Frankfurt a. M., BeckRS 2005, 5174 Rdnr. 7 f.; BeckOK-KostR/*Schmidt-Räntsch*, Stand: 1.6.2019, § 129 GNotKG Rdnr. 6 m. w. N.). Auf Nachfrage hat der Notar klarstellend mitgeteilt, dass er die Beschwerde in eigenem Namen eingelegt hat und es sich nicht um eine „Anweisungsbeschwerde“ handelt.

**14 2.** In der Sache hat das Rechtsmittel keinen Erfolg. Das LG hat zutreffend entschieden, dass für die Beurkundung vom 9.11.2015 eine Gebühr nach Nr. 21100 KV GNotKG zu erheben und die Kostenrechnung des Notars entsprechend zu ändern ist.

**15 a)** Entgegen der Ansicht des Notars ist für dieses Geschäft nicht lediglich eine Gebühr nach Nr. 21102 KV GNotKG angefallen.

**16 aa)** Dieser Gebührentatbestand ist gemäß seiner Ziffer 2 anzuwenden, wenn (nur) die Aufhebung eines Vertrages Gegenstand des Beurkundungsverfahrens ist. Gemeint ist damit der Abschluss eines (verfügenden) Aufhebungsvertrages, d. h. die rechtsgeschäftliche Vereinbarung der Vertragspartner über die Aufhebung des gesamten ursprünglichen Vertragsverhältnisses (contrarius consensus). Damit erlischt das Vertragsverhältnis. Der Aufhebungsvertrag ist materiellrechtlich nicht ausdrücklich geregelt, er entspringt aber – vorbehaltlich der Rechte Dritter – unzweifelhaft der Privatautonomie und wird unter § 311 Abs. 1 BGB subsumiert (vgl. BeckOGK-BGB/*Herresthal*, Stand: 1.6.2019, § 311 Rdnr. 161). Ein Aufhebungsvertrag kann auch nach vollzogener Erfüllung abgeschlossen werden (vgl. MünchKomm-BGB/*Schlüter*, 8. Aufl., § 397 Rdnr. 18 m. w. N.). Allerdings lassen sich einmal vollzogene dingliche Einigungen nicht aufheben, sondern nur rückgängig

machen (vgl. Staudinger/*Bork*, Neub. 2020, Vor §§ 145 ff. Rdnr. 43).

**17** Kostenrechtlich spielt es für Nr. 21102 Ziffer 2 KV GNotKG keine Rolle, ob der aufzuhebende Vertrag schuld- oder sachenrechtlicher Natur ist und ob er noch nicht oder bereits teilweise erfüllt worden ist (vgl. BT-Drucks. 17/11471, S. 219; Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 21. Aufl., KV 21102 Rdnr. 8 und 11; HK-GNotKG/*Fackelmann*, KV Nr. 21000-21102 Rdnr. 102). Ebenso wenig ist entscheidend, ob der ursprüngliche Vertrag oder der Aufhebungsvertrag von Gesetzes wegen der notariellen Form bedurften. Dem Wortlaut des Gebührentatbestandes und den Gesetzesmaterialien lässt sich schließlich auch keine Unterscheidung danach entnehmen, ob der Aufhebungsvertrag nur für die Zukunft oder auch rückwirkend ausgestaltet worden ist (vgl. zur dahin gehenden Freiheit der Parteien: BGH, Urteil vom 16.6.1978, V ZR 115/77, NJW 1978, 2198).

**18 bb)** Im vorliegenden Fall beschränkte sich das am 9.11.2015 beurkundete Geschäft aber nicht auf einen bloßen Aufhebungsvertrag. Dies ergibt sich bereits aus der Überschrift der Vertragsurkunde. Die Vereinbarung der Beteiligten umfasste nicht nur die unter Ziffer I. 2. geregelte einvernehmliche Aufhebung des am 1.4.2015 geschlossenen Kaufvertrages. Diese Aufhebung des Kaufvertrages hätte entgegen der Ansicht des Notars kein bereicherungsrechtliches Rückabwicklungsverhältnis begründet, sondern zur entsprechenden Anwendung der §§ 346 ff. BGB geführt (vgl. BGH, Urteil vom 9.11.1995, IX ZR 19/95, NJW-RR 1996, 336, 337; MünchKomm-BGB/*Emmerich*, § 311 Rdnr. 20). Die Vertragsparteien haben über die Rückerstattung bereits ausgetauschter Leistungen jedoch ebenfalls eine einvernehmliche Abrede getroffen. Dies betrifft Ziffer II. der Urkunde vom 9.11.2015, wo insbesondere die Erstattung des gesamten Kaufpreises von 200.000 € sowie die Rückübertragung von Eigentum und Besitz am Grundstück geregelt sind (actus contrarius). Da die ursprünglichen Käufer bereits als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen worden waren, bedurfte es der erneuten Auflassung sowie der Wiedereintragung des Kostenschuldners in das Grundbuch, welcher eine entsprechende Vormerkung vorausging. Für all dies wurde dem Notar in der Urkunde vom 9.11.2015 der Auftrag zum grundbuchamtlichen Vollzug erteilt.

**19** Die einvernehmliche Rückerstattungsregelung über bereits vollständig erbrachte Leistungen geht über die bloße Vertragsaufhebung deutlich hinaus. Sie verbindet das Verfügungsgeschäft über den Bestand des ursprünglichen Vertragsverhältnisses mit einem Verpflichtungsgeschäft über die bereits erbrachten Leistungen (vgl. Rohs/Wedewer/*Wudy*, GNotKG, KV 21100-21102 Rdnr. 401). Die Vertragsaufhebung bildet die rechtliche Grundlage für die (Rück-)Zahlungspflicht, die (Rück-)Auflassung und die Bewilligung der zur Erfüllung notwendigen Grundbucheintragungen. Zutreffender Ansicht nach fällt die Beurkundung solcher Gesamtvereinbarungen unter Nr. 21100 KV GKG (vgl. Korintenberg/Tiedtke, KV 21102 Rdnr. 12a, scheinbar anders aber unter Rdnr. 13).

**20 cc)** Es kommt hinzu, dass Nr. 21102 Ziffer 2 KV GNotKG ausschließlich die vollständige Aufhebung eines Vertrages erfasst, auch wenn die Vertragsgegenstände teilbar sind (vgl.

HK-GNotKG/*Fackelmann*, KV Nr. 21000-21102 Rdnr. 107; Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 3. Aufl., KV 21102 Rdnr. 14 und 16). Hieran fehlt es im vorliegenden Fall. Denn das im Vertrag vom 1.4.2015 unter Ziffer VIII. der Urkunde vereinbarte Vorkaufsrecht zugunsten der Tochter des Kostenschuldners ist ausdrücklich von der Vertragsaufhebung ausgenommen worden. Die Verpflichtung des Eigentümers aus der insoweit fortbestehenden Vereinbarung wurde vom Kostenschuldner übernommen und ist von diesem nach §§ 1094 ff. BGB zu erfüllen.

**21 dd)** Zusammenfassend bilden die Aufhebung des Kaufvertrags und die Vereinbarung über die Rückerstattung der bereits erbrachten Leistungen einen einheitlichen Beurkundungsgegenstand (§ 109 Abs. 1 GNotKG), für den eine Gebühr nach Nr. 21100 KV GNotKG zu erheben ist. Dieses Ergebnis ist auch mit Blick auf Sinn und Zweck der in Nr. 21102 KV GNotKG enthaltenen Privilegierung gerechtfertigt. Denn im Gegensatz zu der unter diesen Tatbestand fallenden bloßen Aufhebung eines Vertrages ist die hier erfolgte Beurkundung des vollständigen Rückerwerbs eines Grundstücks (vgl. auch § 16 Abs. 2 GrEStG) mit deutlich höherem Aufwand sowie mit umfangreicheren Prüfungs-, Belehrungs- und Vollzugspflichten verbunden.

**22 b)** Der Geschäftswert der notariellen Tätigkeit richtet sich nach §§ 97 Abs. 1, 47 GNotKG. Er beträgt unbestritten 200.000 €.

**23 3.** Die Kostenentscheidung folgt aus § 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG, § 84 FamFG. Die Vorschrift des § 130 Abs. 2 Satz 3 GNotKG ist nicht anzuwenden, da die Beschwerde nicht auf Anweisung der Aufsichtsbehörde eingelegt worden ist (vgl. auch BGH, Beschluss vom 16.11.2017, V ZB 124/17, DNotZ 2018, 547 Rdnr. 19).

**24** Eine Festsetzung des Geschäftswertes für das vorliegende Rechtsmittelverfahren ist nicht veranlasst, weil für die Zurückweisung der Beschwerde eine Festgebühr nach Nr. 19110 KV GNotKG anfällt (vgl. *Korintenberg/Wilsch*, GNotKG, § 79 Rdnr. 7).

**25 4.** Gründe für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor (§ 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG, § 70 Abs. 2 Satz 1 FamFG). Zu der entscheidungserheblichen Fragestellung ist dem Senat keine divergierende Rechtsprechung bekannt. Sie erfordert auch keine richtungsweisende Orientierungshilfe des BGH.

#### ANMERKUNG:

Von Amtsrat i. N. **Michael Storch**, Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

Das OLG Nürnberg hatte die Frage zu klären, welche Gebühr für eine Beurkundungsverhandlung zu erheben ist, wenn Gegenstand der Urkunde die Aufhebung eines bereits im Grundbuch vollzogenen Kaufvertrages einschließlich der (Rück-)Auflassung des seinerzeit veräußerten Grundbesitzes ist.

Der die Aufhebung einschließlich Rückauflassung beurkundende Notar war der Ansicht, dass für die getroffenen Vereinbarungen insgesamt eine 1,0-Gebühr nach dem für eine

Vertragsaufhebung vorgesehenen Ausnahmetatbestand der KV-Nr. 21102 Nr. 2 GNotKG angefallen sei. Nach seiner Auffassung sei mit dieser Regelung die Rückabwicklung von Vertragsverhältnissen insgesamt kostenrechtlich privilegiert worden. Mit dem einschlägigen Gebührensatz wären damit auch Rückgewährsregelungen über bereits erbrachte Leistungen im Rahmen des bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsverhältnisses erfasst.

Diese Bewertungsauffassung hat nun jedoch nach der Erstinstanz<sup>1</sup> auch das OLG Nürnberg zu Recht abgelehnt.

Zwar hat das OLG Nürnberg zunächst festgestellt, dass die Aufhebung eines Kaufvertrags auch nach Vollzug der Auflassung im Grundbuch erfolgen kann und es für die Anwendbarkeit des Gebührenprivilegs von KV-Nr. 21102 Nr. 2 GNotKG zunächst keine Rolle spielt, ob von der Aufhebung ein schuldrechtlicher oder dinglicher Vertrag betroffen ist.

Allerdings ließe sich eine einmal vollzogene dingliche Einigung nicht aufheben. Vielmehr ist hierzu ein neues Erfüllungsgeschäft erforderlich. Die Urkunde des Notars beschränkte sich deshalb folgerichtig auch nicht auf die bloße Aufhebungsvereinbarung. Sie beinhaltet zudem die erneute (Rück-)Auflassung, um den seinerzeitigen Verkäufer wieder als Eigentümer im Grundbuch eintragen zu können.

Diese Auflassung betrifft zwar im Verhältnis zur Aufhebung aufgrund des unstreitig bestehenden Abhängigkeitsverhältnisses denselben Beurkundungsgegenstand im Sinne von § 109 Abs. 1 GNotKG. Allerdings unterliegt die Auflassung als dinglicher Vertrag dem Ansatz der 2,0-Gebühr nach KV-Nr. 21100 GNotKG. Ein hiervon abweichender, geringerer Gebührenansatz käme nur dann in Betracht, wenn für das Verfügungsgeschäft einer der Ausnahmetatbestände der KV-Nrn. 21101 Nr. 2 oder 21102 Nr. 1 GNotKG Anwendung findet.

In beiden Fällen ist jedoch Voraussetzung, dass der Auflassung ein beurkundetes Rechtsgeschäft zugrunde liegt, also ein beurkundeter schuldrechtlicher Übertragungsanspruch, der durch bloße Verfügung dinglich erfüllt werden kann.<sup>2</sup>

Diese Voraussetzung ist hier nicht gegeben. Zwar mag die Vertragsaufhebung die rechtliche Grundlage der Rückauflassung sein; die Übertragungsverpflichtung als solche ist jedoch nicht Gegenstand der Urkunde. Diese ergibt sich vielmehr aus den in Folge der Aufhebungsvereinbarung anzuwendenden gesetzlichen Bestimmungen über die Rückgewähr von Leistungen.

Dies genügt zwar den Anforderungen an die Annahme eines Abhängigkeitsverhältnisses im Sinne von § 109 Abs. 1 GNotKG. Eine Gebührenprivilegierung nach den o. g. Ausnahmetatbeständen scheidet jedoch aus. Die (Rück-)Auflassung unterliegt deshalb dem Ansatz der 2,0-Gebühr nach KV-Nr. 21100 GNotKG.

<sup>1</sup> LG Amberg, Beschluss vom 3.8.2020, 31 T 1014/19, n. v.

<sup>2</sup> *Korintenberg/Tiedtke*, GNotKG, 21. Aufl. 2020, KV-Nr. 21101 Rdnr. 12 ff.; *Leipziger GNotKG/Deecke*, 2. Aufl. 2016, KV-Nr. 21101 Rdnr. 7 ff.

Für die Vertragsaufhebung (1,0) und die mitbeurkundete Auflassung (2,0) kommen damit unterschiedliche Gebührensätze in Betracht. Da beide Erklärungen einen einheitlichen Beurkundungsgegenstand im Sinne von § 109 Abs. 1 GNotKG darstellen, ist nach § 94 Abs. 2 GNotKG die höchste Gebühr zu erheben, hier also die 2,0-Gebühr nach KV-Nr. 21100 GNotKG. Die in § 94 Abs. 2 vorgesehene Vergleichsberechnung, wonach nicht mehr erhoben werden darf als bei getrennter Beurkundung von Vertragsaufhebung einerseits und Auflassung andererseits, ist teurer und scheidet aus.

Bei der 2,0-Gebühr bleibt es auch dann, wenn neben der Vertragsaufhebung und der Auflassung eine (Rück-)Übertragungsverpflichtung ausdrücklich mitbeurkundet werden sollte. Zwar wäre auch diese Teil des einheitlichen Rückabwicklungsverhältnisses nach § 109 Abs. 1 GNotKG. Die Übertragungsverpflichtung unterliegt jedoch für sich genommen bereits dem Ansatz der 2,0-Gebühr nach KV-Nr. 21100 GNotKG.

