

MittBayNot

Begründet 1864

2 | 2023

März | April 2023

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Schriftleitung:

Thomas Dziwis,
Notarassessor
Stephanie Reber,
Notarassessorin

Herausgeberbeirat:

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

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

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

Angelika Strähuber,
Notarin in Regen

Michael Volmer,
Notar in Starnberg

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,
Notar in Roth

Dr. Felix Wobst,
Notar in Gerolzhofen

ISSN 0941-4193

AUFSÄTZE

- Bühler/Meier:** Gesellschaftsrechtliche Ankaufsrechte in der Kautelarpraxis – Teil 2: Spezifika, Formulierungsvorschlag und Preislimitierung 103
-
- Keller:** Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Ausstattung aus der Sicht der Vertragsgestaltung 110
-
- Leidner/Meier:** Praxisupdate Öffentliches Recht: Rücknahme und Widerruf von privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten sowie Aktuelles zum Kauf von der Gemeinde 120

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

- Wobst zu KG:** Keine aus dem Aufteilungsplan ersichtliche Mindestausstattung für die Abgeschlossenheit nötig 138
-
- Bulgrin zu OLG Köln:** Keine Ergänzungspflegerbestellung für den Immobilienerwerb eines Minderjährigen bei nicht verheirateten Eltern 147
-
- Federle zu OLG Saarbrücken:** Pflichtteilsergänzungsanspruch bei schenkweiser Zuwendung der Todesfallleistung aus Lebensversicherungsvertrag 156
-
- Bernert zu OLG München:** Auslegung der Klausel „bei einem gemeinsamen Tode“ 160
-
- Hitzel zu BGH:** Keine (analoge) Anwendung des § 179a AktG auf Gesamtvermögensgeschäfte einer KG 168
-
- Wicke zu OLG München:** Verschmelzung kein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung 175
-
- Linke zu OLG Karlsruhe:** Bestellung eines Notgeschäftsführers für eine führungslose Gesellschaft durch Registergericht als „ultima ratio“ 181
-
- Stocker zu BGH:** Anwendbares Unterhaltsrecht bei Aufenthaltswechseln – „Expatriates“ 188
-
- Kirchner:** Für den eiligen Praktiker 197

Impressum **MittBayNot**

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

Herausgeber:

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

Herausgeberbeirat:

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

Schriftleitung:

Notarassessor Thomas Dziwis
Notarassessorin Stephanie Reber

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

Design:

INTO Branding GmbH

Druck:

Universal Medien GmbH
Fichtenstraße 8
82061 Neuried

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 2 | 2023

AUFSÄTZE 103			
Bühler/Meier: Gesellschaftsrechtliche Ankaufsrechte in der Kautelarpraxis – Teil 2: Spezifika, Formulierungsvorschlag und Preislimitierung	103		
Keller: Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Ausstattung aus der Sicht der Vertragsgestaltung	110		
Leidner/Meier: Praxisupdate Öffentliches Recht: Rücknahme und Widerruf von privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten sowie Aktuelles zum Kauf von der Gemeinde	120		
BUCHBESPRECHUNGEN 133			
Gola/Heckmann: Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz, BDSG: DS-GVO (Salzmann)	133		
Ring/Grziwotz/Schmidt-Räntsch: Bürgerliches Gesetzbuch, Band 3: Sachenrecht (Müller)	134		
Spiegelberger: Unternehmensnachfolge (Neuhöfer)	135		
RECHTSPRECHUNG 136			
Bürgerliches Recht			
ALLGEMEINES			
1. Keine unbeschränkte Einsicht in das Transparenzregister durch die Öffentlichkeit (EuGH, Urteil vom 22.11.2022, C-37/20, C-601/20 – Ls.)	136		
2. Schwebende Unwirksamkeit statt Nichtigkeit bei im Wege des Inschlaggeschäfts bestellter Grundschuld (OLG München, Urteil vom 28.09.2022, 7 U 3238/20)	136		
SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT			
3. Keine aus dem Aufteilungsplan ersichtliche Mindestausstattung für die Abgeschlossenheit nötig (KG, Beschluss vom 13.10.2022, 1 W 396/21) mit Anmerkung Wobst	138		
4. Nachweis der Beendigung der Testamentsvollstreckung im Grundbuchverfahren (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 07.09.2022, 19 W 64/21 (Wx))	139		
5. Grundbucheintragung nach Tod eines Mitgesellschafters einer Zwei-Personen-GbR (OLG Köln, Beschluss vom 11.07.2022, 2 Wx 102/22)	142		
6. Eintragung einer Reallast zur Instandhaltung einer Photovoltaikanlage (OLG Naumburg, Beschluss vom 26.07.2021, 12 Wx 29/21)	143		
FAMILIENRECHT			
7. Betreuerbestellung trotz Vorsorgevollmacht bei Ungeeignetheit des Bevollmächtigten (BGH, Beschluss vom 15.06.2022, XII ZB 85/22 – Ls.)	145		
8. Genehmigungspflichtigkeit des Erwerbs eines Miterbenanteils durch einen minderjährigen Miterben (KG, Beschluss vom 17.11.2022, 1 W 345/22 – Ls.)	145		
9. Keine Ergänzungspflegerbestellung für den Immobilienerwerb eines Minderjährigen bei nicht verheirateten Eltern (OLG Köln, Beschluss vom 16.09.2022, 2 Wx 171/22) mit Anmerkung Bulgrin	146	147	
ERBRECHT			
10. Verhältnis von postmortaler Vollmacht und Testamentsvollstreckung (BGH, Beschluss vom 14.09.2022, IV ZB 34/21)	151		
11. Pflichtteilergänzungsanspruch bei schenkweiser Zuwendung der Todesfalleistung aus Lebensversicherungsvertrag (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 05.08.2022, 5 W 48/22) mit Anmerkung Federle	153	156	
12. Auslegung der Klausel „bei einem gemeinsamen Tode“ (OLG München, Beschluss vom 01.12.2021, 31 Wx 314/19) mit Anmerkung Bernert	158	160	
Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht			
13. Keine (analoge) Anwendung des § 179a AktG auf Gesamtvermögensgeschäfte einer KG (BGH, Urteil vom 15.02.2022, II ZR 235/20) mit Anmerkung Hitzel	163	168	
14. Verschmelzung kein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung (OLG München, Urteil vom 29.08.2022, 33 U 4846/21) mit Anmerkung Wicke	172	175	



Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 2 | 2023

15. Bestellung eines Notgeschäftsführers für eine
führungslose Gesellschaft durch Registergericht
als „ultima ratio“
(OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27.04.2022,
1 W 71/21 (Wx)) 178
mit Anmerkung **Linke** 181

16. Keine Befugnis des Gesellschafters zur Einreichung
einer Gesellschafterliste zum Handelsregister selbst
bei hierzu verpflichtender einstweiliger Verfügung
(KG, Beschluss vom 29.11.2021,
22 W 58/21 – Ls.) 184

Internationales Privatrecht

17. Anwendbares Unterhaltsrecht bei Aufenthalts-
wechseln – „Expatriates“
(BGH, Beschluss vom 11.05.2022, XII ZB 543/20) 184
mit Anmerkung **Stocker** 188

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

18. Nachweis der Identität des eingetragenen Eigen-
tümers mit dem bewilligenden Rechtsträger
gegenüber dem Grundbuchamt durch Insolvenz-
verwalterbestellung
(OLG Brandenburg, Beschluss vom 09.06.2022,
5 W 25/22) 189

Beurkundungs- und Notarrecht

19. Zulässigkeit der Verwaltungspraxis der Bestellung
von vorwiegend Notaren, Notarassessoren und
Notaren a. D. zu nicht ständigen Notarvertretern im
hauptberuflichen Notariat
(BGH, Beschluss vom 11.07.2022,
NotZ(Brfg) 11/21) 190

Öffentliches Recht

20. Gemeindliche Bauplatzvergabe
(VGH Mannheim, Beschluss vom 19.07.2022,
1 S 1121/22 – Ls.) 191

Steuerrecht

21. Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer
bei Grundstückskauf von erschließungspflichtiger
Gemeinde
(BFH, Urteil vom 28.09.2022, II R 32/20 – Ls.) 192

22. AfA-Bemessungsgrundlage bei Austausch der mit
einem Vorbehaltsnießbrauch belasteten Immobilie
(BFH, Urteil vom 24.05.2022, IX R 1/21) 192

23. Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer bei
Grundstückskauf von einem erschließungspflich-
tigem, privaten Erschließungsträger
(BFH, Urteil vom 23.02.2022, II R 9/21 – Ls.) 196

SONSTIGES 197

Für den eiligen Praktiker 197

Tagungsbericht 198

Kochendörfer: Reform des Vormundschafts-
und Betreuungsrechts

Veranstaltungshinweise 202

Neuerscheinungen 207

STANDESNACHRICHTEN 208

Gesellschaftsrechtliche Ankaufsrechte in der Kautelarpraxis – Teil 2: Spezifika, Formulierungsvorschlag und Preislimitierung

Von Notarassessor Dr. **Jonas Bühler**, Memmingen/Würzburg, und Notar und Priv.-Doz. Dr. **Patrick Meier**, Bischofsheim i. d. Rhön/Würzburg



Im ersten Teil des Beitrags wurden Grundlagen zu gesellschaftsrechtlichen Ankaufsrechten sowie generelle Probleme von Vinkulierungen im engeren Sinne dargestellt. Im zweiten Teil werden nun zunächst die Vor- und Nachteile von (preislimitierten) Ankaufsrechten im Vergleich zu Vinkulierungen im engeren Sinne untersucht (dazu III.) und im Anschluss ein ausführlicher Formulierungsvorschlag erarbeitet (dazu IV.). Zuletzt wird die Beschränkung des Ankaufspreises erörtert (dazu V.). Wiederum wird im Ausgangspunkt das GmbH-Recht als Gegenstand betrachtet; auf Besonderheiten bei Personengesellschaften wird jeweils hingewiesen.