## STEUERRECHT

### 27. Personelle Verflechtung bei von Geschäftsführung ausgeschlossenen Nur-Besitz-Gesellschafter

BFH, Urteil vom 28.5.2020, IV R 4/17 (Vorinstanz: FG Köln, Urteil vom 7.12.2016, 9 K 2034/14)

*AktG § 78 Abs. 4, § 269 Abs. 4*

*AO §§ 38, 157 Abs. 2*

*BGB §§ 177, 181, 709 Abs. 1, § 710 Satz 1*

*EStG § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2*

*FGO § 40 Abs. 2, § 43*

*GewStDV § 25 Abs. 1 Nr. 6*

*GewStG § 2 Abs. 1 Satz 2, §§ 6, 7, 10 a, 35b Abs. 2 Satz 2, § 36 Abs. 10 Satz 1*

*GmbHG § 35*

#### LEITSÄTZE:

- Die personelle Verflechtung als Voraussetzung einer Betriebsaufspaltung liegt vor, wenn die personenidentischen Gesellschafter-Geschäftsführer der Besitz-GbR und der Betriebs-GmbH die laufenden Geschäfte der Besitz-GbR bestimmen können und der Nutzungsüberlassungsvertrag der Besitz-GbR mit der Betriebs-GmbH nicht gegen den Willen dieser Personengruppe geändert oder beendet werden kann.**
- Das Doppelvertretungsverbot des § 181 BGB steht der Annahme einer Beherrschungsidentität von Gesellschafter-Geschäftsführern aus Besitz-GbR und Betriebs-GmbH nicht entgegen, wenn die gesellschaftsrechtlichen Grundlagen die Umgehung dieses Verbots durch Übertragung der Vertretung auf eine andere Person ermöglichen.**

- Die Klage gegen die Ablehnung der Feststellung eines vortragsfähigen Gewerbeverlustes ist zulässig, wenn der Kläger geltend macht, er unterhalte schon dem Grunde nach keinen Gewerbebetrieb.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1 I.** Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) ist eine GbR. Seit ihrer Gründung am 1.6.2005 sind als Gesellschafter mit einem Anteil von je 33 % R, L und F beteiligt. Den restlichen Anteil von 1 % hält W. Gegenstand des Unternehmens der Klägerin ist die Vermietung.

**2** Der Gesellschaftsvertrag (GV) der Klägerin regelt auszugsweise:

„§ 8 Geschäftsführung, Vertretung

(1) Zu geschäftsführenden Gesellschaftern werden [R], [L] und [F] bestellt. Die Geschäftsführer unterliegen den Weisungen der Gesellschafterversammlung.

(2) Jeweils 2 geschäftsführende Gesellschafter vertreten die Gesellschaft gemeinsam.

(3) Die Gesellschafterversammlung kann jedem geschäftsführenden Gesellschafter Einzelvertretungsbefugnis übertragen und ihn von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien.

§ 9 Gesellschafterversammlungen, Gesellschafterbeschlüsse, Stimmrecht

(1) Die Gesellschafter entscheiden über die ihnen nach Gesetz oder Gesellschaftsvertrag zugewiesenen Angelegenheiten durch Beschlüsse, die in Gesellschafterversammlungen gefasst werden.

(...)

(7) Alle Beschlüsse sind ausnahmslos einstimmig zu fassen (Einstimmigkeitsprinzip).“

**3** Eine Befreiung von den Pflichten aus § 181 BGB ist für die Klägerin weder ausdrücklich noch konkludent erfolgt.

**4** Die Gesellschafter R, L und F halten zudem zu jeweils 1/3 die Anteile an der K-GmbH und waren in den Streitjahren 2007 bis 2011 auch deren Geschäftsführer. Die K-GmbH wird laut Eintrag in das Handelsregister durch zwei Geschäftsführer oder einen Geschäftsführer und einen Prokuristen gemeinsam vertreten.

**5** Die Klägerin vermietete der K-GmbH mit zwei undatierten Mietverträgen über jeweils zehn Jahre auf einem ihr gehörenden Grundstück ab 1.7.2007 eine Halle mit Sozialräumen und einem Außenlager sowie ab 1.10.2007 ein Bürogebäude mit zwölf Stellplätzen. Die Mietverträge wurden unterzeichnet für die Klägerin von L und R und für die K-GmbH von F und R.

**6** Die Klägerin erklärte im Rahmen der gesonderten und einheitlichen Feststellung von Besteuerungsgrundlagen (Gewinnfeststellung) Einkünfte aus der Vermietung des Grundstücks an die K-GmbH als Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung. Gewerbesteuererklärungen gab sie für den Streitzeitraum nicht ab.



**7** Der Beklagte und Revisionskläger (das FA) ging für die gewerbe- und einkommensteuerrechtlichen Feststellungen des Streitzeitraums hingegen vom Vorliegen gewerblicher Einkünfte der Klägerin infolge einer Betriebsaufspaltung aus. Am 8.10.2013 stellte das FA für das Jahr 2011 laufende Einkünfte der Klägerin aus Gewerbebetrieb i. H. v. 51.230,71 € gesondert und einheitlich fest. Mit Bescheiden vom 10.9.2012 setzte das FA für die Klägerin den Gewerbesteuerermessbetrag für 2007 auf 8.480 € und für 2008 auf 217 € fest. Am 4.11.2013 wurde der Gewerbesteuerermessbetrag für 2011 auf 931 € festgesetzt. Ein vortragsfähiger Gewerbeverlust für die Klägerin nach § 10a GewStG wurde durch Bescheid vom 27.8.2012 auf den 31.12.2009 i. H. v. 38.025 € festgestellt. Bezogen auf den 31.12.2010 wurde mit Bescheid vom 27.8.2012 festgestellt, dass eine gesonderte Feststellung nach § 10a GewStG nicht durchzuführen sei, da ein vortragsfähiger Gewerbeverlust nicht bestehe. Die gegen diese Bescheide gerichteten Einsprüche blieben ausweislich der Einspruchsentscheidungen vom 17.6.2014 erfolglos.

**8** Das FG gab der Klage mit Urteil vom 7.12.2016 statt. Es änderte den Gewinnfeststellungsbescheid 2011 dahin gehend, dass als Einkunftsart statt Gewerbebetrieb nunmehr Vermietung und Verpachtung festgestellt wurde. Die gewerbesteuerlichen Bescheide sowie die ergangenen Einspruchsentscheidungen hob es auf. Zur Begründung führte es im Wesentlichen aus, dass zwar die für die Annahme einer Betriebsaufspaltung erforderliche Beherrschungsidentität zwischen Klägerin und K-GmbH dem Grunde nach gegeben sei. Wegen eines Verstoßes gegen § 181 BGB könnten aber beide Gesellschaften nicht von derselben Gruppe an Geschäftsführern beherrscht werden.

**9** Mit seiner Revision rügt das FA die Verletzung materiellen Rechts.

**10** Das FA beantragt,

das Urteil des FG vom 7.12.2016, 9 K 2034/14 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

**11** Die Klägerin beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

**12** Das FG habe zutreffend erkannt, dass es an der persönlichen Verflechtung zur Annahme einer Betriebsaufspaltung fehle. Eine uneingeschränkte Befugnis zur Geschäftsführung sei sowohl bei der Klägerin wie auch der K-GmbH schon deshalb nicht gegeben, weil dort jeweils eine Gesamtvertretung bestehe, bei der GbR das Einstimmigkeitsprinzip gelte und die Geschäftsführer den Weisungen der Gesellschafterversammlung unterlägen.

**13** II. Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Abweisung der Klage (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Das FG ist zu Recht von der Zulässigkeit der Klage ausgegangen (dazu unter 1.)). Das Urteil ist aber aufzuheben, weil das FG in der Sache das Vorliegen gewerblicher Einkünfte wegen einer Betriebsaufspaltung rechtsfehlerhaft verneint hat. Da Spruchreife vorliegt, wird die Klage abgewiesen (dazu unter 2.)).

**14** 1. Die Klage ist zulässig. Insbesondere ist die Klägerin befugt, Klage gegen den Gewinnfeststellungsbescheid sowie die Bescheide über die Festsetzung von Gewerbesteuerermessbeträgen und die Feststellung vortragsfähiger Gewerbeverluste zu erheben.

**15** a) Die auf Änderung der festgestellten Einkunftsart gerichtete Klage gegen den Gewinnfeststellungsbescheid 2011 ist zulässig. Mit der Klage wurde nur die festgestellte Einkunftsart angefochten. Insoweit ist die Klägerin nach § 48 Abs. 1 Nr. 1 FGO auch klagebefugt.

**16** b) Die Klägerin konnte im Wege der Klagehäufung (§ 43 FGO) auch zulässigerweise gegen die an sie gerichtete Festsetzung von Gewerbesteuerermessbeträgen für die Jahre 2007, 2008 und 2011 Klage erheben.

**17** c) Die Klägerin ist schließlich auch insoweit klagebefugt, als sich die Klage gegen die Bescheide vom 27.8.2012 richtet, durch die auf den 31.12.2009 ein vortragsfähiger Gewerbeverlust festgestellt und die Feststellung eines solchen vortragsfähigen Verlustes auf den 31.12.2010 abgelehnt wurde.

**18** aa) Eine Klage ist nach § 40 Abs. 2 FGO nur zulässig, wenn der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder die Ablehnung oder Unterlassung eines Verwaltungsakts oder einer anderen Leistung in seinen Rechten verletzt zu sein. Aus § 157 Abs. 2 AO ergibt sich, dass die Rechtsverletzung durch einen Steuerverwaltungsakt aufgrund seines Entscheidungssatzes zu beurteilen ist, soweit keine gesonderte Feststellung der Besteuerungsgrundlagen erfolgt. Aus der Begründung oder unselbstständigen Besteuerungsgrundlagen des Verwaltungsakts ist dies grundsätzlich nicht abzuleiten (zum Beispiel BFH, Urteil vom 7.11.2000, III R 23/98, BFHE 193, 383 = BStBl. II 2001, S. 338 unter II. 1. b) Rdnr. 47).

**19** Wendet sich ein Kläger jedoch mit der Begründung, eine Gewerbesteuerpflicht liege nicht vor, gegen einen an ihn gerichteten Verwaltungsakt, der das Vorliegen einer Gewerbesteuerpflicht voraussetzt, so kann darauf die Behauptung einer Rechtsverletzung i. S. v. § 40 Abs. 2 FGO gestützt werden. Mit dieser Begründung ist deshalb auch eine Klage gegen festgestellte vortragsfähige Gewerbeverluste zulässig (BFH, Urteil vom 27.9.2006, IV R 39, 40/05, BFH/NV 2007, 221, unter II. 2. b) Rdnr. 29). Dies gilt in gleicher Weise, wenn das FA eine Feststellung des vortragsfähigen Gewerbeverlustes nur deshalb ablehnt, weil es für den von ihm angenommenen Gewerbebetrieb für den Schluss des Erhebungszeitraums – also lediglich der Höhe nach – keine vortragsfähigen Verluste feststellt. Stellt die hiergegen gerichtete Klage das von dem FA angenommene Vorliegen eines Gewerbebetriebs bereits dem Grunde nach in Abrede, so kann ein solcher Verwaltungsakt zulässigerweise angefochten werden. Die mögliche Rechtsverletzung für den Kläger aus dem (bestrittenen) Vorliegen eines Gewerbebetriebs ergibt sich bereits aus der daraus resultierenden Verpflichtung zur Abgabe einer Gewerbesteuererklärung nach § 14a GewStG. Eine weitere Pflicht zur Abgabe einer Gewerbesteuererklärung ergibt sich zudem aus § 25 Abs. 1 Nr. 6 GewStDV dann, wenn zum Ende des vorangegangenen Erhebungszeitraums bereits vortragsfähige Gewerbeverluste festgestellt worden waren.



**20 bb)** Die Klägerin ist danach zur Klage befugt. Das FA hat in dem angegriffenen Bescheid vom 27.8.2012 festgestellt, dass eine gesonderte Feststellung des vortragsfähigen Gewerbeverlustes nach § 10a GewStG auf den 31.12.2010 nicht durchgeführt werde, weil ein vortragsfähiger Gewerbeverlust nicht bestehe. Dem gegenüber steht das Begehren der Klägerin, schon mangels Vorliegens eines Gewerbebetriebs kein Adressat gewerbsteuerlicher Verwaltungsakte zu werden und Träger von damit im Zusammenhang stehenden Pflichten zu sein. Eine Verpflichtung zur Abgabe einer gewerbsteuerlichen Erklärung ergäbe sich anderenfalls schon deshalb, weil zum Ende des vorangegangenen Erhebungszeitraums auf den 31.12.2009 am 27.8.2012 ein vortragsfähiger Gewerbeverlust von 38.025 € festgestellt worden war.

**21 2.** Das Urteil des FG ist aufzuheben und die Klage abzuweisen (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Das FG hat zu Unrecht das Vorliegen gewerblicher Einkünfte und eines Gewerbebetriebs verneint. Der Prüfung stehen keine verfahrensrechtlichen Hindernisse entgegen (dazu unter a)). Die Voraussetzungen gewerblicher Einkünfte auf Grundlage einer Betriebsaufspaltung (dazu unter b)) liegen vor. Neben der sachlichen Verflechtung (dazu unter c)) ist auch die personelle Verflechtung (dazu unter d)) gegeben. Auch eine Verletzung des Verbotes der Doppelvertretung steht der personellen Verflechtung nicht entgegen (dazu unter e)). Die Sache ist spruchreif und die Klage abzuweisen (dazu unter f)).

**22 a)** Ob die Klägerin einen Gewerbebetrieb unterhalten hat, kann im Streitfall auch für die Streitjahre 2009 und 2010 geprüft werden.

**23** Nach § 35b Abs. 2 Satz 2 GewStG i. d. F. d. JStG 2010 vom 8.10.2010 (BGBl. 2010 I, S. 1768) sind bei der Feststellung des vortragsfähigen Gewerbeverlustes die Besteuerungsgrundlagen zwar so zu berücksichtigen, wie sie der Festsetzung des Steuermessbetrags für den Erhebungszeitraum, auf dessen Schluss der vortragsfähige Gewerbeverlust festgestellt wird, zugrunde gelegt worden sind. Diesem Gewerbebesteuermessbescheid kommt insoweit Bindungswirkung zu, der Verlust aus Gewerbebetrieb ist dann nicht mehr eigenständig zu ermitteln (BFH, Urteil vom 11.12.2018, III R 23/16, BFHE 263, 260 Rdnr. 29). § 35b Abs. 2 Satz 2 GewStG i. d. F. d. JStG 2010 gilt jedoch nach § 36 Abs. 10 Satz 1 GewStG i. d. F. d. JStG 2010 erstmals für Verluste, für die nach dem 13.12.2010 eine Erklärung zur Feststellung des vortragsfähigen Gewerbeverlustes abgegeben wird und kommt danach im Streitfall für die Jahre 2009 und 2010 noch nicht zur Anwendung.

**24 b)** 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 oder Personengruppe, die das Besitzunternehmen beherrscht, auch in dem Betriebsunternehmen 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 unter V. 4. Rdnr. 19, st. Rspr.). Ist aufgrund besonderer sachlicher und personeller Gegebenheiten eine so enge wirtschaftliche Ver-

flechtung zwischen dem Besitzunternehmen und dem Betriebsunternehmen zu bejahen, dass das Besitzunternehmen durch die Vermietungs- und Verpachtungstätigkeit über das Betriebsunternehmen am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt, so ist das Besitzunternehmen nach ständiger Rechtsprechung des BFH nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 EStG (originär) gewerblich tätig (zum Beispiel BFH-Urteile vom 8.9.2011, IV R 44/07, BFHE 235, 231 = BStBl. II 2012, S. 136 Rdnr. 18; vom 16.5.2013, IV R 54/11, Rdnr. 32; vom 17.4.2019, IV R 12/16, BFHE 264, 306 = BStBl. II 2019, S. 745 Rdnr. 35, und vom 30.10.2019, IV R 59/16, BStBl. II 2020, S. 147 Rdnr. 33). Dann liegen bei der Besitzgesellschaft auch die Voraussetzungen eines Gewerbebetriebs (§ 2 Abs. 1 Satz 2, §§ 6, 7 GewStG) als Grundlage für die Festsetzung eines Gewerbebesteuermessbetrags und die Feststellung eines vortragsfähigen Gewerbeverlustes (§ 10a GewStG) vor.