III. Vor- und Nachteile eines (preislimitierten) Ankaufsrechts im Vergleich zu Zustimmungsvorbehalten

Wird ein Zustimmungsvorbehalt mit einem Ankaufsrecht kombiniert, bietet dies in mehrfacher Hinsicht Vorteile,¹ obgleich auch dieses Instrument nicht alle der im ersten Teil des Beitrags aufgezeigten Probleme zu beseitigen vermag.

1. Inhalt und Folgen

Die Mitgeschafter können durch eine Gestaltung, in der die Veräußerung der Zustimmung bedarf und zugleich ein Ankaufsrecht besteht, einerseits zuverlässig das Eindringen fremder Dritter, die Anteile erwerben wollen, verhindern. Ferner haben sie andererseits – im Gegensatz zur bloßen (zulässigen) Versagung der Zustimmung zu einer Abtretung – die Möglichkeit, ihre eigene Beteiligung zu vergrößern und dennoch den trennungswilligen Geschafter aus der Gesellschaft zu entlassen. Ein Ankaufsrecht erfüllt daher sowohl eine *Verschaffungs-* als auch eine *Abwehrfunktion*. Nicht zu unterschätzen ist, dass das Ankaufsrecht (bei entsprechender Satzungsgestaltung) für den *Erhalt der Mehrheitsverhältnisse* unter den verbleibenden Gesell-

schaftern sorgt, indem diese in dem Umfang erwerben können, in dem sie bisher schon beteiligt sind. Ebenso ist es möglich, die Ankaufsrechte nach Gruppen zuzuteilen, so dass zum Beispiel bei Familiengesellschaften die Ankaufsrechte (zunächst) nur den Mitgliedern des eigenen Stamms zustehen.

Ankaufsrechte setzen zudem im Vergleich mit einem Vorkaufs- oder Vorerwerbsrecht zeitlich früher an. Denn die Andienungspflicht wird bereits durch das Vorliegen der Veräußerungsabsicht oder eines anderen, im Vorfeld definierten Umstands und nicht erst – wie beim Vorkaufsrecht (vgl. § 463 BGB) – durch den Vertragsschluss mit dem Dritten ausgelöst.²

Eine noch stärkere Privilegierung für die verbleibenden Geschafter bietet ein *preislimitiertes* Ankaufsrecht. Bei diesem orientiert sich der Ankaufspreis weder notwendigerweise daran, welche Summe ein Dritter zu zahlen bereit ist, noch ist der Verkehrswert der Anteile maßgeblich. Vielmehr wird – meist mittels Bewertungsmethoden (etwa der Buchwertmethode oder einem prozentualen Abschlag auf den Verkehrswert) – ein unterhalb des Verkehrswerts liegender Ankaufspreis statuiert.³ Je nach (zulässig vereinbarter) Höhe des Ankaufspreises werden die Geschafter zumindest tendenziell von Veräußerungen abgehalten, da sie damit rechnen müssen, nicht den vollen Verkehrswert als Gegenwert erhalten. Zudem können sich die Mitgeschafter den Ankauf der Geschäftsanteile des übertragungswilligen Geschafter eher leisten und somit das Eindringen Dritter leichter verhindern bzw. ihre Beteiligung leichter erhöhen. Zuletzt kann eine taktische Vertragsgestaltung mit einem Dritten verhindert werden, da der An-

¹ Vgl. zu den Zwecken bzw. Vorteilen eines (preislimitierten) Ankaufsrechts ausführlich *Bühler*, Preislimitierte Ankaufsrechte, 2021, S. 59, 66 f.; *ders.*, GmbHR 2021, 290, 292 Rdnr. 7.

² Zur Abgrenzung der Erwerbsrechte vgl. *Bühler*, Preislimitierte Ankaufsrechte, S. 51-59. Ein Vorerwerbsrecht wird ebenfalls erst durch den Vertragsschluss mit einem Dritten entsprechend § 463 BGB ausgelöst, greift aber nicht nur bei einem Kaufvertrag, sondern bei jedem der Übertragung von Anteilen zugrunde liegendem Kausalgeschäft (insb. auch der Schenkung) ein.

³ *Bühler*, GmbHR 2021, 290, 292 Rdnr. 7. Zu schenkungsteuerlichen Aspekten des rechtsgeschäftlichen Erwerbs (§ 7 Abs. 7 ErbStG) vgl. *Loose*, MittBayNot 2021, 423.

kaufpreis losgelöst von dem Preis ausgestaltet wird, den ein anderer (scheinbar) zu zahlen bereit ist.

Jedoch muss – im Gegensatz zur alleinigen, zulässig verweigerten Zustimmung – bei der Ausübung des Ankaufsrechts „Geld in die Hand genommen“ werden, um die Abtretung an einen Dritten zu verhindern. Dies kann vor allem dann Schwierigkeiten bereiten, wenn der Geschäftsanteil einen hohen Verkehrswert aufweist und der Ankaufspreis nicht erheblich unterhalb dieses Werts liegt. Sofern die Zustimmung zur Abtretung an einen Dritten bei fehlender Ausübung des Ankaufsrechts als erteilt gilt oder erteilt werden muss,⁴ kann in der Konsequenz in einer derartigen Konstellation die Abwehrfunktion erheblich eingeschränkt sein. Jedoch ist es möglich, das Ankaufsrecht so auszugestalten, dass es zusätzlich für den Fall, dass die Mitgesellschafter ihr Ankaufsrecht nicht ausüben, der Gesellschaft oder einem von der Gesellschaft benannten Dritten zusteht. Erst wenn auch dieses weitere Ankaufsrecht nicht ausgeübt werden sollte, muss dann die Zustimmung zur Abtretung an einen Dritten erteilt werden.⁵ Damit können finanzielle Engpässe der Gesellschafter abgefedert und die Abwehrfunktion des Ankaufsrechts gleichwohl gestärkt werden. Es ist daher regelmäßig nicht erforderlich, eine Befugnis zur Verweigerung der Zustimmung trotz Nichtausübung des Ankaufsrechts vorzusehen, da dies nicht unerhebliche praktische Risiken birgt.⁶

Sofern Verfügungen zugunsten einzelner Personen oder Personengruppen stets möglich sein sollen, kann insofern eine entsprechende Ausnahme vom Ankaufsrecht vorgesehen werden, die neben die Befreiung vom Zustimmungserfordernis tritt.⁷ Folge dessen können zwar Verschiebungen der prozentualen Beteiligungsverhältnisse sein; dies kann jedoch zum Beispiel bei Familiengesellschaften dem Wunsch der Beteiligten gerade entsprechen.⁸

2. Verhinderung von Austrittsrechten

Wie bereits dargestellt, kann die Vinkulierung der Anteile zum Entstehen von (außerordentlichen) Austrittsrechten der GmbH-Gesellschafter führen, was nicht zuletzt aufgrund der dann geschuldeten hohen Abfindung seitens der Gesellschaft gemäß § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB (analog) unbedingt vermieden werden sollte.⁹

Ein Austrittsrecht kann hingegen nur noch selten entstehen, wenn anstelle eines bloßen Zustimmungsvorbehalts

ein Ankaufsrecht in der Satzung statuiert wird (und bei dessen Nichtausübung die Zustimmung zur Anteilsabtretung erteilt werden muss). Der Gesellschafter hat bei einer solchen Gestaltung nämlich immer die Möglichkeit, seine Anteile zu veräußern. Eine Unverkäuflichkeit kann sich mithin nur noch aus praktischen Umständen ergeben, was allerdings im Vorfeld gestalterisch nicht lösbar ist. Dies wäre nur zu beseitigen, wenn die Gesellschaft eine Ankaufsverpflichtung treffen würde, was aber typischerweise nicht gewollt sein wird. Selbst bei einer starken Beschränkung des Ankaufspreises ist folglich richtigerweise¹⁰ kein spezifisches außerordentliches Austrittsrecht des GmbH-Gesellschafters gegeben, obwohl dies bislang nicht höchstrichterlich abgesichert ist. Wird der Ankaufspreis nur maßvoll beschränkt (dazu unten V.) ist eine etwaige Gefahr noch weiter reduziert, sodass die Gestaltung als weitgehend sicher gelten kann und damit einen weiteren Vorteil des Ankaufsrechts darstellt.

3. Bestehende Probleme

Zu beachten ist aber, dass auch ein Ankaufsrecht nicht sämtliche Problemlagen beseitigen kann. Wird dieses preislimitiert ausgestaltet, geht die Veräußerung in jedem Fall mit Verlusten für den bisherigen Gesellschafter einher. Es besteht die Gefahr, dass er sich aus rein monetären Gründen unkooperativ verhalten wird, um die Gesellschafter zu veranlassen, ihm einen höheren Preis anzubieten und hierdurch die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft wieder herzustellen. Das Ankaufsrecht ist mithin nicht geeignet, zwischenmenschliche Schwierigkeiten unter den Gesellschaftern aufzulösen.