**25 c)** Eine sachliche Verflechtung ist gegeben, wenn es sich bei dem vermieteten Wirtschaftsgut für das Betriebsunternehmen um eine wesentliche Betriebsgrundlage handelt. Bei einem Grundstück ist das der Fall, wenn es für die Betriebsführung der Betriebsgesellschaft von nicht nur geringer Bedeutung ist. Das ist stets anzunehmen, wenn das Grundstück der räumliche und funktionale Mittelpunkt der Geschäftstätigkeit des Betriebsunternehmens ist (BFH, Urteil vom 1.7.2003, VIII R 24/01, BFHE 202, 535 = BStBl. II 2003, S. 757 unter II. 2. a) Rdnr. 11). Diese Voraussetzung ist im Streitfall durch die erfolgte Grundstücksüberlassung erfüllt. Da darüber zwischen den Beteiligten kein Streit besteht, sieht der Senat insoweit von weiteren Ausführungen ab.

**26 d)** Die Klägerin ist mit der K-GmbH auch personell verflochten.

**27 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. Für die personelle Verflechtung ist entscheidend, dass die Geschicke des Besitzunternehmens in den wesentlichen Fragen durch die Person oder Personen bestimmt werden, die auch hinter dem Betriebsunternehmen stehen (zum Beispiel BFH, Urteil vom 16.5.2013, IV R 54/11, Rdnr. 34). Zu den wesentlichen Fragen gehören insbesondere die hinsichtlich der wesentlichen Betriebsgrundlagen bestehenden Nutzungsüberlassungsverträge, die nicht gegen den Willen der Person oder der Personengruppe aufgelöst werden sollen, die das Besitzunternehmen beherrscht (BFH-Urteile in BFHE 235, 231 = BStBl. II 2012, S. 136 Rdnr. 25, und vom 24.9.2015, IV R 9/13, BFHE 251, 227 = BStBl. II 2016, S. 154 Rdnr. 27 m. w. N.).

**28 bb)** Die Beteiligung von Gesellschaftern an Besitz- und Betriebsunternehmen ergibt noch keine personelle Verflechtung, wenn in der Besitzgesellschaft das Einstimmigkeitsprinzip gilt und nicht alle Gesellschafter der Besitzgesellschaft auch an der Betriebsgesellschaft beteiligt, mithin „Nur-Besitzgesellschaftler“ vorhanden sind. Denn die in beiden Gesellschaften herrschende Person oder Personengruppe kann dann rechtlich ihren Willen in der Besitzgesellschaft nicht mehr durchsetzen. Das gilt jedenfalls dann, wenn das Einstimmigkeitsprinzip auch die laufende Verwaltung der vermieteten

Wirtschaftsgüter, die sog. Geschäfte des täglichen Lebens, einschließt (vgl. BFH-Urteile vom 21.1.1999, IV R 96/96, BFHE 187, 570 = BStBl. II 2002, S. 771 und in BFHE 251, 227 = BStBl. II 2016, S. 154 Rdnr. 28).

**29** Eine personelle Verflechtung kann sich jedoch ergeben, wenn eine Person oder Personengruppe zwar nicht nach den Beteiligungsverhältnissen, aber nach ihren Befugnissen zur Geschäftsführung bei der Besitz- wie auch der Betriebsgesellschaft in Bezug auf die die sachliche Verflechtung begründenden Wirtschaftsgüter ihren Willen durchsetzen kann (vgl. BFH, Urteil vom 16.5.2013, IV R 54/11, Rdnr. 36). Beherrschungsidentität liegt in diesem Zusammenhang vor, wenn einer Person oder Personengruppe die alleinige Geschäftsführungsbefugnis für die laufende Verwaltung einschließlich der Nutzungsüberlassung in dem Besitz- und Betriebsunternehmen übertragen ist (vgl. BFH, Urteil in BFHE 202, 535 = BStBl. II 2003, S. 757 unter II. 2. b) cc) Rdnr. 19; Beschluss vom 23.12.2003, IV B 45/02, juris unter 2. a) Rdnr. 12; BFH-Urteile vom 24.8.2006, IX R 52/04, BFHE 215, 107 = BStBl. II 2007, S. 165 unter II. 1. Rdnr. 17 und in BFHE 235, 231 = BStBl. II 2012, S. 136 Rdnr. 26). Die Beherrschungsidentität führt in derartigen Konstellationen dann zu einer personellen Verflechtung, wenn die hinsichtlich der wesentlichen Betriebsgrundlagen bestehenden Nutzungsüberlassungsverträge nicht gegen den Willen der Person oder Personengruppe aufgelöst werden können, die das Besitzunternehmen beherrscht, und diese Person oder Personengruppe zugleich alle Geschäfte der laufenden Verwaltung beherrscht.

**30** cc) Bezogen auf den Streitfall ist das FG danach zu Recht davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen einer personellen Verflechtung dem Grunde nach vorlagen. Denn die Mietverträge über das Bürogebäude mit Stellplätzen, eine Halle mit Sozialräumen sowie ein Außenlager konnten gegen den Willen der aus R, L und F bestehenden Personengruppe nicht aufgehoben werden (dazu unter (1)) und diese Personengruppe beherrschte als Geschäftsführer der GbR und der K-GmbH auch die laufende Verwaltung der Nutzungsverhältnisse (dazu (2)).

**31** (1) Die Mietverträge über das Bürogebäude mit Stellplätzen, eine Halle mit Sozialräumen sowie ein Außenlager konnten gegen den Willen der aus R, L und F bestehenden Personengruppe nicht aufgehoben werden. Dabei kann dahinstehen, ob die Kündigung eines Mietvertrags bei einer GbR wie der Klägerin zu den der Gesellschafterversammlung vorbehalten Grundlagengeschäften gehört oder zu den Geschäften der laufenden Verwaltung, die der Geschäftsführung obliegen. Denn W war nach § 8 Abs. 1 Satz 1 GV in Übereinstimmung mit § 709 Abs. 1, § 710 Satz 1 BGB von der Geschäftsführung der Klägerin ausgeschlossen. Gehörte die Kündigung der Mietverträge zu den Geschäften der laufenden Verwaltung, so konnte W eine Kündigung nicht gegen den Willen der aus R, L und F bestehenden Personengruppe aussprechen, da er von der Geschäftsführung der Klägerin gerade ausgeschlossen war. War die Kündigung der Mietverträge hingegen als Grundlagengeschäft der Gesellschafterversammlung vorbehalten, so konnte W sie nicht gegen den Willen der aus R, L und F bestehenden Personengruppe wirksam aussprechen, da er nur zu 1 % an der Klägerin beteiligt war und im Übrigen nach

§ 9 Abs. 7 GV in der Gesellschafterversammlung das Einstimmigkeitsprinzip galt.

**32** (2) Als Geschäftsführern der Klägerin oblag deren laufende Verwaltung R, L und F. Dementsprechend beherrschte die aus diesen Personen bestehende Personengruppe auch die laufende Verwaltung der Mietverhältnisse. Selbst wenn nach § 8 Abs. 1 Satz 2 GV die Geschäftsführer der Klägerin den Weisungen der Gesellschafterversammlung unterliegen, konnte W auf Grundlage seiner Beteiligung an der Klägerin von nur 1 % keine entsprechenden Weisungen gegen den Willen der beherrschenden Personengruppe aus R, L und F durchsetzen, zumal für eine von der Gesellschafterversammlung der Klägerin an deren Geschäftsführung erteilte Weisung nach § 9 Abs. 7 GV auch das Einstimmigkeitsprinzip zu beachten war.

**33** e) Das Urteil ist aufzuheben, da das FG rechtsfehlerhaft davon ausgegangen ist, dass § 181 BGB der personellen Verflechtung im Streitfall entgegenstehe.

**34** aa) Nach § 181 BGB kann ein Vertreter, soweit ihm nicht ein Anderes gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Verstößt ein Rechtsgeschäft gegen das Verbot des § 181 BGB, so bewirkt dies nicht die Nichtigkeit, sondern eine schwebende Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts i. S. v. § 177 BGB (BGH-Urteile vom 8.10.1975, VIII ZR 115/74, BGHZ 65, 123 unter II. 2. Rdnr. 1 und vom 29.11.1993, II ZR 107/92, unter I. 2. Rdnr. 14). Es wird wirksam, wenn der Vertretene es genehmigt.

**35** bb) Im Streitfall konnte die beherrschende Personengruppe das Doppelvertretungsverbot aufseiten der K-GmbH jedoch dadurch beseitigen, dass ein anderer Vertreter ermächtigt wird, entsprechende Rechtsgeschäfte mit der Klägerin zu schließen. Dies konnte nach dem Gesellschaftsvertrag der K-GmbH zum Beispiel durch Bestellung eines Prokuristen geschehen (vgl. BFH-Urteil in BFHE 215, 107 = BStBl. II 2007, S. 165 unter II. 1. c) Rdnr. 20). Bei der für die K-GmbH bestehenden Gesamtvertretungsbefugnis aus zwei Geschäftsführern oder einem Geschäftsführer zusammen mit einem Prokuristen kann in entsprechender Anwendung der Regelungen in § 125 Abs. 2 Satz 2, § 150 Abs. 2 HGB, § 78 Abs. 4, § 269 Abs. 4 AktG auch dem bestellten Prokuristen eine Ermächtigung zum Abschluss von Verträgen erteilt werden (vgl. BGH-Urteile vom 19.6.1975, II ZR 170/73, unter 3. a) Rdnr. 23; vom 16.11.1987, II ZR 92/87, unter 1. a) Rdnr. 9; so auch die allgemeine Meinung in der Literatur: Roth/Altmeyden/Altmeyden, GmbHG, 9. Aufl., § 35 Rdnr. 61 ff.; Baumbach/Hueck/Beurskens, GmbHG, 22. Aufl., § 35 Rdnr. 39 ff.; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 20. Aufl., § 35 Rdnr. 32; Henssler/Strohn/Oetker, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 35 GmbHG Rdnr. 63; Scholz/Schneider, GmbHG, 12. Aufl., § 35 Rdnr. 93 ff.; MünchKomm-GmbHG/Stephan/Tieves, 3. Aufl., § 35 Rdnr. 155). Die K-GmbH hatte damit jederzeit die Möglichkeit, durch Bestellung eines Prokuristen dafür zu sorgen, dass sie bei Geschäften mit der Klägerin durch einen Prokuristen vertreten wird. Weiterhin hätte neben einem Prokuristen auch ein Mitglied der aus R, L und F bestehenden beherr-

schenden Personengruppe die K-GmbH vertreten können, so dass die beiden anderen Personen dieser Gruppe als Vertreter der Klägerin hätten auftreten können. § 181 BGB hätte dem Abschluss eines solchen Geschäfts mithin nicht entgegengestanden.

**36** Entgegen der Ansicht der Klägerin wird dadurch der Besteuerung kein fiktiver Sachverhalt zugrunde gelegt. Die personelle Verflechtung als Tatbestandsmerkmal der Betriebsaufspaltung beruht gerade auf den rechtlichen Vereinbarungen, die einerseits das Vertragsverhältnis zwischen Besitz- und Betriebsgesellschaft, andererseits aber auch die geltenden gesellschaftsrechtlichen Regeln über das Zustandekommen und Umsetzen der Willensbildung ausmachen. Diese normative Struktur bestimmt darüber, ob ein einheitlicher Wille für beide Gesellschaften durch eine Person oder Personengruppe gebildet und durchgesetzt werden kann. Insoweit geht es bei der personellen Verflechtung nur um die strukturelle Durchsetzungsmöglichkeit eines einheitlichen Willens im Besitz- und im Betriebsunternehmen und nicht darum, ob davon im Einzelfall auch Gebrauch gemacht wurde.

**37** Der Übertragung der Grundsätze des BFH-Urteils in BFHE 215, 107 = BStBl. II 2007, S. 165 auf den Streitfall steht – anders als die Klägerin meint – auch nicht entgegen, dass im Streitfall nicht ein einzelner beherrschender Gesellschafter seinen Willen in beiden Gesellschaften durchsetzen konnte, sondern eine Personengruppe diese Position ausfüllte. Die Personengruppe ist bei der Prüfung der personellen Verflechtung der beherrschenden Person gleichzustellen (vgl. Beschluss des Großen Senats des BFH in BFHE 103, 440 = BStBl. II 1972, S. 63 unter V. 4. Rdnr. 19 und BFH, Urteil vom 16.5.2013, IV R 54/11, Rdnr. 36).

**38 f)** Die Sache ist spruchreif. Aufgrund der Feststellungen des FG sind die Voraussetzungen der Betriebsaufspaltung zwischen der Klägerin und der K-GmbH für den Streitzeitraum zu bejahen. Aus der Überlassung von Wirtschaftsgütern an die K-GmbH erzielte die Klägerin deshalb gewerbliche Einkünfte. Dem Grunde nach ist das FA demnach zutreffend von einem Gewerbebetrieb ausgegangen. Der Höhe nach hat die Klägerin keine Einwendungen gegen die angefochtenen Bescheide erhoben. Die Klage ist daher abzuweisen.

**39 3.** Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO.

#### ANMERKUNG:

Von Rechtsanwalt, Steuerberater und Fachanwalt für Steuerrecht Prof. Dr. **Thomas Grädler**, LL.M. (Birmingham), München

### 1. Hintergrund

Durch das in höchstrichterlicher Rechtsprechung<sup>1</sup> entwickelte Rechtsinstitut der Betriebsaufspaltung wird bei Vorliegen der hierfür erforderlichen Voraussetzungen eine ihrer Art nach vermögensverwaltende und damit an sich nicht gewerbliche Betätigung (des sog. Besitzunternehmens), nämlich das Vermieten oder Verpachten von Wirtschaftsgütern, gleichwohl als Gewerbebetrieb i.S.d. § 15 Abs. 1 Satz 1

Nr. 1, Abs. 2 EStG qualifiziert. Eine Betriebsaufspaltung liegt vor, wenn ein Unternehmen (Besitzunternehmen) eine wesentliche Betriebsgrundlage an eine gewerblich tätige Personen- oder Kapitalgesellschaft (Betriebsunternehmen) zur Nutzung überlässt (sachliche Verflechtung) und eine Person oder mehrere Personen zusammen (Personengruppe) sowohl das Besitzunternehmen als auch das Betriebsunternehmen in dem Sinne beherrschen, dass sie in der Lage sind, in beiden Unternehmen einen einheitlichen geschäftlichen Betätigungswillen durchzusetzen (personelle Verflechtung). Liegen die Voraussetzungen einer personellen und sachlichen Verflechtung vor, ist die Vermietung oder Verpachtung keine Vermögensverwaltung mehr, sondern eine gewerbliche Vermietung oder Verpachtung. Das Besitzunternehmen ist Gewerbebetrieb.<sup>2</sup>

### 2. Sachverhalt

In dem zu entscheidenden Fall waren an der Klägerin, einer GbR, die Gesellschafter R, L und F zu je 33% sowie W mit 1% beteiligt. Gegenstand des Unternehmens der Klägerin war die Vermietung. Bei der GbR unterlagen die Geschäftsführer den Weisungen der Gesellschafterversammlung. R, L und F waren laut Gesellschaftsvertrag geschäftsführende Gesellschafter der GbR und konnten diese je zu zweit vertreten. Die Gesellschafterversammlung konnte jedem geschäftsführenden Gesellschafter Einzelvertretungsbefugnis übertragen und ihn von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien. Beschlüsse der Gesellschafterversammlung hatten einstimmig zu erfolgen. Eine Befreiung von § 181 BGB wurde R, L und F weder ausdrücklich noch konkludent erteilt.