Darüber hinaus ist zu bedenken, dass bei preislimitierten Ankaufsrechten der Schutz der Gesellschaft und der verbleibenden Gesellschafter stets durch die Benachteiligung des Ausscheidenden erkaufte wird. Da die Gesellschaft auf Dauer angelegt ist, lässt sich im Vorfeld nicht genau sagen, wen die Regelung begünstigen oder benachteiligen wird. Somit sind die Beteiligten über das Risiko des eigenen Verlusts aufzuklären, um spätere Streitigkeiten möglichst zu vermeiden. Gerade wenn der Wunsch nach dem Verlassen der Gesellschaft auf bedeutsamen Gründen beruht, die möglicherweise sogar in der Person eines oder mehrerer Mitgesellschafter begründet sind, wird der Veräußerer den ihn treffenden Verlust als ungerecht empfinden, sodass Streitigkeiten trotz einer solchen vertraglichen Regelung wahrscheinlich sind.¹¹ Im Zuge einer guten Beratung ist daher der Notar gehalten, auf dieses Risiko bei der Gestaltung der Satzung hinzuweisen und den Beteiligten diese Möglichkeit klar vor Augen zu führen. Hierdurch kann zumindest die Hoffnung auf Akzeptanz bei einem späteren Eingreifen der Regelung erhöht werden. Zuletzt stellt eine Beschränkung des Ankaufsprei-

4 Dazu Bühler/Meier, MittBayNot 2023, 2, 4.

5 Vgl. etwa Beck'sches Notar-Handbuch/Mayer/Weiler, 7. Aufl. 2019, § 22 Rdnr. 759 (§ 6 Ziff. 2 Satz 2); Reichert/Schumacher, Der GmbH-Vertrag, 4. Aufl. 2014, S. 129 f.

6 Vgl. Bühler/Meier, MittBayNot 2023, 2, 4.

7 So etwa Vgl. Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht/Haasen, 1. Aufl. 2010, C. I. 2. unter § 9 Abs. 4; Würzburger Notarhandbuch/Wilke, 6. Aufl. 2022, Teil 5 Kap. 3 Rdnr. 1; vgl. dazu auch unter IV (Ziff. 10 des Formulierungsvorschlags).

8 Zur Anteilsvinkulierung in Familiengesellschaften ausführlich Binz/Mayer, NZG 2012, 201.

9 Vgl. Bühler/Meier, MittBayNot 2023, 2, 6 ff.

10 Vgl. ausführlich Bühler, Preislimitierte Ankaufsrechte, S. 120-124.

11 Eine Ausnahme der Preislimitierung für den Fall des „Ausscheidens aufgrund bedeutsamer Gründe“ vorzusehen, würde jedoch wiederum Konfliktpotenzial schaffen und bietet sich daher grundsätzlich nicht an.

ses aber auch eine Chance für jeden Gesellschafter dar, weil er mitunter damit die Chance erhält, seine Beteiligung an der Gesellschaft günstig zu erhöhen. Die Gestaltung hat damit einen Risiko- und einen Spekulationscharakter und stellt insoweit ein aleatorisches Rechtsgeschäft dar.

4. Fazit für die Kautelarpraxis

Je umfassender der Schutz vor einem Eindringen Dritter in die Gesellschaft sein soll, desto mehr muss der Gesellschafter in der freien Verfügung über seine Geschäftsanteile beschränkt werden.¹² Dabei besteht jedoch einerseits die Gefahr, dass Gerichte ein außerordentliches Austrittsrecht aus der Gesellschaft anerkennen, was eine erhebliche Gefahr für den Bestand der Gesellschaft bedeuten kann. Andererseits droht der betroffene Gesellschafter zu einem sog. „lästigen Gesellschafter“ zu werden, der die Gesellschafterrechte so exzessiv ausübt, dass die Mitgesellschafter ihm einen wirtschaftlich akzeptablen Ausstieg ermöglichen, um (weiteren) Schaden von der Gesellschaft abzuwenden.¹³ Darüber hinaus führt diese Regelung stets dazu, dass einer der Gesellschafter bei seinem Ausscheiden benachteiligt wird, um die Interessen der Gesellschaft und der verbleibenden Gesellschafter zu fördern. Derartige Begrenzungen stellen sich mithin stets als der Versuch eines Ausgleichs zwischen den widerstreitenden Zielen dar, weshalb die konkrete Gestaltung immer von den beteiligten Gesellschaftern abhängig gemacht werden muss und eine Einzelfallfrage darstellt.

Ein preislimitiertes Ankaufsrecht kann insofern – je nach dem Zuschnitt der Gesellschaft und den Zielen der Beteiligten – ein gutes Mittel sein, um Abwehr- und Verschaffungsfunktion zu entfalten, zugleich aber den betroffenen Gesellschafter nicht allzu sehr einzuengen. Kombiniert werden kann es – insbesondere bei einer stärkeren Limitierung des Ankaufspreises – mit einem ordentlichen Austrittsrecht.¹⁴ Lässt die Satzung ein solches zu,¹⁵ kann die Abfindungshöhe wesentlich stärker beschränkt werden als beim außerordentlichen Austritt.¹⁶ Zudem können die Frist und das Verfahren samt Auszahlungsmodalitäten so geregelt werden, dass das ordentliche Austrittsrecht für den veräußerungswilligen Gesellschafter eine zumutbare Alternative zu einem freien Verkauf der Geschäftsanteile darstellt, für die Gesellschaft aber dennoch in den Konsequenzen tragbar bleibt.

Gleichwohl ist das Ankaufsrecht nicht frei von Nachteilen. Es kann insbesondere die Gefahr, die von unkooperativen Gesellschaftern ausgeht, nicht bannen und droht daher leerzulaufen, wenn ein Gesellschafter versucht, einen bes-

seren Preis durch sein Verhalten zu erzwingen. Darüber hinaus kann es nicht verhindern, dass der Vorteil der Gesellschaft und der verbleibenden Gesellschafter durch den Nachteil des ausscheidenden Gesellschafter erkauft wird.

Die vorgenannten Ausführungen beziehen sich im Ausgangspunkt auf das GmbH-Recht. Sie können jedoch grundsätzlich entsprechend für die Gestaltung von Gesellschaftsverträgen von Personengesellschaften herangezogen werden. Bei diesen sind die Anteile zwar für sich genommen kraft Gesetzes „vinkuliert“, da diese nicht ohne Zustimmung der anderen Gesellschafter abgetreten werden können. Jedoch kann der Gesellschaftsvertrag das Zustimmungserfordernis abbedingen (antizipierte Zustimmung), einen Anspruch auf Erteilung der Zustimmung in gewissen Fällen und auch Erwerbsvorrechte vorsehen, so dass letztlich ähnliche Überlegungen und Gestaltungen möglich sind.¹⁷ Bei einer GmbH & Co. KG ist darüber hinaus auf die Harmonisierung¹⁸ der vertraglichen Regelungen in der Kommanditgesellschaft und der Komplementär-GmbH zu achten.¹⁹ Zudem muss bedacht werden, dass dem Gesellschafter einer Personengesellschaft schon nach der gesetzlichen Konzeption – anders als bei der GmbH – ein ordentliches Austritts-/Kündigungsrecht zusteht. Zwar kann dessen Frist verlängert, nach aktueller Rechtslage aber nicht vollständig ausgeschlossen werden.²⁰

IV. Formulierungsvorschlag

Der nachfolgende Formulierungsvorschlag für ein Ankaufsrecht (der Mitgesellschafter) im Rahmen einer GmbH-Satzung deckt – auf Basis einer Zusammenführung und Ergänzung der in der Literatur häufig vorgeschlagenen Mustertexte – die aufgeführten relevanten (dogmatischen) Aspekte ab.²¹ Er ist auf eine kleinere bis mittelgroße, personalistisch

12 Reichert/Schumacher, Der GmbH-Vertrag, S. 133.

13 Vgl. hierzu Binz/Mayer, NZG 2012, 201, 201 f.

14 Vgl. Binz/Mayer, NZG 2012, 201, 209.

15 Richtigerweise gibt es kein ungeschriebenes ordentliches Austrittsrecht, dazu ausführlich Bühler, Preislimitierte Ankaufsrechte, S. 117-120; vgl. auch Beck'sches Notar-Handbuch/Mayer/Weiler, § 22 Rdnr. 151.

16 Vgl. Bühler, Preislimitierte Ankaufsrechte, S. 265 mit Fn. 976, S. 451 f. m. N.; ders., DNotZ 2021, 725, 740.

17 Vgl. dazu auch Reichert/Reichert/Ullrich, GmbH & Co. KG, 8. Aufl. 2021, § 29 Rdnr. 22, 29 und 38 ff. (zu Erwerbsrechten).

18 Soweit es sich nicht um eine Einheits-GmbH & Co. KG handelt. Dazu von Bonin, RNotZ 2017, 1 ff.

19 Dazu Reichert/Reichert/Ullrich, GmbH & Co. KG, § 29 Rdnr. 47-50.

20 Dies folgt aus § 723 Abs. 3 BGB (zu möglichen Kündigungsbeschränkungen vgl. MünchKomm-BGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 723 Rdnr. 71-73). Nach dem aufgrund des MoPeG (BGBl. 2021 I, S. 3436) neu entstehenden § 725 Abs. 6 BGB n. F. soll aber nur noch die außerordentliche Kündigung von dieser Norm geschützt werden. Das ordentliche Kündigungsrecht beschränkende Vereinbarungen müssen sich künftig lediglich an §§ 138, 242 BGB messen lassen (BT-Drucks. 19/27635, S. 173 f.). Dies dürfte Rechtsunsicherheit bezüglich der künftigen Grenzen solcher Vereinbarungen mit sich bringen.

21 Vgl. mit umfassenden Nachweisen zu dem Formulierungsvorschlag Bühler, Preislimitierte Ankaufsrechte, S. 128-132. Dort finden sich jeweils auch umfangreiche Nachweise zu den Quellen, aus denen die entsprechenden Passagen entnommen bzw. an welche diese angelehnt sind. Aus Gründen der besseren Leserlichkeit wird insofern vollumfänglich auf die Nachweise in der Dissertation verwiesen. Im Vergleich zu der dort formulierten Klausel wurden hier Änderungen und Erweiterungen vorgenommen.

geprägte GmbH zugeschnitten. Für Personengesellschaften kann das Muster ebenfalls weitestgehend verwandt werden, wobei Anpassungen aufgrund der dort grundsätzlich bestehenden Vinkulierung der Anteile erforderlich sind und der Grundsatz der Einheitlichkeit der Beteiligung²² zu beachten ist.

Vorliegend wird ein Erwerb entsprechend der Beteiligung der ankaufsberechtigten Gesellschafter vorgeschlagen; möglich ist zur Erreichung eines wirtschaftlich vergleichbaren Ergebnisses alternativ eine Abtretung als gemeinschaftlicher Anteil an die ankaufsberechtigten Gesellschafter.²³ Ausgeklammert werden Aspekte der mittelbaren Veränderung des Gesellschafterkreises.²⁴

§ x (Zustimmungsvorbehalt und Ankaufsrecht)

1. Die Abtretung eines Geschäftsanteils oder eines Teils desselben bedarf zu ihrer Wirksamkeit der schriftlichen Zustimmung jedes einzelnen Gesellschafters²⁵ [Alternative: der Gesellschaft, die diese nur nach einem einstimmigen Beschluss der Gesellschafter erteilen darf].²⁶ Dasselbe gilt für (...).²⁷
2. Beabsichtigt ein Gesellschafter die Übertragung eines oder mehrerer Geschäftsanteile, so hat er die übrigen Gesellschafter [Alternative: unter Benennung des/der Erwerbsinteressenten²⁸] hierüber schriftlich mittels

22 Dazu etwa Beck'sches Notar-Handbuch/*Hermanns*, § 20 Rdnr. 55 ff.

23 So etwa Langenfeld/*Miras*, GmbH-Vertragspraxis, 8. Aufl. 2019, Kap. 2, § 13 Rdnr. 453 (Muster M 40).

24 Zu einer change-of-control-Klausel etwa Beck'sches Notar-Handbuch/*Mayer/Weiler*, § 22 Rdnr. 759 (§ 6 Ziffer 3).

25 Die – häufig anzutreffende – Formulierung der „Zustimmung der Gesellschafter“ ist nicht eindeutig und sollte unbedingt vermieden werden, vgl. Würzburger Notarhandbuch/*Wilke*, Teil 5 Kap. 3 Rdnr. 70.

26 Eine Zustimmung durch die Gesellschaft hat den Vorteil, dass im Vollzug nur eine Zustimmung nötig ist, die unmittelbar durch den Geschäftsführer, ggf. in der Urkunde erklärt werden kann.

27 Insofern sollten Aspekte wie Verpfändung, Nießbrauchsbestellung, Einräumung einer Unterbeteiligung, Implikationen hinsichtlich des Umwandlungsrechts (§ 13 Abs. 2 UmwG) usw. ebenfalls geregelt werden. Dies wird hier nicht ausformuliert, da der Fokus auf die Formulierung des Ankaufsrechts gelegt wird. Hinsichtlich der Formulierung des Zustimmungsvorbehalts sei insofern auf den sehr guten Vorschlag von Beck'sches Notar-Handbuch/*Mayer/Weiler*, § 22 Rdnr. 759 (§ 6 Ziff. 1) verwiesen.

28 Der Unterschied besteht darin, dass im ersteren Fall der veräußerungswillige Gesellschafter lediglich seine Verkaufsbereitschaft anzeigen muss, um die Frist in Gang zu setzen, im letzteren Fall muss er auch bereits einen konkreten Erwerbsinteressenten benennen. Der Anspruch auf Zustimmung besteht dann nur für den Verkauf an diesen Erwerber. Die erste Variante erweist sich für den verkaufswilligen Gesellschafter als günstiger, die zweite stellt die Interessen der verbleibenden Gesellschafter in den Vordergrund. Bei der zweiten Alternative wird das Ankaufsrecht zeitlich etwas nach hinten verlagert, da es für den „Grundfall“ der Andienungspflicht lediglich der Abtretungswilligkeit des Gesellschafters bedarf und ein Erwerbsinteressent noch nicht vorhanden sein muss.

eingeschriebenen Briefes zu informieren (Andienungserklärung).

Mit dem Zugang der Andienungserklärung wird eine Pflicht des andienenden Gesellschafters zur Übertragung des angedienten Geschäftsanteils bzw. der angedienten Geschäftsanteile begründet, welche aufschiebend bedingt auf die Ausübung des Ankaufsrechts nach Ziff. 4 ist.

3. Alle übrigen Gesellschafter haben sodann das Recht zum Erwerb des/der angedienten Geschäftsanteils/ Geschäftsanteile im Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligungen zueinander²⁹ (Ankaufsrecht). Ist der benannte Erwerbsinteressent ein Gesellschafter, so gilt er für den Fall der Ausübung des Ankaufsrechts durch einen anderen Gesellschafter seinerseits als Ankaufsberechtigter, der sein Ankaufsrecht ausgeübt hat. Übt ein Gesellschafter sein Ankaufsrecht nicht aus, so wächst dessen Ankaufsrecht insoweit den übrigen ankaufsberechtigten Gesellschaftern entsprechend ihrer bisherigen Beteiligung an der Gesellschaft an. Im Falle des bereits ausgeübten Ankaufsrechts eines ankaufsberechtigten Gesellschafters gilt dieses auch für die durch Nichtausübung des Ankaufsrechts nach Satz 3 frei gewordenen (Teil-)Geschäftsanteile als ausgeübt.³⁰
4. Die Gesellschafter können ihr Ankaufsrecht innerhalb einer Frist von 14 – *vierzehn* – Tagen nach Zugang der Erklärung nach Ziff. 2 gegenüber dem andienenden Gesellschafter schriftlich ausüben, wobei der Zugang beim andienenden Gesellschafter maßgeblich ist.
5. Soweit jedenfalls ein Gesellschafter vom Ankaufsrecht Gebrauch macht, hat der andienende Gesellschafter den betreffenden Geschäftsanteil bzw. die betreffenden Geschäftsanteile an den/die ausübenden Gesellschafter abzutreten. Soweit erforderlich, sind Geschäftsanteile zu teilen; Spitzen stehen dem Gesellschafter zu, welcher das Ankaufsrecht zum frühesten Zeitpunkt ausübte. Für die Übertragung und Teilung auf Basis des ausgeübten Ankaufsrechts ist keine Zustimmung im Sinne der Ziff. 1 erforderlich. Die Kosten der Übertragung fallen den ankaufenden Gesellschaftern zur Last.
6. Als Gegenleistung für die Übertragung eines Geschäftsanteils ist ein Ankaufspreis zu zahlen, dessen

29 Vgl. Würzburger Notarhandbuch/*Wilke*, Teil 5 Kap. 3 Rdnr. 1 (§ 5 Ziff. 1).

30 Dieser Mechanismus führt dazu, dass stets der gesamte Geschäftsanteil des veräußerungsbereiten Gesellschafters durch die ankaufswilligen Gesellschafter erworben werden muss. Eine solche Gestaltung kann allerdings bei größeren Gesellschaften zu einer erheblichen Belastung führen, vgl. dazu *Bacher/v. Blumenthal*, GmbHHR 2007, 1016, 1019 f. Diese Gestaltung hat allerdings den Vorteil einer Vereinfachung für sich und verhindert erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten. Denkbar ist es aber auch, den Berechtigten ein Recht zum Teilerwerb einzuräumen, wobei allerdings zu bedenken ist, dass dies wiederum die Interessen des veräußerungswilligen Gesellschafters einschränkt, der mitunter den Restanteil nicht oder nur schlechter veräußern kann.

Höhe (...) beträgt.³¹ Ein Gesellschafter, der nur einen Teil der Beteiligung erwirbt, schuldet nur den darauf entfallenden Teil des Ankaufspreises. Der maßgebliche Zeitpunkt für die Berechnung des Anteilswerts ist derjenige des frühesten Zugangs einer Andienungs-erklärung bei einem der Gesellschafter.