Die Gesellschafter R, L und F hielten zudem jeweils 1/3 der Anteile an der K-GmbH und waren in den Streitjahren 2007 bis 2011 auch deren Geschäftsführer. Die K-GmbH wurde durch zwei Geschäftsführer oder einen Geschäftsführer und einen Prokuristen gemeinsam vertreten.

Die Klägerin vermietete der K-GmbH ein Grundstück, das für diese unstreitig eine wesentliche Betriebsgrundlage darstellte. In ihren Feststellungserklärungen für die Streitjahre erklärte die Klägerin hieraus Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung. Das FA hingegen stellte aufgrund angenommener Betriebsaufspaltung gewerbliche Einkünfte fest.

Die hiergegen eingereichte Klage hatte vor dem FG Erfolg. Das FG nahm demnach wiederum Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung an.<sup>3</sup>

### 3. Entscheidung

Die Revision des FA war begründet, d. h. der BFH bejahte eine Betriebsaufspaltung. Nach Ansicht des BFH lagen die oben genannten Voraussetzungen einer Betriebsaufspaltung sämtlich vor. Denn neben der unstreitig gegebenen sachlichen Verflechtung durch Überlassung einer wesentlichen Betriebsgrundlage sei vorliegend auch die sog. personelle Verflechtung gegeben.

<sup>2</sup> Einkommensteuer-Richtlinien, EStR 15.7 (4).

<sup>3</sup> FG Köln, Urteil vom 7.12.2016, 9 K 2034/14, DStRE 2018, 658.

<sup>1</sup> BFH, Beschluss vom 8.11.1971, GrS 2/71, BStBl. II 72, S. 63.

Eine personelle Verflechtung sei anzunehmen, wenn die Personengruppe, die das Besitzunternehmen beherrscht, auch in dem Betriebsunternehmen ihren Willen durchsetzen kann und die Geschicke des Besitzunternehmens in den wesentlichen Fragen durch die Personen bestimmt werden, die hinter dem Betriebsunternehmen stehen. Ein solcher einheitlicher geschäftlicher Betätigungswille der hinter dem Betriebs- und dem Besitzunternehmen stehenden Personen sei vorliegend anzunehmen gewesen.

Eine personelle Verflechtung bestünde zwar nicht, wenn bei der Besitzgesellschaft das Einstimmigkeitsprinzip gelte und nicht alle Besitzgesellschaftler auch an der Betriebsgesellschaft beteiligt sind, wenn also bei erforderlicher Einstimmigkeit ein sog. „Nur-Besitz-Gesellschafter“ vorläge.

Allerdings könne sich eine personelle Verflechtung auch dadurch ergeben, dass eine Personengruppe zwar nicht nach den Beteiligungsverhältnissen, aber nach ihren Befugnissen zur Geschäftsführung bei beiden Unternehmen ihren Willen durchsetzen kann. Dies sei insbesondere der Fall, wenn nur diese Personengruppe die Geschäftsführungsbefugnis für die laufende Verwaltung habe, insbesondere in Bezug auf die Nutzungsüberlassung der wesentlichen Betriebsgrundlage, und diese Nutzungsüberlassung nicht gegen den Willen dieser Personengruppe beendet werden kann.

Da vorliegend die Nutzungsüberlassung wegen der fehlenden Geschäftsführungsbefugnisse des W nicht gegen den Willen der aus R, L und F bestehenden Personengruppe aufgehoben werden konnte und diese als alleinige Geschäftsführer auch die laufende Verwaltung der Nutzungsverhältnisse beherrschten, sei eine personelle Verflechtung vorliegend anzunehmen.

Daran ändere auch das Verbot des Insih-Geschäfts nach § 181 BGB nichts. Denn R, L und F wäre es jederzeit möglich gewesen, das Doppelvertretungsverbot bei der K-GmbH dadurch zu umgehen, dass ein anderer Vertreter ermächtigt wird, entsprechende Rechtsgeschäfte mit der GbR zu schließen, zum Beispiel durch Bestellung eines Prokuristen, dem eine entsprechende Ermächtigung erteilt wird oder der mit einem Mitglied der Personengruppe für die K-GmbH handelt, während die anderen beiden Personen die GbR vertreten.

#### 4. Praxishinweis

Die Feststellung, ob die für die Annahme einer Betriebsaufspaltung erforderliche personelle Verflechtung gegeben ist, kann sich mitunter als schwierig darstellen. In der vorliegenden Entscheidung stellt der BFH zu Recht fest, dass sich die für die personelle Verflechtung erforderliche Durchsetzbarkeit des einheitlichen Willens einer Personengruppe nicht nur durch die Art der Beteiligungsverhältnisse, sondern auch durch den Umfang und die Art der Befugnisse der Personengruppe zur Geschäftsführung bei beiden Unternehmen und der hierdurch gegebenen Möglichkeit, ihren Willen durchsetzen zu können, ergeben kann.

Dieser einheitliche geschäftliche Betätigungswille muss sich dabei auf die sachliche Verflechtung als die zweite elementare Voraussetzung einer Betriebsaufspaltung beziehen, d. h.

wenn nur die betroffene Personengruppe die Geschäftsführungsbefugnis in Bezug auf die Nutzungsüberlassung der wesentlichen Betriebsgrundlage innehat und diese Nutzungsüberlassung nicht gegen den Willen dieser Personengruppe beendet werden kann, ist eine personelle Verflechtung anzunehmen.

Mit der vorliegenden Entscheidung des BFH steht für die Praxis nunmehr auch fest, dass das Doppelvertretungsverbot des § 181 BGB der personellen Verflechtung der Gesellschafter-Geschäftsführer der Besitz- und der Betriebs-GmbH nicht entgegensteht, wenn die gesellschaftsrechtlichen Grundlagen die Umgehung des Verbots durch Übertragung der Vertretung auf eine andere Person ermöglichen. Zu betonen ist, dass insoweit die bloße Möglichkeit genügt, unabhängig davon, ob von dieser Möglichkeit auch tatsächlich Gebrauch gemacht wird. Für die Praxis entscheidend ist damit, dass durch bloße Feinjustierung der Vertretungsbefugnisse mithilfe des § 181 BGB eine Betriebsaufspaltung in aller Regel nicht verhindert werden kann.

## 28. Abzug von Schuldzinsen bei Herstellung und anschließender teilweiser Veräußerung eines Mehrfamilienhauses; Zuordnung von Darlehenszinsen zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung

BFH, Urteil vom 4.2.2020, IX R 1/18 (Vorinstanz: FG Baden-Württemberg, Urteil vom 6.4.2017, 2 K 196/16)

*EStG § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1, § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1*

### LEITSÄTZE:

1. Die anteilige Zuordnung von Darlehen zu den Herstellungskosten eines Gebäudes, das teilweise vermietet und teilweise veräußert werden soll, ist nach denjenigen Kriterien zu beurteilen, die die Rechtsprechung zu anteilig fremdvermieteten und anteilig selbstgenutzten Gebäuden entwickelt hat.
2. Ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Schuldzinsen und den Herstellungskosten eines künftig der Einkünfteerzielung aus Vermietung und Verpachtung dienenden Gebäudeteils liegt in diesen Fällen nur vor, wenn die Herstellungskosten des später vermieteten Gebäudeteils sowie diejenigen des später veräußerten Gebäudeteils getrennt ermittelt und entsprechend ausgewiesen werden und der Steuerpflichtige sodann mit den als Darlehen empfangenen Mitteln tatsächlich jene Aufwendungen begleicht, die der Herstellung des zur Vermietung bestimmten Gebäudeteils konkret zuzurechnen sind.



## AUS DEN GRÜNDEN:

**1** I. Streitig ist, in welchem Umfang die Kläger und Revisionskläger (Kläger) Schuldzinsen als Werbungskosten bei ihren Einkünften aus der Vermietung von zwei Wohnungen geltend machen können.

**2** Die Kläger werden als Ehegatten im Streitjahr zusammen zur Einkommensteuer veranlagt. Mit notariell beurkundetem Kaufvertrag vom 3.11.2009 erwarben sie das Grundstück Flurstück-Nr. 000 in A. Die Aufwendungen der Kläger für Grund und Boden betragen 88.307,98 €, welche über ein unter dem 22.12.2009 bei der Bank X (Luxemburg) aufgenommenes Darlehen Nr. 1 über 135.090 CHF (Gegenwert bei Auszahlung = 90.000 €) finanziert wurden; als Verwendungszweck war hierzu aufgeführt:

„Anteilige Finanzierung Neubau (...) (in) (...) A, – fremdgenutzt – Wohneigentum, eingetragen im Grundbuch von A Blatt Nr. 1 + Blatt Nr. 2 + Blatt Nr. 3.“

Das Darlehen Nr. 1 wurde nach dem Streitzeitraum durch ein am 16.11.2014 bei der Bank Y aufgenommenes Darlehen Nr. 2 über 112.000 € abgelöst.

**3** In der Zeit vom 20.9.2010 bis 1.6.2011 errichteten die Kläger auf dem Grundstück ein Gebäude mit drei Wohnungen. Die Herstellungskosten für das Gebäude beliefen sich auf 424.828,12 €, die Kosten für die Außenanlagen auf 7.006,47 €.

**4** Mit Vertrag vom 24.11.2010 teilten die Kläger das Wohngrundstück gemäß § 8 WEG wie folgt auf:

Untergeschoss (Wohnung Nr. 1): 245/1 000 Miteigentumsanteil Erdgeschoss (Wohnung Nr. 2 mit Garage): 381/1 000 Miteigentumsanteil Dachgeschoss (Wohnung Nr. 3 mit Garage): 374/1 000 Miteigentumsanteil

**5** Der Teilung lag eine Abgeschlossenheitsbescheinigung der Stadt B vom 12.8.2010 zugrunde. Für die Wohnungen wurden im Grundbuch von A eigene Grundbuchblätter (Wohnung Nr. 1: Blatt 1; Wohnung Nr. 2 mit Garage: Blatt 2; Wohnung Nr. 3 mit Garage: Blatt 3) angelegt.

**6** Mit notariell beurkundetem Kaufvertrag vom 24.11.2010 veräußerten die Kläger die Eigentumswohnung Nr. 3 mit Garage an ihre Tochter (T) zum Kaufpreis von 150.000 €. Der vereinbarte Kaufpreis wurde von T in drei Raten bezahlt. Die Kläger verpflichteten sich, die Eigentumswohnung bis spätestens 31.8.2011 bezugsfertig und entsprechend der Teilungserklärung samt Bauplänen, entsprechend der erteilten Baugenehmigung und entsprechend den anerkannten Regeln der Baukunst fertigzustellen. Der Übergang von Besitz und Genuss, Lasten und Abgaben sollte auf den dem Zeitpunkt der Bezugfertigstellung folgenden Monatsersten erfolgen.

**7** Zur Finanzierung des Bauvorhabens nahmen die Kläger unter dem 30.9.2010 bei der Bank Y ein Darlehen Nr. 3 über 160.000 € auf; als Verwendungszweck war hierzu aufgeführt:

„Anteilige Finanzierung Neubau (...) (in) (...) A, – fremdgenutzt – Wohneigentum, eingetragen im Grundbuch von A Blatt Nr. 1 + Blatt Nr. 2 + Blatt Nr. 3.“

**8** Die Kläger beglichen sämtliche Baurechnungen über das Baukonto Nr. (...) bei der Bank Y. Eine Aufteilung der Herstel-

lungskosten bzw. eine Zurechnung auf die später im Eigentum der Kläger verbliebenen Eigentumswohnungen und die an die T veräußerte Eigentumswohnung nahmen die Kläger nicht vor; vielmehr beglichen sie die Baurechnungen jeweils in einem Betrag. Auf das Baukonto Nr. (...) flossen ausweislich der im finanzgerichtlichen Verfahren vorgelegten vollständigen Kontounterlagen sowohl die Darlehensmittel aus dem Kredit bei der Bank Y über 160.000 € als auch Eigenmittel sowie die Kaufpreistraten der T. Im Gegenzug wurden sämtliche Handwerkerrechnungen sowie der Kapitaldienst der Darlehen über das Baukonto bezahlt; private Zahlungen wurden nicht vom Baukonto geleistet. Die Fertigstellung des Objekts erfolgte zum 1.6.2011.

**9** In ihren Steuererklärungen für die Streitjahre (2012 und 2013) rechneten die Kläger die aufgenommenen Darlehen insgesamt den beiden vermieteten Wohnungen Nr. 1 und 2 zu und behandelten dementsprechend die hierfür entrichteten Zinsen in voller Höhe als sofort abziehbare Werbungskosten bei ihren Einkünften aus Vermietung und Verpachtung.

**10** Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) teilte die Zinsaufwendungen auf die vorhandenen Wohnungen entsprechend den jeweiligen Miteigentumsanteilen auf und berücksichtigte in den Einkommensteuerbescheiden für 2012 vom 25.7.2014 und für 2013 vom 10.7.2015, zuletzt geändert unter dem 3.8.2015, nur die auf die beiden vermieteten Wohnungen entfallenden Zinsaufwendungen i. H. v. 3.628 € (2012) und 2.700 € (2013) als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung. Die hiergegen gerichteten Einsprüche der Kläger hatten keinen Erfolg.

**11** Das FG wies die Klage mit seinem in DStR/Entscheidungsdiens 2018, 1409 veröffentlichten Urteil als unbegründet ab. Das FG entschied, dass die von den Klägern geltend gemachten Darlehenszinsen nur anteilig – soweit sie auf die beiden vermieteten Wohnungen Nr. 1 und 2 entfielen – als Werbungskosten abziehbar seien. Denn der Werbungskostenabzug setze voraus, dass der Steuerpflichtige die Anschaffungskosten im Rahmen seiner Finanzierungsentscheidung dem ein eigenständiges Wirtschaftsgut bildenden Gebäudeteil gesondert zuordne und die so zugeordneten Anschaffungskosten mit Geldbeträgen aus den dafür aufgenommenen Darlehen bezahle. Erfolge, wie im Streitfall, eine einheitliche Abrechnung und Bezahlung der Anschaffungs- und Herstellungskosten für das gesamte (und mithin die veräußerte Wohnung Nr. 3 umfassende) Objekt, sei davon auszugehen, dass auch die Darlehensmittel nach dem Verhältnis der Miteigentumsanteile verwendet worden seien.

**12** Hiergegen wenden sich die Kläger mit der Revision. Sie vertreten die Auffassung, die Kürzung der von den Klägern gezahlten Schuldzinsen um den auf die an die T veräußerte Wohnung entfallenden Miteigentumsanteil (374/1000) sei rechtsfehlerhaft. Denn einerseits hätten die Kläger (nur) die aufgenommenen Fremdmittel (sowie weitere Eigenfinanzierungsmittel) für die Erstellung der ihnen verbliebenen und später vermieteten Wohnungen Nr. 1 und 2 verwendet, während in die Herstellung der veräußerten Wohnung Nr. 3 (nur) der von der T gezahlte Kaufpreis geflossen sei. Aber auch jenseits einer solchen getrennten Betrachtung sei zu beachten, dass die Kläger den Erlös aus der – nach § 23 EStG steuerbar – veräu-

Berten Wohnung Nr. 3 vollständig reinvestiert hätten; nach Maßgabe der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Surrogationsbetrachtung seien daher die Schuldzinsen in voller Höhe abziehbar. Demgegenüber sei die Rechtsprechung zur anteiligen Abzugsfähigkeit von Schuldzinsen entsprechend dem Nutzungsverhältnis bei teilweise vermieteten und teilweise selbstgenutzten Wohngebäuden auf den vorliegenden Sachverhalt nicht anwendbar, da eine Selbstnutzung durch die Kläger im Streitfall gar nicht vorliege.