7. Die Bezahlung erfolgt Zug um Zug gegen die Abtretung. (Ggf. zusätzlich: Ein ankaufender Gesellschafter hat jedoch das Recht, den Ankaufspreis in Raten zu zahlen, sofern er dieses Wahlrecht bei der Erklärung des Ankaufs im Sinne der Ziff. 4 ausübt. In diesen Fällen erfolgt die Bezahlung in (...) gleichen Jahresraten, wobei die erste Rate Zug um Zug gegen Abtretung fällig ist. Die nächste Rate ist am Ersten des Monats fällig, der mindestens ein Jahr nach dem Tag der Beurkundung liegt, die weiteren Raten jeweils wiederum ein weiteres Jahr danach. Als Verzinsung sind (...) % p. a. geschuldet. Der ankaufende Gesellschafter muss sich auf Verlangen des andienenden Gesellschafters hinsichtlich der Kaufpreiszahlung der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwerfen. Er ist jederzeit berechtigt, noch nicht gezahlte Kaufpreisteile ganz oder teilweise vorzeitig zu bezahlen.)³²
8. Soweit das Ankaufsrecht nicht oder nicht rechtzeitig ausgeübt wird, kann der ausscheidende Gesellschafter den/die Anteil/e innerhalb von drei Monaten nach Ablauf der Frist der Ziff. 4 ganz oder teilweise [Alt.: an den/einen Erwerbsinteressenten³³] abtreten. Die Zustimmung nach Ziff. 1 gilt³⁴ in diesem Fall als erteilt.³⁵

31 Zur schwierigen Bemessung der Höhe des Ankaufspreises vgl. unter V. Sofern ein prozentualer Abschlag auf den Verkehrswert (z. B. 30 %) statuiert wird, sollte auch das Verfahren zur Bestimmung dieses Werts geregelt und aufgenommen werden, dass ein Schiedsgutachter bei Streit über die Höhe entscheidet. Falls dieses Verfahren schon – wie üblich – in der Abfindungsklausel geregelt ist, kann insofern auf dieses verwiesen werden.

32 Dies dient der Vermeidung einer Vorleistung, wie sie bei einer Ratenzahlung gegen sofortige Abtretung bestünde, und berücksichtigt zugleich, dass die ankaufenden Gesellschafter ggf. nicht den gesamten Betrag gegen Abtretung sofort begleichen können (Stärkung der Verschaffungsfunktion des Ankaufsrechts). Wird diese Regelung aufgenommen, ist umso mehr zu empfehlen, eine Beurkundung nicht nur des dinglichen Abtretungsvertrags, sondern auch des Kaufgeschäfts vorzunehmen (dazu ausführlich Bühler/Meier, MittBayNot 2023, 2, 4 ff.).

33 Insofern davon abhängig, welche Variante in Ziff. 2 gewählt wird.

34 Alternativ kann eine Zustimmungspflicht aufgenommen werden, sofern kein wichtiger Grund in der Person des Erwerbers besteht. Hierzu Bühler/Meier, MittBayNot 2023, 2, 7.

35 Ziff. 8 ist anders zu formulieren, wenn ein weiteres Ankaufsrecht der Gesellschaft bzw. eines von ihr bestimmten Dritten statuiert werden soll. Die Zustimmungspflicht besteht dann erst, wenn auch dieses nicht ausgeübt wird; vgl. die Muster bei Heckschen/Heidinger/Heckschen/Stelmaszczyk, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 5. Aufl. 2023, Kap. 4 Rdnr. 545; Beck'sches Notar-Handbuch/Mayer/Weiler, § 22 Rdnr. 759 (§ 6 Ziffer 2 Satz 2); Reichert/Schumacher, Der GmbH-Vertrag, S. 129 f. (Var. 2, Abs. 1 lit. c).

9. Sämtliche Erklärungen sind an die letzte der Gesellschaft jeweils bekannt gegebene Adresse zu richten. Ist das Schreiben dort nicht zustellbar, beginnt die Frist der Ziff. 2 am dritten Tag nach der Aufgabe zur Post zu laufen.

10. (Ggf.: Den Gesellschaftern steht im Verhältnis ihrer Beteiligung am Stammkapital ein Vorkaufsrecht im Sinne der §§ 463 ff. BGB zu, falls der Kaufpreis, der mit dem Erwerber im Sinne der Ziff. 8 vereinbart wird, niedriger ist als der Ankaufspreis nach Ziff. 7 Satz 1. Für dieses Vorkaufsrecht gelten die gesetzlichen Bestimmungen.)³⁶

11. (Ggf.: Sämtliche Verfügungsbeschränkungen nach den vorstehenden Absätzen gelten nicht für Verfügungen zugunsten von anderen Gesellschaftern sowie Ehegatten oder Abkömmlingen von Gesellschaftern.)³⁷

V. Die Höhe des Ankaufspreises

Nicht zu unterschätzende praktische Fragen bestehen in Bezug auf etwaig gewünschte Reduktionen des Ankaufspreises im Vergleich zum Verkehrswert der Anteile. Werden keine Regelungen zum Ankaufspreis in der Satzung statuiert, so ist entweder der volle Verkehrswert der Anteile als Gegenleistung zu zahlen³⁸ oder – nach noch weitergehender Meinung – der abtretungswillige Gesellschafter darf sogar zu einem beliebigen Preis andienen,³⁹ sodass eine Regelung zur geschuldeten Gegenleistung unerlässlich ist.

Für die Mitgesellschafter wird es nicht selten schwierig sein, den vollen Verkehrswert aufzubringen. Ist ihnen dies nicht möglich, gehen die Abwehr- und Verschaffungsfunktion des Ankaufsrechts ins Leere. Infolgedessen ist es nicht selten gewünscht, den Ankaufspreis in der Satzung zu beschränken (preislimitiertes Ankaufsrecht). Inwieweit dies zulässig ist und ob im Falle des Entstehens eines Missverhältnisses im Laufe der Zeit eine richterliche Korrektur des Ankaufspreises erfolgen darf, ist auf Basis der Rechtspre-

36 Ob dieses weitere Vorkaufsrecht aufgenommen wird, sollte gut überlegt sein. Der verkaufswillige Gesellschafter wird noch stärker eingeschränkt, die Anteile werden noch schwerer verkäuflich und die ohnehin starke Position der ankaufsberechtigten Gesellschafter wird nochmals verstärkt. Allerdings wird damit die Konstellation abgesichert, dass im Anschluss an ein (wegen eines hohen Ankaufspreises erfolgloses) Andienungsverfahren ein Verkauf der Anteile zu einem niedrigen Kaufpreis erfolgt. Denn der Ankaufspreis ist grundsätzlich unabhängig von dem Preis, den ein Erwerbsinteressent zu zahlen bereit ist. Auch dies zeigt die Relevanz der Bemessung des Ankaufspreises.

37 Vgl. Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht/Haasen, C. I. 2. unter § 9 Abs. 4. Dazu auch Bühler/Meier, MittBayNot 2023, 2, 7 f.; insbesondere die Verschiebung der Mehrheitsverhältnisse sollte bedacht werden, wenn diese Klausel aufgenommen wird.

38 So etwa Habersack/Casper/Löbbecke/Löbbecke, GmbHG, 3. Aufl. 2021, § 15 Rdnr. 284 a. E.

39 So etwa Binz/Mayer, NZG 2012, 201, 210; wohl auch Heckschen/Heidinger/Heckschen/Stelmaszczyk, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, Kap. 4 Rdnr. 543.

chung des BGH unklar (dazu 1.), was sich auch auf die kautelarjuristische Gestaltung (dazu 2.) auswirkt.

1. Meinungstand zur Beschränkbarkeit des Ankaufspreises

a) Position der herrschenden Auffassung

Nach Auffassung des BGH darf der Ankaufspreis nicht beliebig beschränkt werden. Vielmehr müsse eine anfängliche und nachträgliche Kontrolle erfolgen, die sich an den Maßstäben zur Wirksamkeit von abfindungsbeschränkenden Klauseln in Gesellschaftsverträgen zu orientieren habe.

aa) Anfängliche Kontrolle

Der BGH führt anhand des § 138 Abs. 1 BGB eine anfängliche Kontrolle zum Zeitpunkt des Abschlusses des Gesellschaftsvertrags durch. Besteht bereits zu diesem Zeitpunkt ein grobes Missverhältnis zwischen dem Ankaufspreis und dem Verkehrswert der Gesellschaftsanteile, drohe „dem Gesellschafter bei der Veräußerung der Anteile ein finanzieller Verlust, der allgemein geeignet ist, seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit in einem Maße ganz oder teilweise zu beseitigen, das zur Erreichung der vertraglich gesteckten Ziele von der Rechtsordnung nicht mehr hingenommen werden kann“, weshalb die Preislimitierung nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sei.⁴⁰

bb) Nachträgliche Kontrolle

Ergibt sich erst im Laufe der Zeit ein grobes Missverhältnis zwischen Ankaufspreis und Verkehrswert, so sei eine nachträgliche Kontrolle des Ankaufspreises mittels der ergänzenden Vertragsauslegung durchzuführen. Der BGH überträgt insofern den von ihm zu Abfindungsklauseln vertretenen – stark umstrittenen⁴¹ – Ansatz. Es könne auch bei Ankaufsrechten notwendig sein, „die eingetretene Diskrepanz durch einen Interessenausgleich zu bereinigen, der den geänderten Verhältnissen Rechnung trägt und verhindert, dass der veräußerungswillige Gesellschafter unangemessen benachteiligt wird und den übrigen Gesellschaftern die Möglichkeit genommen wird, die Gesellschaftsziele weiterzuverfolgen“.⁴² Im konkret entschiedenen Fall „Schutzgemeinschaft I“ genügte dem BGH für die Annahme eines erheblichen Missverhältnisses und damit für eine Korrektur mittels der ergänzenden Vertragsauslegung, dass der Ankaufspreis zwischen 28,95 % und 48,25 % des Verkehrswerts betrug.⁴³ Eine knappe Unterschreitung des hälftigen Verkehrswerts soll nach dem BGH damit schon ein zur Korrektur führendes erhebliches Missverhältnis bedeuten. Im Schrifttum wird meist ohne große