**13** Die Kläger beantragen,

das angefochtene Urteil des FG und die Einspruchsentscheidung vom 21.12.2015 aufzuheben und die angefochtenen Einkommensteuerbescheide 2012 vom 25.7.2014 und 2013 vom 3.8.2015 dahin zu ändern, dass die Einkommensteuer 2012 auf 5.198 € und die Einkommensteuer 2013 auf 3.846 € herabgesetzt wird.

**14** Das FA beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

**15** Das FA vertritt die Auffassung, dass das FG zutreffend von einer nur anteiligen Abziehbarkeit der von den Klägern in den Streitjahren geleisteten Schuldzinsen ausgegangen sei. Die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Berücksichtigung von Schuldzinsen bei teilweise zur Erzielung von Einkünften und teilweise selbstgenutzten Gebäudeteilen sei entsprechend anzuwenden, wenn eine Wohnung während der Bauphase veräußert würde und die Berücksichtigung dieses steuerlichen Veräußerungsgeschäfts nach Maßgabe des § 23 Abs. 3 Satz 7 EStG „steuerlich irrelevant“ sei. Die Surrogationsbetrachtung sei im Streitfall nicht anzuwenden, da die maßgeblichen Schuldzinsen schon dem Grunde nach nicht auf ein Darlehen geleistet worden seien, das zur Finanzierung einer vollumfänglich der Vermietung dienenden Immobilie aufgenommen und tatsächlich verwendet worden sei. Für eine Zuordnungsentscheidung reiche es nicht aus, wenn die Höhe des Darlehens und die Höhe der Herstellungskosten des zur Einkünfteerzielung genutzten Gebäudes identisch seien, wenn diese nicht nach anteiligen Herstellungskosten getrennt beglichen worden seien. Der durch den Verkauf an die T erzielte Veräußerungserlös sei der privaten Vermögensebene und mithin den Eigenmitteln der Kläger zuzuordnen; aufgrund der Vermischung von Fremd- und Eigenmitteln auf dem Baukonto könnten die in den Streitjahren geleisteten Schuldzinsen mithin nur anteilig zum Werbungskostenabzug zugelassen werden.

**16** II. Die Revision ist unbegründet und nach § 126 Abs. 2 FGO zurückzuweisen. Das FG hat zu Recht die von den Klägern getragenen Schuldzinsen nur anteilig zum Abzug als Werbungskosten bei ihren Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zugelassen.

**17** 1. Nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 EStG sind Schuldzinsen als Werbungskosten abziehbar, soweit sie mit einer bestimmten Einkunftsart in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen. So verhält es sich, wenn sie für ein Darlehen geleistet worden sind, das tatsächlich zum Erzielen von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung verwendet worden ist. Der wirtschaftliche Zusammenhang mit einer bestimmten Einkunftsart

kann grundsätzlich nicht durch einen bloßen Willensakt des Steuerpflichtigen begründet werden.

**18** a) Dient ein Gebäude nicht nur dem Erzielen von Einkünften (etwa aus Vermietung und Verpachtung), sondern anteilig auch der (nicht steuerbaren) Selbstnutzung, und werden die Darlehensmittel lediglich teilweise zur Einkünfteerzielung verwandt, so sind die für den Kredit entrichteten Zinsen nur anteilig als Werbungskosten abziehbar. In vollem Umfang sind sie nur dann zu berücksichtigen, wenn der Steuerpflichtige ein Darlehen mit steuerrechtlicher Wirkung gezielt einem bestimmten, der Einkünfteerzielung dienenden Gebäudeteil zuordnet, indem er mit den als Darlehen empfangenen Mitteln tatsächlich die Aufwendungen begleicht, die der Herstellung dieses Gebäudeteils konkret zuzurechnen sind. Einen wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen Schuldzinsen und den gesondert zugerechneten Herstellungskosten hat die höchstrichterliche Rechtsprechung bei anteilig fremdvermieteten und anteilig selbstgenutzten Gebäuden mithin nur dann bejaht, wenn die Herstellungskosten tatsächlich mit den dafür aufgenommenen Darlehensmitteln bezahlt worden sind. Demgegenüber hat die Rechtsprechung eine gesonderte Zuordnung von Darlehen zu den Herstellungskosten eines später fremdvermieteten Teils abgelehnt, wenn der Steuerpflichtige die Kosten der Errichtung des gesamten Gebäudes einheitlich abgerechnet hat, ohne die auf den vermieteten Gebäudeteil entfallenden Herstellungskosten gesondert auszuweisen und zu bezahlen (vgl. BFH, Urteile vom 16.4.2002, IX R 65/98, BFH/NV 2002, 1154 unter II. 1. Rdnr. 10; vom 25.3.2003, IX R 22/01, BFHE 202, 171 = BStBl. II 2004, S. 348 unter II. 1. Rdnr. 8).

**19** b) Diese zu anteilig fremdvermieteten und anteilig selbstgenutzten Gebäuden entwickelten Rechtsprechungsgrundsätze sind entsprechend anzuwenden auf die gesonderte Zuordnung von Darlehen zu den (anteiligen) Herstellungskosten eines Gebäudes, das – wie im Streitfall – teilweise dem Erzielen von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung sowie teilweise dem Erzielen von sonstigen Einkünften dient.

**20** aa) Zwar sind in Fällen, in denen ein Gebäude anteilig vermietet und anteilig einkommensteuerbar veräußert werden soll, die für das Darlehen zur Finanzierung der (gesamten) Gebäudeherstellungskosten entrichteten Zinsen in jedem Fall steuerrechtlich erheblich; denn sie dienen anteilig dem Erzielen von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung bzw. dem Erzielen von sonstigen Einkünften. In vollem Umfang bei einer Einkunftsart – hier bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung – sind die Darlehenszinsen indes nur dann zu berücksichtigen, wenn der Steuerpflichtige das Darlehen mit steuerrechtlicher Wirkung dem der Einkünfteerzielung aus Vermietung und Verpachtung dienenden Gebäudeteil zugeordnet hat.

**21** Vor diesem Hintergrund ist die anteilige Zuordnung von Darlehen zu den Herstellungskosten eines Gebäudes, das einerseits dem Erzielen von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung und andererseits auch dem Erzielen von sonstigen Einkünften dient, nach denselben Kriterien zu beurteilen, die der Senat zu anteilig fremdvermieteten und anteilig selbstgenutzten Gebäuden entwickelt hat (vgl. BFH-Urteile in BFH/NV 2002, 1154 und in BFHE 202, 171 = BStBl. II 2004, S. 348).

**22** bb) Einen wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen Schuldzinsen und den Herstellungskosten eines der Einkünftezielung aus Vermietung und Verpachtung dienenden Gebäudeteils sieht der Senat in solchen Fällen daher nur dann als gegeben an, wenn die Herstellungskosten des später vermieteten Gebäudeteils sowie diejenigen des später veräußerten Gebäudeteils getrennt ermittelt und entsprechend ausgewiesen werden und der Steuerpflichtige sodann mit den als Darlehen empfangenen Mitteln tatsächlich (nur) jene Aufwendungen begleicht, die der Herstellung des zur Vermietung bestimmten Gebäudeteils konkret zuzurechnen sind.

**23** Werden die als Darlehen empfangenen Mittel demgegenüber zusammen mit zur Herstellung des Immobilienobjekts benötigten weiteren Eigenmitteln des Steuerpflichtigen sowie dem vom Erwerber des später veräußerten Gebäudeteils geleisteten Kaufpreis – welcher im Zeitpunkt der Einzahlung dem Grunde nach ebenfalls zu Eigenmitteln des Steuerpflichtigen wird – auf einem einheitlichen („Bau“-)Konto vorgehalten, tritt eine Vermischung von Darlehensmitteln mit Eigenmitteln des Steuerpflichtigen ein, welche eine gezielte Zuordnung des Darlehens zu dem zur späteren Fremdvermietung bestimmten Gebäudeteil ausschließt (vgl. hierzu BFH-Urteile vom 7.7.2005, IX R 20/04, BFH/NV 2006, 264; vom 1.4.2009, IX R 35/08, BFHE 224, 533 = BStBl. II 2009, S. 663).

**24** Werden von den auf dem einheitlichen Baukonto vorgehaltenen Darlehens- und Eigenmitteln sodann die Herstellungskosten des gesamten Gebäudes einheitlich beglichen, fehlt es – jenseits der bereits eingetretenen Vermischung von Finanzierungsmitteln unterschiedlicher Herkunft auf dem Baukonto – überdies an der nach der Rechtsprechung des BFH erforderlichen objektbezogenen Aufteilung der Kosten und Zahlung entsprechend der Darlehenszuordnung (BFH-Urteile in BFH/NV 2006, 264 und in BFHE 224, 533 = BStBl. II 2009, 663).

**25** cc) Diesem Ergebnis steht die Rechtsprechung des erkennenden Senats zur Durchleitung eines Darlehensbetrags durch ein privates Kontokorrentkonto (vgl. BFH-Urteile vom 9.5.2017, IX R 45/15, BFH/NV 2017, 1036; vom 25.1.2001, IX R 27/97, BFHE 195, 135 = BStBl. II 2001, S. 573) nicht entgegen. Zwar hat der Senat in den genannten Urteilen eine Vermischung von Fremd- und Eigenmitteln, welche auf einem privaten Kontokorrentkonto regelmäßig stattfindet, in Ausnahmefällen als für die Zuordnung eines Darlehensbetrags zu den Finanzierungskosten unschädlich angesehen. Vorliegend hat das FG indes keine Sachverhaltsumstände festgestellt, die eine Anwendung dieser – auf die den genannten Urteilen zugrundeliegenden Ausnahmefälle beschränkten – Rechtsprechung auf den Streitfall rechtfertigen.

**26** 2. Diesen Grundsätzen folgend hat das FG den von den Klägern begehrten vollständigen Schuldzinsenabzug zu Recht abgelehnt.

**27** a) Die von den Klägern im Streitjahr tatsächlich geleisteten Schuldzinsen entfallen auf Darlehen, die in steuerrechtlicher Hinsicht nicht wirksam den zur Fremdvermietung bestimmten Wohnungen Nr. 1 und 2 zugeordnet worden sind. Denn die Herstellungskosten der Wohnungen Nr. 1 und 2 sowie die der

veräußerten Wohnung Nr. 3 wurden von den Klägern schon nicht getrennt ermittelt und entsprechend ausgewiesen.

**28** Überdies wurden die auf dem Baukonto vorgehaltenen Mittel ungeachtet deren Herkunft aus eigenem Vermögen sowie aus den aufgenommenen Darlehen unterschiedslos zur Begleichung der Herstellungskosten der fremdvermieteten Wohnungen Nr. 1 und 2 sowie der veräußerten Wohnung Nr. 3 verwendet; es fehlt insoweit auch an einer tatsächlichen Zahlung entsprechend einer zuvor vorgenommenen steuerlich relevanten Darlehenszuordnung.

**29** Vor diesem Hintergrund ist es unerheblich, dass die Kläger den von der T entrichteten Kaufpreis für die Wohnung Nr. 3 reinvestiert und (anteilig) zur Finanzierung der Herstellungskosten der Wohnungen Nr. 1 und 2 verwendet haben. Gelingt schon die ursprüngliche Darlehenszuordnung nicht, kommt – wie das FA zutreffend in seiner Revisionserwiderung eingewandt hat – eine Surrogation im Falle der Veräußerung des Immobilienobjekts nicht in Betracht.

**30** b) Da die Darlehensmittel mithin lediglich teilweise zur Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung verwendet worden sind, sind die hierfür entrichteten Zinsen auch nur anteilig bei diesen Einkünften als Werbungskosten abziehbar. Der vom FG insoweit angesetzte Aufteilungsmaßstab unter Berücksichtigung der auf die jeweiligen Wohnungen entfallenden Miteigentumsanteile ist aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden; sie bilden das Verhältnis der jeweiligen Wohn- und Nutzflächen der im Gebäude befindlichen Wohnungen ab.

**31** 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 2 FGO.

## 29. Zinsen aus der Stundung eines Ausgleichsanspruchs für den Pflichtteilsverzicht sind einkommensteuerbar

BFH, Urteil vom 6.8.2019, VIII R 22/17 (Vorinstanz: FG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 22.11.2017, 3 K 3189/17)

*EStG § 20 Abs. 1 Nr. 7*

*FGO § 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1*

### LEITSATZ:

**Verzichtet ein Kind gegenüber seinen Eltern auf künftige Pflichtteilsansprüche und erhält es dafür einen fälligen Zahlungsanspruch, so führt die Verzinsung dieses Zahlungsanspruchs zu steuerpflichtigen Kapitalerträgen i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** I. Die Kläger und Revisionsbeklagten (Kläger) sind Eheleute und werden zusammen zur Einkommensteuer veranlagt.

**2** Die Klägerin hat drei ältere Geschwister. Am (...)3.1994 schlossen die Eltern der Klägerin und die vier Kinder einen notariell beurkundeten Pflichtteilsverzichtsvertrag ab. Die Eltern gaben an, sich wechselseitig zu Alleinerben eingesetzt zu haben. Die Kinder verzichteten gegenüber dem überlebenden



Elternteil auf ihr gesetzliches Pflichtteilsrecht gegen Zahlung eines Betrages in Höhe von je 150.000 DM (umgerechnet 76.693,78 €). Die Zahlung sollte bis zum 31.12.1994 erfolgen. Die Klägerin verzichtete in derselben Urkunde auf die Auszahlung der 150.000 DM (= 76.693,78 €) zum 31.12.1994. An sie sollte der Betrag nebst 5 % Zinsen erst nach dem Ableben des letztversterbenden Elternteils ausgezahlt werden. Zur Sicherung bewilligten und beantragten die Eltern die Eintragung einer Grundschuld i. H. v. 150.000 DM nebst 5 % Zinsen.

**3** Mit gemeinschaftlichem Testament vom (...)1.2015 ordneten die Eltern unter Verweis auf den Pflichtteilsverzichtsvertrag vom (...)3.1994 an, dass an die Klägerin die Auszahlung der 150.000 DM (= 76.693,78 €) nebst 5 % Zinsen Zug um Zug gegen Löschung der Grundschuld erfolgen sollte. Am (...)11.2015 wurden der Klägerin 157.705,52 € (150.000 DM = 76.693,78 € zzgl. 81.011,74 € Zinsen für die Zeit vom [...]9.1994 bis [...]11.2015) ausbezahlt.

**4** Die Kläger erklärten in ihrer Einkommensteuererklärung für das Streitjahr (2015) aus dem Vorgang keine Einkünfte aus Kapitalvermögen. Sie stellten jedoch den Sachverhalt dar und vertraten die Auffassung, dass die Auszahlung für den geleisteten Pflichtteilsverzicht i. H. v. 157.705,52 € nicht der Besteuerung unterliege. Der Beklagte und Revisionskläger (das FA) vertrat dagegen die Auffassung, dass die Zahlung i. H. v. 81.011,74 € als Zinsen i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG der Besteuerung unterliege. Der hiergegen erhobene Einspruch hatte keinen Erfolg.