Auseinandersetzung mit der Thematik die Position des BGH geteilt oder diese zumindest ohne Kritik rezipiert.⁴⁴

b) Kritik

Kritik ist an der Auffassung des BGH bereits geäußert worden.⁴⁵ Sie kann und soll an dieser Stelle nicht vertieft werden. Die Beschränkung des Ankaufspreises ist richtigerweise im Grundsatz entgegen der Auffassung des BGH beliebig möglich, da dies von der privatautonomen Gestaltungsbefugnis der Gesellschafter gedeckt ist. Nur in seltenen Ausnahmefällen ist bei Hinzutreten weiterer, spezifischer Voraussetzungen eine Unwirksamkeit nach § 138 BGB denkbar. Der niedrigere Ankaufspreis kann grundsätzlich jedem Gesellschafter zugutekommen, die Vorteile aus dem Ankaufsrecht für die anderen Gesellschafter sind zudem vom Entschluss des bisherigen Gesellschafter, seine Anteile veräußern zu wollen, abhängig. Auch die nachträgliche Korrektur muss richtigerweise restriktiv erfolgen, um weder die Vertragsfreiheit der Gesellschafter noch den Spekulationscharakter des preislimitierten Ankaufsrechts zu missachten.⁴⁶

2. Kautelarjuristische Überlegungen zur Bemessung des Ankaufspreises

Letztlich aber ist für den praktischen Umgang die Rechtsprechung des BGH maßgeblich. Die Frage nach einer rechtssicheren Gestaltung hat hohe Relevanz, da die Gesellschafter häufig die Vereinbarung eines unterhalb des Verkehrswerts liegenden Ankaufspreises wünschen, um die finanziellen Mittel für einen etwaigen Ankauf aufbringen und damit die oben beschriebenen Ziele erreichen zu können, zugleich aber auch eine dauerhaft verlässliche Lösung benötigen.

a) Höhe des Ankaufspreises

Als Richtwert für die kautelarjuristische Praxis findet sich im Schrifttum der Vorschlag, einen Abschlag von 20-30 % auf den Verkehrswert vorzunehmen.⁴⁷ Dies dürfte zuverlässig auch vor dem Hintergrund der vagen BGH-Rechtsprechung Bestand haben; jedoch ist bei einem hohen Verkehrswert der Geschäftsanteile ein solcher Abschlag mitunter nicht ausreichend, um den Mitgesellschaftern den Erwerb tatsächlich zu ermöglichen.

40 BGH, Urteil vom 13.06.1994, II ZR 38/93, NJW 1994, 2536, 2539 (unter B. I. 1.); dazu auch *Bühler*, GmbHR 2021, 290, 293 Rdnr. 11.

41 Dazu ausführlich *Bühler*, DNotZ 2021, 725, 734 ff.

42 BGH, Urteil vom 13.06.1994, II ZR 38/93, NJW 1994, 2536, 2540 (unter B. II. 2 b)); dazu auch *Bühler*, GmbHR 2021, 290, 293 Rdnr. 15.

43 BGH, Urteil vom 13.06.1994, II ZR 38/93, NJW 1994, 2536, 2540 (unter B. II. 2. c)); dazu *Bühler*, Preislimitierte Ankaufsrechte, S. 281 f.

44 Herrler/Görner, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2021, § 6 Rdnr. 1375; Gummert, WiB 1994, 684, 686; Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht/Lorz, C. III. 1. Rdnr. 17; Reichert/Reichert/Ullrich, GmbH & Co. KG, § 29 Rdnr. 40; H. P. Westermann in FS Wiedemann, 2002, S. 1349, 1351. Deutliche Kritik übt hingegen zu Recht Heidenhain, LM BGB § 138(Bb) Nr. 71, Bl. 2170.

45 Siehe *Bühler*, GmbHR 2021, 290, 293 ff. Rdnr. 20 ff. und ausführlich *ders.*, Preislimitierte Ankaufsrechte, insb. S. 139 ff., S. 244 ff.

46 Dazu *Bühler*, GmbHR 2021, 290, 293 ff. Rdnr. 20 ff. und ausführlich *ders.*, Preislimitierte Ankaufsrechte, insbesondere S. 181-239, S. 288-394.

47 Binz/Mayer, NZG 2012, 201, 210; ebenso Heckschen/Heidinger/Heckschen/Stelmaszczyk, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, Kap. 4 Rdnr. 543.

Wann genau jedoch „dem Gesellschafter bei der Veräußerung der Anteile ein finanzieller Verlust [droht], der allgemein geeignet ist, seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit in einem Maße ganz oder teilweise zu beseitigen, das zur Erreichung der vertraglich gesteckten Ziele von der Rechtsordnung nicht mehr hingenommen werden kann“, vermag nicht rechtssicher beurteilt zu werden. Der BGH nahm – soweit ersichtlich – bislang lediglich in einer einzigen höchstgerichtlichen Entscheidung zu einem preislimitierten Ankaufsrecht eine (nachträgliche) Kontrolle bei einem Ankaufspreis vor, der nur knapp die Hälfte des Verkehrswerts betrug. Somit sollte der Ankaufspreis jedenfalls nicht weniger als 50 % des Verkehrswerts betragen. Vielmehr empfiehlt es sich, den Abschlag auf maximal 40 % des Verkehrswerts zu begrenzen und damit den Ankaufspreis nicht unter 60 % des Verkehrswerts abzusenken, um das Risiko der Unwirksamkeit oder nachträglichen Anpassung nicht zu groß werden zu lassen.

Letztlich ist aber die Festlegung der konkreten Höhe durch die Parteien selbst nach einer umfassenden Belehrung und Beratung vorzunehmen. Der Notar muss allerdings angesichts der unklaren Rechtslage bei einer stärkeren Reduktion des Ankaufspreises die Beteiligten auf die rechtliche Unsicherheit hinweisen. Bestehen die Beteiligten auf einer Reduktion unter eine Schwelle von $\frac{2}{3}$ des Verkehrswerts, ist ein Zweifelsvermerk nach § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG angezeigt. Auch darüber hinaus wird sich die Dokumentation in der Urkunde zur Haftungsvermeidung empfehlen.

b) Ratenzahlung

Hinsichtlich der Ratenzahlung dürften die Maßstäbe entsprechend gelten, die für Abfindungsklauseln diskutiert werden. Da seitens der Rechtsprechung wiederum auf die Umstände des Einzelfalls abgestellt wird, besteht jedoch auch insofern Rechtsunsicherheit. Auszahlungsfristen über zehn Jahre hinaus sollten in jedem Falle vermieden werden, Auszahlungsfristen bis zu fünf Jahren werden – jedenfalls bei angemessener Verzinsung – für zulässig erachtet.⁴⁸ Sind allerdings sowohl die Beschränkung der Höhe des Ankaufspreises als auch die Ausgestaltung der Ratenzahlung am „oberen Ende“ des zulässigen Bereichs, droht aufgrund des Kumulationseffekts eine Unwirksamkeit beider Regelungen.

VI. Zusammenfassung

Es ist stets eine Frage des Einzelfalls, welches Mittel der Vinkulierung (im weiteren Sinne) für die konkrete Gesellschaft gewählt werden sollte. Wird ein Gesellschafter zu stark eingeeengt, droht er einerseits zu einem sog. „lästigen“ Gesellschafter zu werden, der querulatorisch agiert; ander-

erseits steigt die Gefahr, dass die Gerichte ein außerordentliches Austrittsrecht mit der Folge einer hohen Abfindungszahlung zugestehen.

Preislimitierte Ankaufsrechte sollten Teil des „Beratungsportfolios“ sein. Sie können ein geeignetes Mittel darstellen, um den Gesellschaftern eine sichere Möglichkeit zu verschaffen, den Eintritt fremder Personen in die Gesellschaft zu verhindern und gleichzeitig ihre eigene Beteiligung zu erhöhen. Ferner engen sie den veräußerungswilligen Gesellschafter nicht übermäßig ein, hat er doch stets die Möglichkeit, seine Anteile zu veräußern. Gleichwohl ist es möglich, eine Verschaffungs- und Abwehrgelegenheit der Mitgesellschafter aufgrund eines im Vergleich zum Verkehrswert niedrigeren Ankaufspreises zu begründen und so den Erhalt der Gesellschaft in ihrer bisherigen Form tatsächlich sicherzustellen. Im Gegensatz zum bloßen Zustimmungsvorbehalt wird damit auch die Gefahr minimiert, dass dem veräußerungswilligen Gesellschafter ein außerordentliches Austrittsrecht zusteht. Dies gilt umso mehr, wenn in der Satzung ergänzend ein ordentliches Austrittsrecht (das mit einer stärker beschränkbarer Abfindungszahlung einhergehen kann) statuiert wird.

Durch die Verwendung von Ankaufsrechten können gleichwohl nicht sämtliche, in einer Gesellschaft potenziell auftretenden Probleme beseitigt werden. Insbesondere Schwierigkeiten auf persönlicher Ebene, etwa das Risiko eines unkooperativen Gesellschafters, lassen sich auch durch Ankaufsrechte nicht vermeiden. Versucht ein veräußerungswilliger Gesellschafter durch Blockade der Beschlussfassung oder der Geschäftstätigkeit einen besseren Preis für sich zu „erzwingen“, vermag auch ein rechtssicher gestaltetes Ankaufsrecht keine wirksame Vorkehrung zu bieten. Die theoretische Möglichkeit eines Ausschlusses aus der Gesellschaft ist jedenfalls kein zuverlässiges Mittel, um den Gesellschafter von solchen Blockadeversuchen abzuhalten. Darüber hinaus ist aus Sicht der Gesellschafter zu beachten, dass grundsätzlich jeder von ihnen einen potenziellen Verlust durch ein preislimitiertes Ankaufsrecht erleiden kann – andererseits erlangen sie aber auch die Chance, ihre Beteiligung günstig zu erhöhen, falls ein Mitgesellschafter seine Anteile abtreten will.