**5** Mit ihrer Klage machten die Kläger geltend, dass der Klägerin von den Eltern insgesamt ein Betrag i. H. v. 157.705,52 € als Schenkung zu Lebzeiten zugewendet worden sei, der nicht der Einkommensteuer unterliege. Das FG gab der Klage mit Urteil vom 22.11.2017, 3 K 3189/17, EFG 2018, 379) statt. Zur Begründung führt es aus, dass in der Zahlung der Eltern kein steuerpflichtiger Zinsanteil enthalten sei. Aus dem Urteil des BFH vom 9.2.2010, VIII R 43/06, BFHE 229, 104 = BStBl. II 2010, S. 818 folge, dass die Klägerin aufgrund des Pflichtteilsverzichts lediglich einen Anspruch erhalten habe, der auf die Zahlung eines noch unbestimmten Gesamtbetrags gerichtet gewesen sei. Zuvor habe die Klägerin kein Kapital erhalten, das sie ihren Eltern hätte überlassen können. Wenn nach dem Urteil des BFH vom 9.2.2010, VIII R 35/07, BFH/NV 2010, 1793 selbst bei wiederkehrenden Zahlungen infolge eines Pflichtteilsverzichts keine Kapitalüberlassung vorliege, müsse dies bei einer Einmalzahlung erst recht gelten.

**6** Mit der vom FG zugelassenen Revision rügt das FA eine Verletzung des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG. Die im Pflichtteilsverzichtsvertrag vereinbarten Zahlungsmodalitäten stellten eine Kreditgewährung der Klägerin an die Eltern im abgekürzten Zahlungsweg dar. Dementsprechend sei die vereinbarte Verzinsung eine Gegenleistung für die Kapitalüberlassung, die nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG zu besteuern sei. Den vom FG angeführten Urteilen lägen keine vergleichbaren Sachverhalte zugrunde.

**7** Das FA beantragt sinngemäß,

das angefochtene Urteil der Vorinstanz aufzuheben und die Klage abzuweisen.

**8** Die Kläger beantragen,

die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

**9** Zur Begründung nehmen sie Bezug auf die vorinstanzliche Entscheidung.

**10** II. Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Abweisung der Klage (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Die rechtliche Würdigung des Pflichtteilsverzichtsvertrags vom (...)3.1994 durch das FG hält einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand. Entgegen der Auffassung des FG handelt es sich bei dem an die Klägerin im Streitjahr ausgezahlten Betrag i. H. v. 81.011,74 € um Zinsen i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG. Der Einkommensteuerbescheid ist danach rechtmäßig und die Klage abzuweisen.

**11** 1. Die Zahlung der im Vertrag über den Pflichtteilsverzicht vom (...)3.1994 vereinbarten Zinsen in Höhe von 5 % jährlich ab dem 1.1.1995 für die Stundung der Ausgleichszahlung i. H. v. 150.000 DM (umgerechnet 76.693,78 €) führt im Streitjahr zum Zufluss von Kapitalerträgen i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG i. H. v. 81.011,74 €.

**12** a) Nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG gehören zu den Einkünften aus Kapitalvermögen Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art, wenn die Rückzahlung des Kapitalvermögens oder ein Entgelt für die Überlassung des Kapitalvermögens zur Nutzung zugesagt oder gewährt worden ist, auch wenn die Höhe des Entgelts von einem ungewissen Ereignis abhängt. Dies gilt unabhängig von der Bezeichnung und der zivilrechtlichen Ausgestaltung der Kapitalanlage.

**13** aa) Kapitalforderungen in diesem Sinne sind alle auf Geldleistung gerichtete Forderungen ohne Rücksicht auf die Dauer der Kapitalüberlassung oder den Rechtsgrund des Anspruchs (st. Rspr., zum Beispiel BFH, Urteil vom 27.10.2015, VIII R 70/13, BFH/NV 2016, 736 Rdnr. 28). Ebenso unerheblich ist, ob die zugrunde liegende Kapitalforderung selbst steuerbar und die Kapitalüberlassung freiwillig erfolgt ist (vgl. BFH-Urteile vom 13.11.2007, VIII R 36/05, BFHE 220, 35 = BStBl. II 2008, S. 292 unter II. 2.; vom 9.6.2015, VIII R 18/12, BFHE 250, 105 = BStBl. II 2016, S. 523 Rdnr. 12; vom 20.10.2015, VIII R 40/13, BFHE 252, 260 = BStBl. II 2016, S. 342 Rdnr. 26).

**14** bb) Erforderlich ist aber in jedem Fall die Überlassung von privatem Geldvermögen an Dritte. Dabei kann die Kapitalüberlassung in unterschiedlicher Art und Weise erfolgen, etwa durch Hingabe als (endfälliges oder in Raten zu tilgendes) Darlehen, durch Novation eines bestehenden Zahlungsanspruchs in ein Darlehen oder durch zeitliche Streckung eines Zahlungsanspruchs mittels Verrichtung (BFH-Urteil in BFHE 229, 104 = BStBl. II 2010, S. 818 unter II. 2. a) aa) m. w. N.). Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG gehören sodann alle Vermögensmehrungen, die bei wirtschaftlicher Betrachtung Entgelt für die überlassene Kapitalnutzung sind (BFH, Urteil vom 20.11.2012, VIII R 57/10, BFHE 239, 422 = BStBl. II 2014, S. 56 unter II. 2. a) m. w. N.).

**15** b) Nach diesen Grundsätzen handelt es sich bei dem an die Klägerin im Streitjahr ausgezahlten Betrag i. H. v. 81.011,74 € um Kapitalerträge i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG.



**16 aa)** Das FG ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass sich aus dem notariell beurkundeten Pflichtteilsverzichtsvertrag vom (...)3.1994 ergebe, dass in dem am (...)11.2015 ausgezahlten Betrag i. H. v. 157.705,52 € kein Entgelt für die Überlassung von Kapital enthalten sei. Die rechtliche Einordnung des von den Vertragspartnern Gewollten am Maßstab der jeweils einschlägigen Normen durch das FG ist für den BFH als Revisionsgericht nicht nach § 118 Abs. 2 FGO bindend, sondern in vollem Umfang nachprüfbar. Rechtsanwendung (BFH, Urteil vom 17.5.2017, II R 35/15, BFHE 258, 95 = BStBl. II 2017, S. 966 Rdnr. 26 f.). Der BFH ist danach an die unzutreffende rechtliche Würdigung der eindeutigen und somit nicht auslegungsfähigen Regelungen des Pflichtteilsverzichtsvertrags vom (...)3.1994 durch das FG nicht gebunden.

**17 bb)** Nach den Feststellungen des FG wurde in dem Pflichtteilsverzichtsvertrag vom (...)3.1994 vereinbart, dass die Klägerin durch den Verzicht auf ihren Pflichtteil eine Forderung gegen ihre Eltern i. H. v. 150.000 DM (umgerechnet 76.693,78 €) erwarb, die am 31.12.1994 fällig war. Diese Forderung hatte sie zunächst bis zum Tod des letztversterbenden Elternteils verzinslich gestundet. Aufgrund der Anordnung im gemeinschaftlichen Testament der Eltern vom (...)1.2015 wurde der gestundete Betrag ausgezahlt und es flossen der Klägerin die bis dahin entstandenen Zinsen von 5 % pro Jahr in Höhe von insgesamt 81.011,74 € zu. Zwar unterliegt das Entgelt für den Verzicht auf den Pflichtteil nicht der Besteuerung, da es sich bei der Regulierung der Vermögensnachfolge um einen erbrechtlich, bürgerlich-rechtlich und steuerrechtlich unentgeltlichen Vertrag handelt (BFH-Urteile in BFH/NV 2010, 1793; in BFHE 229, 104 = BStBl. II 2010, S. 818; in BFHE 239, 422 = BStBl. II 2014, S. 56). Anders verhält es sich bei den Zinsen, die die Eltern der Klägerin als Entgelt für die Stundung der Ausgleichsforderung gezahlt haben. Die Klägerin hatte den Eltern durch die Stundung einen Kredit i. H. v. 150.000 DM (umgerechnet 76.693,78 €) gewährt (vgl. BFH-Urteil in BFHE 252, 260 = BStBl. II 2016, S. 342). Die hierfür gezahlten Zinsen unterliegen der Besteuerung nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG.

**18 cc)** Die BFH-Urteile jeweils in BFHE 229, 104 = BStBl. II 2010, S. 818 und in BFH/NV 2010, 1793 führen zu keiner anderen Beurteilung. Entgegen der Auffassung des FG kann aus diesen BFH-Urteilen nicht der Schluss gezogen werden, dass wenn schon wiederkehrende Zahlungen keinen steuerbaren Zinsanteil enthalten, dies bei einer Einmalzahlung erst recht gelten müsse. Entscheidend ist, dass die Klägerin durch den Verzicht auf ihren Pflichtteil einen fälligen Anspruch auf eine Ausgleichszahlung erhalten hat, den sie erst in einem zweiten Schritt gestundet hat. Hierdurch wurden die Eltern von ihrer Verpflichtung zur Auszahlung befreit, so dass eine Kreditgewährung vorliegt. Die hierfür gezahlten Zinsen i. H. v. 81.011,74 € unterliegen der Besteuerung gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG.

**19 2.** Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 1 FGO.

## ANMERKUNG:

Von Notarassessor **Achim Rohr**, Mellrichstadt

### 1. Einordnung der Entscheidung

Der BFH hatte über die Einordnung der Zinszahlungen auf eine für einen Pflichtteilsverzicht versprochene, jedoch gestundete, Ausgleichszahlung zu entscheiden.

Der BFH hatte das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale für eine Einkünfteerzielung nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG zu prüfen, d. h. ob die in dem Auszahlungsbetrag enthaltenen Zinsen „ein Entgelt für die Überlassung des Kapitalvermögens zur Nutzung“ darstellen und deshalb Erträge aus einer Kapitalforderungen sind.

Nach Ansicht des BFH liegt eine Kapitalüberlassung der Klägerin an ihre Eltern vor. Der Klägerin wurde ein Betrag von 150.000 DM als Ausgleich für ihren Verzicht in dem Pflichtteilsverzichtsvertrag zugewendet. Die Auszahlung dieses Ausgleichsbetrags stundete die Klägerin gegen Verzinsung. Nach der Rechtsprechung des BFH ist es hierbei unerheblich, dass die Kapitalüberlassung nicht freiwillig erfolgt, sondern in derselben Urkunde, in der auch die Zuwendung erfolgte, erzwungen wurde. Auch der Umstand, dass die überlassene Kapitalforderung, deren Auszahlung gegen Entgelt gestundet wird, nach der Rechtsprechung des BFH nicht steuerbar ist (hier die Ausgleichszahlung als Gegenleistung für den Pflichtteilsverzicht), führt nicht dazu, dass etwaige Erträge aus dieser Nutzungsüberlassung nicht steuerbar seien.

### 2. Würdigung der Entscheidung

Die Entscheidung fügt sich in die bisherige Rechtsprechung zu diesem Thema ein und ist insoweit konsequent. Vor diesem Hintergrund überzeugt es, dass der BFH – entgegen dem FG – von der Überlassung einer Kapitalforderung gegen Entgelt im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG ausgeht.

Eine Kapitalforderung in diesem Sinne liegt nach ständiger Rechtsprechung des BFH vor, da die Forderung der Klägerin sich auf die (Rück-)Zahlung einer Geldsumme richtet.<sup>1</sup> Auf die Steuerbarkeit der Kapitalforderung selbst kommt es hierbei nicht an. Wie der BFH ebenfalls in ständiger Rechtsprechung entschieden hat, handelt es sich bei der Gegenleistung für einen Pflichtteilsverzicht um einen „erbrechtlich, bürgerlich-rechtlich und steuerrechtlich unentgeltlichen Vertrag“.<sup>2</sup> Gerade dies ist hier der Fall, da die Klägerin aus der notariellen Urkunde einen Zahlungsanspruch als Gegenleistung für den Verzicht auf ihren Pflichtteil erhalten hat. Diese Geldforderung selbst ist als Teil der Regelung der Vermögensnachfolge von Todes wegen nicht einkommen-

1 BFH, Urteil vom 6.8.2019, VIII R 22/17, Rdnr. 13 m. w. N. (hier besprochene Entscheidung); Urteil vom 20.11.2012, VIII R 57/10, DStRE 2013, 393, 394; Blümich/Ratschow, EStG, Stand: Mai 2020, § 20 Rdnr. 308a.

2 BFH, Urteil vom 9.2.2010, VIII R 43/06, DStR 2010, 1327, 1328 m. w. N.; Urteil vom 20.11.2012, VIII R 57/10, DStRE 2013, 393, 394; Urteil vom 6.8.2019, VIII R 22/17, Rdnr. 17 (hier besprochene Entscheidung).

steuerbar.<sup>3</sup> Das ändert jedoch nichts an der Einordnung als Kapitalforderung im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG und der Steuerbarkeit etwaiger Erträge aus der Überlassung dieser Forderung auf Zeit.

Die Kapitalforderung wurde im entschiedenen Fall den Eltern der Klägerin überlassen. Der BFH betont, dass diese Überlassung in unterschiedlicher Form erfolgen könne, so etwa durch Hingabe eines Darlehens, durch Novation eines bestehenden Anspruchs in ein Darlehen oder durch zeitliche Streckung eines bestehenden Anspruchs mittels Verrentung; auch die Freiwilligkeit der Überlassung spielt keine Rolle.<sup>4</sup> Entscheidend ist damit letztlich, dass ein Anspruch gegen einen Dritten besteht. In dem notariellen Pflichtteilsverzichtsvertrag wurde der Klägerin die Forderung zugewendet und sogleich der Verzicht auf die sofortige Auszahlung im Gegenzug für die Gewähr einer Verzinsung vereinbart. Damit wurde zunächst der Anspruch der Klägerin auf Auszahlung begründet und erst im Anschluss die Auszahlung entgeltlich gestundet.

Kapitaleinkünfte sind dann alle Zuflüsse, die bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise Entgelt für diese Überlassung von Kapital auf Zeit darstellen.<sup>5</sup> Demnach hatte die Klägerin die für den Zeitraum der Überlassung angelaufenen Zinsen als Einkünfte nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG zu versteuern.

Die hier besprochene Entscheidung fügt sich in die bisher in diesem Zusammenhang ergangenen Entscheidungen ein.<sup>6</sup> Auch in den zitierten Entscheidungen des BFH, vor allem aus dem Jahr 2010, ging es um die Steuerbarkeit von Gegenleistungen für einen Pflichtteilsverzicht. Jedoch wurden in den diesen Urteilen zugrunde liegenden Pflichtteilsverzichtsverträgen jeweils keine festen Zahlungsansprüche zugewendet, sondern laufende Rentenzahlungen. Den dortigen Klägern stand demnach kein fälliger Anspruch zu, dessen Auszahlung dann (gegen Entgelt) gestundet wurde. Vielmehr wurden von vorneherein „nur“ laufende Zahlungen zugewendet, sodass darin gerade keine Kapitalüberlassung zu sehen war.

Unschädlich ist es hingegen, wenn dem Zahlungsverpflichteten einseitig das Recht eingeräumt wird, die Rente durch einen kapitalisierten Betrag abzulösen.<sup>7</sup> Dem darf jedoch kein korrespondierendes Recht des Zahlungsberechtigten gegenüberstehen, die Zahlungen in die Leistung eines Einmalbetrags umzuwandeln.

### 3. Konsequenzen für die Gestaltungspraxis

Auf Grundlage der genannten BFH-Rechtsprechung drängt sich als Alternative zur Zuwendung einer Einmalzahlung, die – etwa mangels Liquidität – gestundet wird, die Vereinbarung wiederkehrender Zahlungen, ggf. in Kombination mit einer sofort fälligen und dafür geringeren, Einmalzahlung auf. Eine sich daraus ergebende lange Laufzeit einer solchen Zahlungsvereinbarung und die damit auch Jahre nach Abschluss des Pflichtteilsverzichts verbleibenden Berührungspunkte können jedoch zu Streitigkeiten führen. Das kann wiederum durch ein einseitiges Ablösungsrecht des Zahlungsverpflichteten entschärft werden, das nach der Rechtsprechung des BFH nicht eine Kapitalüberlassung durch den Zahlungsberechtigten zur Folge hat.<sup>8</sup>

Möchten die Beteiligten dies vermeiden, besteht die Möglichkeit, statt Geldbeträgen Sachleistungen zuzuwenden. Auch hier kann die Erfüllung sofort erfolgen oder zeitlich hinausgeschoben werden. Der Zugriff der Verzichtsempfänger auf die Erträge einer etwa als Gegenleistung übertragenen Immobilie kann durch Nießbrauch gesichert werden und so zugleich Einfluss auf die schenkungsteuerliche Bewertung der Immobilie genommen werden.

<sup>8</sup> Vgl. BFH, a. a. O.

<sup>3</sup> BFH, Urteil vom 9.2.2010, VIII R 43/06, DStR 2010, 1327, 1328 m. w. N. Diese Zahlung ist hingegen sehr wohl schenkungsteuerpflichtig.

<sup>4</sup> BFH, Urteil vom 6.8.2019, VIII R 22/17, Rdnr. 13, 14 m. w. N. (hier besprochene Entscheidung). Blümich/*Ratschow*, EStG, § 20 Rdnr. 308a.

<sup>5</sup> Blümich/*Ratschow*, EStG, § 20 Rdnr. 309; BFH, Urteil vom 6.8.2019, VIII R 22/17, Rdnr. 14 (hier besprochene Entscheidung).

<sup>6</sup> BFH, Urteil vom 9.2.2010, VIII R 35/07, n. v.; Urteil vom 9.2.2010, VIII R 43/06, DStR 2010, 1327; Urteil vom 20.11.2012, VIII R 57/10, DStRE 2013, 393.

<sup>7</sup> BFH, Urteil vom 9.2.2010, VIII R 35/07, n. v.; Urteil vom 9.2.2010, VIII R 43/06, DStR 2010, 1327, 1328.

### 30. Gemischte Schenkung bei einer Teilerbauseinandersetzung zwischen Vater und Tochter als Miterben und hohen Wertunterschieden der Grundbesitzwerte der von den Miterben übernommenen Immobilien

FG Baden-Württemberg, Urteil vom 12.2.2020, 7 K 3078/18

BewG § 162 Abs. 3, § 166

ErbStG § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 7 Abs. 1 Nr. 1, §§ 9, 12 Abs. 1 und 3

#### LEITSÄTZE:

1. Bei einer Teilerbauseinandersetzung zwischen Vater und Tochter als Miterben liegt eine gemischte Schenkung zwischen den Miterben vor, wenn der Grundbesitzwert des von der Tochter übernommenen landwirtschaftlichen Hofguts den Grundbesitzwert der vom Vater übernommenen Immobilie um mehr als das Doppelte übersteigt und den Miterben der erhebliche Wertunterschied zwischen Hofgut und Immobilie zum Zeitpunkt der Teilerbauseinandersetzung auch bewusst und bekannt war. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Der Wert der Bereicherung ist bei einer gemischten Schenkung durch bloßen Abzug der Gegenleistung vom Grundbesitzwert des zugewendeten Grundbesitzes zu ermitteln. Soweit dies im Einzelfall einen Unterschied zwischen dem nach dem Bewertungsgesetz ermittelten Wert und dem gemeinen Wert ergibt, ist dies aufgrund der typisierenden Bewertungsmethoden hinzunehmen. Das gilt auch für Ermittlung der Bereicherung bei einer gemischten Schenkung. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Eine gemischte freigebige Zuwendung ist dann gegeben, wenn einer höherwertigen Leistung eine Gegenleistung von geringerem Wert gegenübersteht und die höherwertige Leistung neben Elementen der Freigebigkeit auch Elemente eines Austauschvertrags enthält, ohne dass sich die höherwertige Leistung in zwei selbstständige Leistungen aufteilen lässt. (Leitsatz der Schriftleitung)
4. Besteht bei einer gemischten Schenkung eine auffallende, über ein geringes Maß deutlich hinausgehende Diskrepanz zwischen Leistung und Gegenleistung, begründet dies die widerlegbare Vermutung, dass die Zuwendung im Umfang der Bereicherung unentgeltlich war, d. h. dass dem Zuwendenden der Wertunterschied bekannt und bewusst war (BGH, Urteil vom 18.10.2011, X ZR 45/10, NJW 2012, 605). Ein solches Missverhältnis wird regelmäßig angenommen, wenn die tatsächliche Gegenleistung die sonst übliche angemessene Gegenleistung um 20 bis 25 % unterschreitet. (Leitsatz der Schriftleitung)

## SONSTIGES

### TAGUNGSBERICHT

#### „Update GbR“

#### Digitale Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 10.11.2020

Von **Johannes Gansmeier**<sup>1</sup>

Am 10.11.2020 fand die erste Tagung des Wintersemesters 2020/21 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt – angesichts der geltenden Kontaktbeschränkungen dieses Mal (und erstmalig) komplett digital. Das Thema der Veranstaltung lautete „Update GbR“. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle, Professor Dr. *Hans Christoph Grigoleit*, begrüßte die zahlreichen Teilnehmerinnen und Teilnehmer und führte in das Tagungsthema ein. Danach stellte er die Referenten, Professor Dr. *Christoph Reymann*, Notar in Neustadt bei Coburg, und Professor Dr. *Carsten Schäfer*, Universität Mannheim, vor. Anschließend übergab er das Wort an *Reymann*.

In seinem Vortrag zum Thema „Problemfall GbR – Behandlung der GbR in der notariellen und registerrechtlichen Praxis“ beschäftigte sich *Reymann* mit einigen in der notariellen Praxis häufigen und zugleich besonders anspruchsvollen GbR-Themenkomplexen: Zunächst ging *Reymann* auf die Konstellation ein, dass eine GbR Rechte an einem Grundstück oder Grundstückseigentum erwirbt. Während beim Erwerb von Rechten an einem Grundstück die Nachweisführung im Rahmen des § 19 GBO als relativ einfach einzustufen sei, gestalte sich die Nachweisführung der GbR-Existenz im Rahmen des § 20 GBO beim Erwerb von Eigentum an einem Grundstück durch eine GbR als grundsätzlich schwieriger. Der BGH habe jedoch entschieden, dass der Existenz- und Vertretungsnachweis einer GbR im Kontext des Grundstückserwerbs über die Erklärungen aller Gesellschafter mediatisiert werden könne,<sup>2</sup> weshalb eine zusätzliche Begründung der Gesellschaft in der Erwerbssurkunde nicht nötig sei. Publikums-GbRs könnten sich auf diese Entscheidung indes nicht berufen, denn der Mediatisierungsgedanke greife nur dann, wenn *alle* Gesellschafter beim Grundstückserwerb mitwirken – eine Voraussetzung, die für die Publikums-GbR gerade kaum erfüllt werden könne. Eine organschaftliche Vertretungsmacht ließe sich dort im Übrigen praktisch nicht nachweisen.<sup>3</sup>

Nachträgliche Wechsel im Bestand der GbR-Gesellschafter zwischen Auffassung und Grundbucheintragung wirkten sich nach Ansicht *Reymanns* grundsätzlich nicht auf den Eigentumserwerb aus, sofern das Grundbuchamt nicht darüber in Kenntnis gesetzt werde und die Eintragung somit vornehme. Vielmehr habe im Nachgang eine Grundbuchberichtigung zu erfolgen. Im Folgenden legte *Reymann* dar, wie sich der Wechsel im Bestand der GbR-Gesellschafter zwischen Auffassung und Grundbucheintragung auf eine Finanzierungsgrundschuld der GbR auswirke, gab hierbei praktische Empfehlungen für die notarielle Praxis und thematisierte schließlich Auswirkungen des nachträglichen Gesellschafterwechsels im genannten Sinne auf eine Aufassungsvormerkung.

Eine starke Rechtsunsicherheit herrsche auch bei der Veräußerung von Grundstücken durch eine GbR: Zwar habe der Gesetzgeber mit § 899a BGB eine auf den ersten Blick gelungene Ergänzung zu § 892 BGB in das BGB eingeführt, nach wie vor sei jedoch insbesondere dessen Anwendbarkeit auf das Verpflichtungsgeschäft umstritten.<sup>4</sup> Die Rechtslage stelle sich nach Auffassung *Reymanns* als besonders unsicher dar und lasse sich auch nicht durch gestalterische Instrumente „in den Griff bekommen“. Insbesondere die in der Praxis übliche Doppelverpflichtung von Gesellschaft und Gesellschaftern im Kaufvertrag könne unter Umständen zwar auftretende Probleme beheben, doch sei auch diese mit Schwierigkeiten theoretischer und praktischer Natur behaftet. *Reymann* plädierte deshalb für eine allgemeine Rechtsscheinhaftung (Grundbucheintragung der Gesellschafter als Rechtsscheinträger gegenüber Einsichtsberechtigten gemäß § 12 GBO, Zurechenbarkeit des Rechtsscheins gemäß § 82 Satz 3 GBO), wenngleich auch diese keine rechtssichere Handhabung des Problems ermögliche.

Vollzugsprobleme bei Grundstücksveräußerungen durch eine GbR könnten insbesondere dann auftreten, wenn nach der Auffassung ein Wechsel im Bestand der Gesellschafter eintrete oder einer der Gesellschafter in die Insolvenz gerate. Für den Gesellschafterwechsel bleibe die Auffassung wirksam und auch der Voreintragungsgrundsatz stehe dem Eigentumsübergang nicht entgegen. Gleiches gelte nach Auffassung

<sup>1</sup> Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Geschäftsführer der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

<sup>2</sup> BGH, Beschluss vom 28.4.2011, V ZB 194/10, BGHZ 189, 274 = MittBayNot 2011, 393.

<sup>3</sup> Vgl. OLG München, Beschluss vom 20.7.2011, 34 Wx 131/10, RNotZ 2011, 601.

<sup>4</sup> Dazu BGH, Beschluss vom 20.5.2016, V ZB 142/15, MittBayNot 2017, 83.



*Reymanns* – und entgegen einer Entscheidung des OLG Zweibrücken<sup>5</sup> – auch für Insolvenz eines Gesellschafters (nach Auffassung). Vollzugsprobleme könnten sich in den geschilderten Konstellationen allerdings mit Blick auf die Erteilung der Eintragungsbewilligung ergeben: Insbesondere das OLG München gehe in jüngeren Judikaten davon aus, dass die dem Notar üblicherweise erteilte Vollzugsbevollmächtigung erlösche, sobald sich der Gesellschafterbestand verändere.<sup>6</sup> Da nicht die Gesellschafter, sondern die Gesellschaft an sich dem Notar die Vollzugsbevollmächtigung erteile, könne dies indes nicht überzeugen, so *Reymann* in seiner Einschätzung der Entscheidungen. Als sichere Alternative empfehle sich in der Praxis gleichwohl ein Rückgriff auf das Instrument der Ausfertigungssperre.

Da vor allem bei Publikumsgesellschaften in Grundbuchelegenheiten das Bedürfnis bestehe, durch Bevollmächtigte zu handeln, wandte sich *Reymann* sodann dem Thema „GbR und Vollmachten“ zu: Generell sei bei der GbR zwischen Vollmachten zu unterscheiden, die von der Gesellschaft selbst und solchen, die von den Gesellschaftern ausgestellt werden. Nach einer BGH-Entscheidung aus dem Jahr 2011<sup>7</sup> und zwei – diese aufgreifenden – Entscheidungen des OLG München aus den Jahren 2017 und 2018<sup>8</sup> stelle sich indes mittlerweile die Frage, ob eine Vollmachtserteilung durch die GbR selbst überhaupt möglich sei. Nach Auffassung *Reymanns* ergebe sich die Fähigkeit zur Erteilung von Vollmachten bereits aus der Rechtsfähigkeit der GbR.

Nach einer Darstellung verschiedener Problemkomplexe in Bezug auf Grundbuchberichtigungen aufgrund von Änderungen im Gesellschafterbestand resümierte *Reymann* die Ergebnisse seines Vortrags und hob dabei insbesondere übersteigerte Anforderungen an die Nachweisführung einer GbR im grundbuchrechtlichen Verfahren in der gerichtlichen Praxis sowie das nach wie vor hohe Rechtsschutz- und Verkehrsschutzdefizit hervor. Letztgenannter Aspekt unterstreiche die Notwendigkeit der Einführung eines GbR-Registers.

Die Erwähnung eines de lege ferenda einzuführenden GbR-Registers führte nahtlos zum zweiten Vortrag der Tagung über: In diesem setzte sich *Schäfer* unter dem Thema „Perspektiven einer Reform des Rechts der GbR“ ausführlich mit dem Gesetzesentwurf der „Expertenkommission Modernisierung des Personengesellschaftsrechts“ – welcher *Schäfer* selbst angehörte – auseinander. Dieser Gesetzesentwurf wurde am 20.4.2020 vom BMJV veröffentlicht (sog. „Mauracher Entwurf“; seit 20.1.2021 liegt nunmehr der Entwurf der Bundesregierung für das Gesetz zur Modernisierung des Personenge-

sellschaftsrechts vor und ist auf der Seite des BMJV abrufbar,<sup>9</sup> die Normbezüge des vorliegenden Textes beziehen sich noch auf den ursprünglichen „Mauracher Entwurf“). Nach langem Anlauf für eine Modernisierung des Personengesellschaftsrechts – eine solche wurde u. a. bereits intensiv auf dem 71. Deutschen Juristentag 2016 diskutiert und im Koalitionsvertrag der gegenwärtigen Regierungsparteien aus dem Jahr 2018 vereinbart – beinhalte der „Mauracher Entwurf“ eine vollständige Überarbeitung des Rechts der GbR, aber auch weitreichende Änderungen für die OHG und KG. Nach einem Überblick über die wichtigsten Änderungsvorschläge ging *Schäfer* zunächst auf das vorgesehene „Leitbild“ der rechtsfähigen Außen-GbR und dessen Umsetzung im „Mauracher Entwurf“ ein: In § 705 Abs. 2 BGB-E werde die Rechtsfähigkeit der Außen-GbR explizit anerkannt, wobei – wie bisher – der unter den Gesellschaftern übereinstimmende Wille zur Teilnahme am Rechtsverkehr für die Zuerkennung der Rechtsfähigkeit maßgeblich sei. Die Rechtsfähigkeit beginne im Verhältnis zu Dritten durch Eintragung im durch den Entwurf ebenfalls vorgeschlagenen GbR-Register oder durch einvernehmlichen Geschäftsbeginn, § 719 BGB-E. Die Möglichkeit einer nichtrechtsfähigen Innengesellschaft bleibe zwar weiterhin bestehen, allerdings regle § 740 BGB-E ausschließlich das Verhältnis der Gesellschafter untereinander; außerdem könne die Innengesellschaft – wie sich der Begründung des Entwurfs entnehme lasse – kein eigenes Vermögen begründen. Das vom Entwurf vorgesehene „Leitbild“ der zukünftigen GbR stelle somit eindeutig die rechtsfähige Außengesellschaft dar, die keine Gelegenheitsgesellschaft ist. Mit diesem Schritt würde das im BGB normierte Recht der GbR den rechtlichen Gegebenheiten seit Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR in der „Weißes Ross“-Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2001<sup>10</sup> angepasst.