Probleme bereitet zudem die Bemessung des Ankaufspreises aufgrund der unklaren Rechtsprechung des BGH zur Zulässigkeit dessen Beschränkung. Da der BGH bereits bei einem Ankaufspreis, dessen Höhe fast die Hälfte des Verkehrswerts erreichte, ein grobes Missverhältnis annahm, ist ein Abschlag von mehr als 50 % auf den Verkehrswert mit hohem Risiko verbunden. Weitgehend sicher dürfte nur ein Abschlag von etwa einem Drittel auf den Verkehrswert sein.

Ogleich sich die Ausführungen primär auf das GmbH-Recht beziehen, können sie weitestgehend entsprechend auch für die Gestaltung von Personengesellschaftsverträgen herangezogen werden.

⁴⁸ Vgl. MünchKomm-BGB/Schäfer, § 738 Rdnr. 66; BeckOK-BGB/Schöne, Stand: 01.05.2022, § 738 Rdnr. 33.

Die Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Ausstattung aus der Sicht der Vertragsgestaltung

Von Notar a. D. Dr. **Hilmar Keller**, Ebermannstadt

Die Ausstattung hat in der Rechtswissenschaft und Gestaltungspraxis lange Zeit eine untergeordnete Rolle gespielt.¹ Die in § 1624 Abs. 1 BGB geregelte Rechtsfolge, dass die Ausstattung nur insoweit als Schenkung gilt, als die Ausstattung das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter, entsprechende Maß übersteigt (Übermaß), macht sie jedoch zu einem interessanten Gestaltungsmittel. Sie kann in bestimmten Fällen den Wünschen und Interessen der Vertragspartner besser gerecht werden als eine Schenkung.

I. Rechtsnatur der Ausstattung

Die Ausstattung ist ein familienrechtliches Rechtsinstitut, das für bestimmte Zuwendungen von Eltern an ihre Kinder eine Sonderregelung schafft, nämlich für solche Zuwendungen, die mit Rücksicht auf eine bestimmte Bedürfnislage des Kindes als Ausfluss fortbestehender Elternverantwortung als Starthilfe in die Selbstständigkeit anzusehen sind.² Es handelt sich um eine familienrechtliche causa sui generis.³

Eine Rechtspflicht zur Ausstattung besteht nicht.⁴ Zu der Frage, ob die Ausstattung einer sittlichen Pflicht der Eltern entspricht oder nur auf einer sittlichen Idee beruht, sind abstrakte Erörterungen nicht weiterführend und müßig. Falls die Bejahung oder Ablehnung einer „sittlichen Pflicht“ im BGB eine Rolle spielt, wie zum Beispiel in § 1375 Abs. 2 Nr. 1 BGB, ist diese anhand der entsprechenden Vorschrift im Einzelfall sorgfältig zu prüfen und zu verifizieren.⁵

II. Die Voraussetzungen der Ausstattung

Nach der Legaldefinition des § 1624 Abs. 1 BGB ist die Ausstattung dasjenige, was einem Kind mit Rücksicht auf seine Verheiratung, auf seine Begründung einer Lebenspartnerschaft oder auf die Erlangung einer selbstständigen Lebensstellung zur Begründung oder zur Erhaltung der Wirtschaft oder der Lebensstellung von dem Vater oder der Mutter zugewendet wird.

1 Jakob, AcP 207 (2007), 198, 199; Sailer, NotBZ 2002, 81.

2 Staudinger/Lugani, Neub. 2020, § 1624 Rdnr. 1.

3 Jakob, AcP 207 (2007), 198, 200; Kerscher/Tanck, ZEV 1997, 354; Sailer, NotBZ 2002, 81.

4 Staudinger/Lugani, § 1624 Rdnr. 3.

5 Jakob, AcP 207 (2007), 198, 205, 206; Staudinger/Lugani, § 1624 Rdnr. 4.

1. Beteiligte Personen

Die Zuwendung muss von den Eltern an ein Kind erfolgen. Es ist unerheblich, ob das Kind volljährig oder minderjährig ist, ein leibliches Kind ist oder als Kind angenommen wurde und ob es der elterlichen Sorge untersteht.⁶ Enkel, Nefen, Nichten, Stiefkinder und Schwiegerkinder fallen nicht in den persönlichen Anwendungsbereich von § 1624 BGB.⁷ Im Hinblick auf den eindeutigen Wortlaut des § 1624 BGB werden insbesondere Enkelkinder von dieser Vorschrift nicht erfasst.⁸

Zu beachten ist aber die gesetzliche Sonderregelung für die Ausstattung im Falle einer Ausgleichspflicht nach §§ 2050 ff. und § 2316 BGB. Nach § 2050 Abs. 1 BGB sind „Abkömmlinge“, die vom Erblasser eine Ausstattung erhalten haben, ausgleichungspflichtig. Aus § 2053 BGB ergibt sich, dass auch entferntere Abkömmlinge gemeint sind, da diese Vorschrift die Ausgleichung der Ausstattung bei entfernteren Abkömmlingen in bestimmten Fällen wieder ausschließt. Diese gesetzliche personelle Erweiterung des möglichen Ausstattungsempfängers („Abkömmling“ statt „Kind“) gilt aber nur im Rahmen der Ausgleichung nach §§ 2050 ff. BGB und § 2316 BGB. § 2316 BGB spricht konsequenterweise ebenso wie § 2050 BGB von „Abkömmlingen“.⁹

2. Zuwendungsgegenstand

Gegenstand der Ausstattung ist jeder denkbare Vermögenswert, der von dem Vermögen der Eltern in das des Kindes fließt,¹⁰ zum Beispiel bewegliche und unbewegliche Sachen, Sachgesamtheiten, Forderungen und Rechte. Für die notarielle Praxis sind insbesondere Grundstücke, landwirtschaftliche und gewerbliche Betriebe und Gesellschaftsbeteiligungen von Bedeutung.

6 Roth, ZEV 2021, 352, 354.

7 Roth, ZEV 2021, 352, 354; Staudinger/Lugani, § 1624 Rdnr. 7.

8 OLG Zweibrücken, Urteil vom 18.12.1997, 5 UF 166/95; OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 27.07.2016, 7 U 49/15 Rdnr. 62; BGH, Urteil vom 27.06.2018, IV ZR 222/16, NJW 2018, 3025, 3028 Rdnr. 33; MünchKomm-BGB/v. Sachsen Gessaphe, 8. Aufl. 2020, § 1624 Rdnr. 3.

9 OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.04.2011, 6 U 137/09, ZEV 2011, 531, 532; Ruby, Schindler, ZEV 2011, 524, 526; Grüneberg/Weidlich, 82. Aufl. 2023, § 2050 Rdnr. 7.

10 BGH, Urteil vom 01.07.1987, IVb ZR 70/86, NJW 1987, 2816, 2817; Staudinger/Lugani, § 1624 Rdnr. 9.

Typische Fälle von Grundstückszuwendungen im Wege der Ausstattung sind die Zuwendung eines Bauplatzes, eines von den Eltern nicht mehr oder nur noch teilweise bewohnten Eigenheimes oder einer vermieteten Eigentumswohnung, auf deren Erträge die Eltern nicht angewiesen sind.¹¹

3. Ausstattungsanlass

Anlass einer Ausstattung kann die Verheiratung, Begründung einer Lebenspartnerschaft oder die Erlangung einer selbstständigen Lebensstellung sein. Die Ausstattung muss nicht zu Beginn dieser Ereignisse zugewendet werden, sondern kann sich auch auf erst geplante Ereignisse beziehen.¹² Diese Ereignisse müssen jedoch in Aussicht stehen bzw. bereits in greifbare Nähe gerückt sein. Können sie von den Eltern noch nicht übersehen werden, ist die Zuwendung nicht als Ausstattung zu qualifizieren.¹³ Die Ausstattung kann auch erst später erfolgen, solange sie nur „mit Rücksicht“ auf das Ereignis gegeben wird. Sie kann deshalb auch zur Vergrößerung eines schon bestehenden Geschäfts dienen.¹⁴ Die zeitliche Nähe zur Verheiratung, Begründung einer Lebenspartnerschaft oder Erlangung einer selbstständigen Lebensstellung erleichtert aber die Argumentation zugunsten einer Ausstattung im Sinne von § 1624 BGB.¹⁵

Der Ausstattungsanlass muss objektiv vorliegen.¹⁶

4. Ausstattungszweck

Zweck der Ausstattung ist die Begründung oder Erhaltung der Wirtschaft (= Haushalt¹⁷) oder der Lebensstellung des Kindes. Maßgebend ist die Absicht des Leistenden. Ob die Leistung zu diesem Zweck objektiv erforderlich ist, spielt keine Rolle.¹⁸ Nebenzwecke, wie zum Beispiel Steuerersparnis oder Erhalt des Familienvermögens, sind unschädlich, solange der Ausstattungszweck dominiert.¹⁹ Es kommt im Einzelfall immer darauf an, was Haupt- und was Nebenzweck der elterlichen Zuwendung ist.²⁰ Steht bei einer Hofübergabe der Ausstattungszweck im Vordergrund, so wird die Anwendbarkeit des § 1624 BGB nicht dadurch in Frage

gestellt, dass die Übergabe auch der vorweggenommenen Erbfolge dient.²¹

5. Gegenleistungen und Auflagen

Gegenleistungen und Auflagen stehen der Annahme einer Ausstattung nur dann entgegen, wenn sie dazu führen, dass der Ausstattungszweck nicht mehr dominiert.²²