Der Entwurf nehme sich außerdem, wie bereits erwähnt, der seit dieser Entscheidung bestehenden Publizitätsdefizite im Recht der GbR an, indem er die Einführung eines GbR-Registers vorsehe. Eine dortige Eintragung soll nach dem Entwurf zwar nicht für die Begründung der Rechtsfähigkeit der GbR konstitutiv wirken – freilich aber obligatorische Voraussetzung für den Erwerb und die Eintragung registrierter Rechte sein (insbesondere auch: für den Eigentumserwerb einer GbR an einem Grundstück und die Eintragung im Grundbuch; dementsprechend enthält der Entwurf auch einen Änderungsvorschlag in Bezug auf § 47 Abs. 2 GBO). § 707 Abs. 1 BGB-E sehe vor, dass die Gesellschafter ihre GbR zur Eintragung in das Gesellschaftsregister anmelden können, eine eingetragene Gesellschaft dürfe dann den Zusatz „eGbR“ führen, § 707a Abs. 3 Satz 1 BGB-E. Die Eintragung der GbR könne nach § 707a Abs. 4 BGB-E nicht mehr rückgängig gemacht werden. Als konsequente Folge der Einführung eines GbR-Registers sehe der Entwurf die ersatzlose Streichung des § 899a BGB vor.

*Schäfer* ging sodann auf den Themenkomplex „Beschlussfas-

5 OLG Zweibrücken, Beschluss vom 30.5.2001, 3 W 3/01, RNotZ 2001, 449.

6 OLG München, Beschluss vom 22.5.2017, 34 Wx 87/17, MittBayNot 2018, 586; Beschluss vom 9.7.2018, 34 Wx 223/17, DNotZ 2018, 918.

7 BGH, Beschluss vom 20.1.2011, V ZB 226/10, MittBayNot 2011, 494.

8 OLG München, Beschluss vom 22.5.2017, 34 Wx 87/17, MittBayNot 2018, 586; Beschluss vom 9.7.2018, 34 Wx 223/17, DNotZ 2018, 918.

9 [https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE\\_Personengesellschaftsrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Personengesellschaftsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=3) (letzter Zugriff am 20.1.2021).

10 BGH, Urteil vom 29.1.2001, II ZR 331/00, BGHZ 146, 341 = MittBayNot 2001, 192.

sung und Beschlussmängel in der GbR“ ein. Nach dem „Mauracher Entwurf“ ergäben sich zwar im Hinblick auf die Beschlussfassung fast keinerlei Änderungen, anders sei dies aber in Bezug auf Beschlussmängel: Hier sei in §§ 714 a-g BGB-E die Einführung eines Beschlussmängelrecht vorgesehen, das im Wesentlichen nach den aktienrechtlichen Grundmechanismen funktioniere (u. a. Unterscheidung Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, dreimonatige Klagefristen für Anfechtungsklagen, Passivlegitimation der Gesellschaft für Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage, Zuständigkeit des LG).

Der Entwurf enthalte darüber hinaus schließlich eine Vielzahl weiterer Modifikationsvorschläge: Die Haftung von GbR-Gesellschaftern werde explizit geregelt, wobei dabei keine Haftungsverschärfungen, aber auch keine zusätzlichen Möglichkeiten zur Haftungsbeschränkung eingeführt würden (§§ 721-721b BGB-E). Die *actio pro socio* soll dem „Mauracher Entwurf“ zufolge ausdrücklich im Gesetz normiert (§ 715b BGB-E) und die OHG sowie KG für Freiberufler geöffnet werden (§ 107 Abs. 1 HGB-E). Letzteres geschehe durch eine Gleichstellung von Vermögensverwaltung (§ 105 Abs. 2 HGB) und Freiberuf in § 107 HGB-E. *Schäfer* schloss seinen Vortrag mit einer Bewertung dieser Öffnung und bezweifelte dabei sowohl das grundsätzliche Vorliegen eines Regelungsbedarfs einerseits sowie die Vergleichbarkeit von freien Berufen und Vermögensverwaltung andererseits.

Nach den Vorträgen eröffnete *Grigoleit* die Diskussion mit den Referenten, die sich den Fragen des digital zugeschalteten Auditoriums stellten. Die Tagung wurde aufgezeichnet und ist auf der Homepage der Forschungsstelle abrufbar ([www.notarrechtsinstitut.de](http://www.notarrechtsinstitut.de), dort unter „Veranstaltungen“). Die nächste Tagung der Forschungsstelle fand am 23.2.2021 (digital) zum Thema „WEG Reform – Einführung und erster Zugriff auf akute Rechtsfragen“ statt.

## VERANSTALTUNGSHINWEISE

### Bundesnotarkammer

#### 30. Deutscher Notartag

##### Das Notariat der Zukunft – digital und rechtssicher

Donnerstag, 27. Mai 2021, bis Freitag, 28. Mai 2021, Hamburg und online (hybride Veranstaltung)

##### Aus dem Programm:

Unter dem Leitthema „Das Notariat der Zukunft – digital und rechtssicher“ richtet die Bundesnotarkammer vom 27. bis 28. Mai 2021 in Hamburg den 30. Deutschen Notartag als hybride Veranstaltung aus.

Das Fachprogramm des Notartags findet am 28. Mai 2021 in der Handelskammer Hamburg statt. Es kann vor Ort sowie über einen Livestream verfolgt werden. In verschiedenen Foren werden die Chancen und Risiken der Digitalisierung beleuchtet und Anwendungsmöglichkeiten neuer Technologien in der Justiz im Allgemeinen und im Notariat im Speziellen betrachtet. Für die Referate und Podiumsdiskussionen konnten hochrangige Personen aus Politik, Justiz, Wissenschaft und Wirtschaft gewonnen werden.

Der Notartag beginnt am Donnerstag, den 27. Mai 2021 mit dem Begrüßungsabend in der Altonaer Fischauktionshalle. Am Freitag, den 28. Mai 2021 sieht das Rahmenprogramm verschiedene Führungen und Ausflüge in Hamburg vor. Selbstverständlich werden die geltenden Sicherheits- und Hygienemaßnahmen bei der Veranstaltung durchgehend eingehalten.

##### Kontakt/Anmeldung:

Anmeldungen sind ausschließlich online möglich unter [www.notartag.de](http://www.notartag.de).

Detaillierte Informationen zum Fach- und Rahmenprogramm sind dort ebenfalls abrufbar.

## Veranstaltungen des DAI

1. **Klausurenkurs zur Vorbereitung auf die notarielle Fachprüfung – Gesellschaftsrecht – März 2021**  
(Berkefeld)  
2.3.2021 online
2. **Online-Vortrag LIVE: Das Umwandlungsrecht in der Gestaltungspraxis**  
(Arens)  
17.3.2021 online
3. **Online-Vortrag LIVE: Praxis der WEG-Reform**  
(Elzer/Hügel)  
20.3.2021 online
4. **Online-Vortrag LIVE: Aktuelles Kostenrecht im Notariat**  
(Volpert)  
26.3.2021 online
5. **Online-Vortrag LIVE: Handelsregisteranmeldungen in der Praxis der Notariatsmitarbeiter**  
(Tondorf)  
27.3.2021 online
6. **Klausurenkurs zur Vorbereitung auf die notarielle Fachprüfung – Immobilienrecht – April 2021**  
(Berkefeld)  
6.4.2021 online
7. **Erbrechtliche Gestaltung in Patchworkfamilien**  
(Keim)  
17.4.2021 in Bochum
8. **Das notarielle Nachlassverzeichnis**  
(Schönenberg-Wessel)  
22.4.2021 in Heusenstamm
9. **Bauträgervertrag für fortgeschrittene Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**  
(Tondorf)  
24.4.2021 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. Bergau: Praxishandbuch Unternehmenskauf Recht, Steuern, Finanzen, Bewertung, Prozess. 2. Aufl., De Gruyter, 2020. 516 S., 109,95 €
2. Bisle/Hallerbach/Micker/Oppel/Rust: Die GmbH & Co. KG. 4. Aufl., NWB, 2020, 1.068 S., 114 €
3. Dobroschke: Parallelen und Unterschiede in den Willensbildungsprozessen der Wohnungseigentümergeinschaft und der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, LIT, 2020. 272 S., 39,90 €
4. Eckhardt/Hermanns: Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht. 4. Aufl., Heymanns, 2020. 1.780 S., 169 €
5. Fleischer: Personengesellschaften im Rechtsvergleich. Beck, 2021. 483 S., 149 €
6. Gehrlein/Born/Simon: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. GmbHG. 5. Aufl., Heymanns, 2021. 1.892 S., 179 €
7. Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack: Bürgerliches Gesetzbuch. Band 1: Allgemeiner Teil – EGBGB. 4. Aufl., Nomos, 2021. 3.356 S., 198 €
8. Heinemann: Kölner Formularbuch Grundstücksrecht. 3. Aufl., Heymanns, 2021. 1.484 S., 159 €
9. Henssler/Strohn: Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., Beck, 2021. 3.249 S., 309 €
10. Hirte/Mülbert/Roth: Aktiengesetz. AktG. Großkommentar. Band 12: §§ 262-290. 5. Aufl., De Gruyter, 2021. 935 S., 319 €
11. Kinzl: Gesellschaftervereinbarungen Praxishandbuch mit Mustern. Beck, 2020. 408 S., 129 €
12. Krug: Die Rechte des Erben vor dem Erbfall, Zerb, 2020. 100 S., 49 €
13. Meikel: Grundbuchordnung. GBO. 12. Aufl., Heymanns, 2021. 2.980 S., 279 €
14. Pfaffenberger: Upstream-Sicherheiten und Merger. Nomos, 2020. 336 S., 88,00 €
15. Prinz/Winkeljohann: Beck'sches Handbuch der GmbH: Gesellschaftsrecht, Steuerrecht. 6. Aufl., Beck, 2021. 1.630 S., 179 €
16. Rieder/Schütze/Weipert: Münchener Vertragshandbuch. Band 3: Wirtschaftsrecht II. 8. Aufl., Beck, 2021. 1.510 S., 179 €
17. Ring/Grziwotz: Systematischer Praxiskommentar Personengesellschaftsrecht GbR – OHG – KG – Stille Gesellschaft – PartG – EWIV. 2. Aufl., REguvis, 2020. 1.431 S., 118 €
18. Schippel/Görk: Bundesnotarordnung. BNotO Kommentar. 10. Aufl., Beck, 2021. 1.207 S., 159 €
19. Schmidt: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch.: HGB, Band 1: Handelsstand §§ 1-104a. 5. Aufl., Beck, 2021. 1.744 S., 279,00 €
20. Schmidt: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch: HGB, Band 4: Drittes Buch. Handelsbücher §§ 238-342e HGB Bilanzrecht. 4. Aufl., Beck, 2020. 2.794 S., 349 €
21. Scholz, Zusammengesetzte Verträge im Sinne von § 311 b Abs.1 Satz 1 BGB. BR 2020. 194 S., 69,90 €
22. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: AGG (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz). 18. Aufl., Sellier – De Gruyter, 2020. 459 S., 179,95 €
23. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 2: §§ 328-345 (Vertrag zugunsten Dritter, Draufgabe, Vertragsstrafe). Sellier – De Gruyter, 2020. 554 S., 209 €
24. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 2: §§ 652-661a (Maklervertrag). Sellier – De Gruyter, 2020. 268 S., 99,95 €
25. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 2: §§ 765-778 (Bürgschaft). Sellier – De Gruyter, 2020. 576 S., 209 €
26. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 2: 779-782 (Vergleich, Schuldversprechen, Schuldverschreibung). 16. Aufl., Sellier – De Gruyter, 2020. 393 S., 99,95 €
27. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 3: §§ 925-984; Anh. zu §§ 929-931 (Eigentum 2 – Erwerb und Verlust des Eigentums). Sellier – De Gruyter, 2020. 904 S., 319 €
28. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 4: §§ 1638-1683 (Elterliche Sorge 2 – Vermögenssorge, Kinderschutz, Sorgerechtswechsel). Sellier – De Gruyter, 2020. 561 S., 209 €
29. Süß/Ring: Eherecht in Europa mit Eingetragene Lebenspartnerschaft und Adoption. 4. Aufl., Zerb, 2020. 1.500 S., 169 €
30. Trautmann: Die Legitimation der beschränkten Haftung im Konzern. Nomos, 2021. 393 S., 102,00 €
31. Werbeck: Offenbare Unrichtigkeiten im Unternehmensrecht. Dunker & Humblot, 2020. 430 S., 119,90 €
32. Wiese: Unternehmensnachfolge Steuerliche und rechtliche Gestaltung. Schmidt, 2020. 1.676 S., 149 €
33. Wilsch: NotarFormulare Erbbaurecht Muster – Verträge – Erläuterungen. 2. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2020. 664 S., 99 €

# STANDESNACHRICHTEN

## PERSONALÄNDERUNGEN

### 1. Verstorben:

Notar a. D. Jürgen Baumgart  
verstorben am 23.12.2020

Notar Johann Kärtner  
verstorben am 11.2.2021

### 2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 1.3.2021:

Notar Gerald Ferstl, Schongau  
Notar Dr. Werner Schulte, Kirchheimbolanden  
Notar Ludwig Thiede, München  
Notar Georg von Zimmermann, Gerolzhofen

### 3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 3.1.2021:

Bad Bergzabern                      der Notarassessorin  
Dr. Judith Ulshöfer  
(bisher in Landau i. d. Pfalz,  
Notarstellen Flörsch/Spall)

Mit Wirkung zum 1.3.2021:

Gerolzhofen                              dem Notarassessor  
Dr. Felix Wobst  
(bisher in Berlin)

Lichtenfels                                dem Notarassessor  
Peter Hoffmann  
(bisher in München,  
Notarstellen  
Dr. Hepp/Dr. Reul)

München  
(in Sozietät mit Notar  
Jens Kirchner)                              dem Notar  
Prof. Dr. Thomas Reich  
(bisher in Lichtenfels)

Naila    dem Notarassessor  
Dr. Benedikt Jugl  
(bisher in München,  
Notarstellen Dr.  
Kössinger/Dr. Najdecki)

Schongau  
(in Sozietät mit Notar  
Georg Ruhland)                              der Notarassessorin  
Judith Junk  
(bisher in Kelheim,  
Notarstelle Dr. Benz)

### 4. Sonstige Veränderungen

Notarassessorin Dr. Laura Hundertmark ist  
Geschäftsführerin der Notarkammer Pfalz.

## ANSCHRIFTEN- UND RUFNUMMERN- ÄNDERUNGEN:

Erlangen, Notarstellen Dr. Christoph Giehl/Stefan Braun  
Allee am Röthelheimpark 41  
91052 Erlangen

Wertingen, Notar Dr. Christoph Suttmann  
Mühlgasse 1  
86637 Wertingen







## Abonnement

# MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Denninger Straße 169, 81925 München, Telefon: (089) 551660, Telefax: (089) 55166234, E-Mail: [info@mittbaynot.de](mailto:info@mittbaynot.de), bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 56,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Universal Medien GmbH, Geretsrieder Straße 10, 81379 München, Telefon: (089) 5482170, Telefax: (089) 555551, Internet: [www.universalmedien.de/notarkammer](http://www.universalmedien.de/notarkammer).



Notare Bayern

[www.notare.bayern.de](http://www.notare.bayern.de)