Beim Vorbehalt von Nutzungsrechten ist zu differenzieren. So ist bei einem lebenslangen vollen Nießbrauchsrecht am übertragenen Gesamtgegenstand nur schwer vorstellbar, dass mit der Zuwendung dennoch eine Wirtschaft (= Haushalt) oder Lebensstellung begründet oder erhalten werden soll.²³ Ein lediglich partielles Wohnungsrecht an einem Wohnhaus oder ein Bruchteils- oder Quotennießbrauch an einem großen Betrieb wird einem dominanten Ausstattungszweck häufig nicht entgegenstehen.²⁴

Auch bei Widerrufsvorbehalten ist zu unterscheiden. Ein freies Widerrufsrecht widerspricht dem Ausstattungszweck, da dann der Erwerber nicht auf die Rechtsbeständigkeit der Zuwendung vertrauen kann.²⁵ Eingeschränkte Widerrufsrechte, bei denen der Erwerber die einzelnen Widerrufsgründe beeinflussen kann, können mit dem Ausstattungszweck durchaus vereinbar sein.²⁶

Fraglich ist, ob ein vollentgeltlicher Vertrag, bei dem der Wert der Gegenleistungen nicht hinter dem Wert des zugewendeten zurückbleibt, eine Ausstattung sein kann. In der Literatur wird dies zum Teil abgelehnt.²⁷ Nach der Vorschrift des § 1624 BGB ist aber nicht die Wertrelation von Leistung und Gegenleistung maßgebend, sondern der dominierende Ausstattungszweck. Vorstellbar ist eine vollentgeltliche Ausstattung durchaus in Fällen der Übergabe eines landwirtschaftlichen oder gewerblichen Betriebs mit umfangreichen Gegenleistungen wie zum Beispiel Woh-

11 Sailer, NotBZ 2002, 81.

12 Staudinger/Lugani, § 1624 Rdnr. 11.

13 Kerscher/Tanck, ZEV 1997, 354; Sailer, NotBZ 2002, 81.

14 Staudinger/Lugani, § 1624 Rdnr. 11.

15 Jakob, AcP 207 (2007), 198, 221; Staudinger/Lugani, § 1624 Rdnr. 11.

16 OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.04.2011, 6 U 137/09, ZEV 2011, 531, 532.

17 Roth, ZEV 2021, 352, 354.

18 BGH, Urteil vom 26.05.1965, IV ZR 139/64, NJW 1965, 2056; Schindler, ZEV 2006, 389, 391; Staudinger/Lugani, § 1624 Rdnr. 12.

19 OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.04.2011, 6 U 137/09, ZEV 2011, 531, 533; Roth, ZEV 2021, 352, 354.

20 Jakob, AcP 207 (2007), 198, 218 f.; Staudinger/Lugani, § 1624 Rdnr. 12.

21 OLG Stuttgart, Beschluss vom 30.06.2004, 8 W 495/03, MittBayNot 2005, 229, 231; Staudinger/Lugani, § 1624 Rdnr. 12.

22 OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.04.2011, 6 U 137/09, ZEV 2011, 531, 533; Jakob, AcP 207 (2007), 198, 220, 221; Schindler, ZEV 2006, 389, 391.

23 OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.04.2011, 6 U 137/09, ZEV 2011, 531, 533 (umfassender Nießbrauch steht der Dominanz des Ausstattungszwecks entgegen), ebenso Everts, MittBayNot 2011, 107, 109; zurückhaltender Jakob, AcP 207, 198, 220 f., wonach ein lebenslanges volles Nießbrauchsrecht zugunsten der Eltern am Gesamtgegenstand auf vorweggenommene Erbfolge „hindeute“, ähnlich Beck'sches Notar-Handbuch/Krauß, 7. Aufl. 2019, § 5 Rdnr. 182, wonach Nutzungsrechte „untypisch“ sind.

24 OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.04.2011, 6 U 137/09, ZEV 2011, 531, 533; Jakob, AcP 207 (2007), 198, 220, 221; Schindler, ZEV 2006, 389, 391.

25 Everts, MittBayNot 2011, 107, 109; Beck'sches Notar-Handbuch/Krauß, § 5 Rdnr. 182; Sailer, NotBZ 2002, 81; 82.

26 Jakob, AcP 207 (2007), 198, 221; Everts, MittBayNot 2011, 107, 109; Beck'sches Notar-Handbuch/Krauß, § 5 Rdnr. 182.

27 Staudinger/Lugani, § 1624 Rdnr. 9.

nungsrecht, Verköstigung, Pflegeleistungen.²⁸ Denn hier kann der Ausstattungszweck der Begründung einer selbstständigen Lebensstellung des Kindes trotz der Gegenleistungen, die der Altersversorgung des Veräußerers dienen, durchaus dominieren.

6. Wahlrecht zwischen Ausstattung und Schenkung

Eine Ausstattung setzt nach der Legaldefinition des § 1624 Abs. 1 BGB zunächst das Vorliegen der objektiven Voraussetzungen gemäß Ziffer II. 1. bis 3. voraus. Der Ausstattungsanlass muss wenigstens in Aussicht stehen, sodass eine Zuwendung an Minderjährige nur ausnahmsweise eine Ausstattung sein kann.²⁹

Die subjektive Voraussetzung der dominierenden Ausstattungsabsicht führt zu einem Wahlrecht der Vertragspartner, ob sie eine Ausstattung oder eine Schenkung vereinbaren wollen. Auf die subjektive Zwecksetzung der Ausstattung können die Beteiligten bewusst verzichten.³⁰ Die Ausstattung beruht auf der Einigung der Parteien darüber, dass aufgrund eines objektiven Ausstattungsanlasses mit der Zuwendung ein Ausstattungszweck verfolgt wird.³¹ Aufgrund der Vertragsfreiheit können die Vertragspartner statt der Ausstattung eine Schenkung als Vertragstyp auch dann wählen, wenn die objektiven Voraussetzungen (Eltern-Kind-Verhältnis und Ausstattungsanlass) für eine Ausstattung vorliegen.

Die Ausstattungsabsicht muss nicht ausdrücklich erklärt werden, sondern kann sich auch aus den Umständen ergeben. Die dem Notar obliegende Aufklärungs- und Formulierungspflicht nach § 17 Abs. 1 BeurkG gebietet ihm jedoch, die Ausstattungsabsicht deutlich zum Ausdruck zu bringen.³² Dies dient zugleich der Rechtssicherheit im Hinblick auf die unterschiedlichen Rechtsfolgen von Schenkung und Ausstattung.

III. Die Rechtsfolgen der Ausstattung

1. Schenkungsrecht

Nach § 1624 Abs. 1 BGB gilt die Ausstattung nicht als Schenkung, soweit sie nicht übermäßig ist.

Eine Ausnahme hiervon regelt § 1624 Abs. 2 BGB, wonach für Sach- und Rechtsmängel das Schenkungsrecht anwendbar ist.

Die grundsätzliche Nichtgeltung des Schenkungsrechts hat zur Folge, dass die angemessene Ausstattung nicht der Formvorschrift des § 518 BGB unterworfen ist. Andere Formvorschriften, wie zum Beispiel §§ 311b, 925, 2348 BGB, § 15 GmbHG, bleiben aber anwendbar.

Die Nichtgeltung des § 519 BGB (Einrede des Notbedarfs), des § 528 BGB (Rückforderung wegen Verarmung des Schenkers) und des § 530 BGB (Widerruf wegen groben Undanks) führt zu einer erhöhten Rechtsbeständigkeit der Ausstattung und privilegiert dadurch den Ausstattungsempfänger.³³

Diese Privilegierung gilt aber nur für den angemessenen Teil der Ausstattung.³⁴

Das Problem für die Praxis besteht nun darin, festzustellen, ob und inwieweit eine Ausstattung „das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Vaters oder der Mutter, entsprechende Maß übersteigt“. Denn für den überschießenden Teil bleibt das Schenkungsrecht anwendbar.³⁵ Nur für den anderen, angemessenen Teil ist das Schenkungsrecht gesperrt.

Das den „Umständen (...) entsprechende Maß“ definiert das Gesetz nicht näher. Auch der Rechtsprechung lassen sich keine klaren Kriterien entnehmen.³⁶ § 1624 Abs. 1 BGB enthält aber die Regelung, dass insbesondere die Vermögensverhältnisse des Vaters oder der Mutter zu berücksichtigen sind. Damit ist nicht allein auf den Zuwendungsempfänger zu schauen, ob er die Zuwendung objektiv benötigt oder ob sie zu großzügig ist. Sondern die Angemessenheit beurteilt sich primär aus dem Blickwinkel des Gebers und seiner Vermögenssituation vor und nach der Zuwendung.³⁷ Zu prüfen ist, ob die Existenz und Altersversorgung der Eltern noch gesichert sind.

Dabei ist nicht nur darauf abzustellen, was dem Geber nach der Zuwendung noch verbleibt, sondern es sind auch Gegenleistungen zu berücksichtigen, die den Eltern die Versorgung im Alter sichern wie zum Beispiel Wohnungsrechte, Pflegepflichten, Renten und deren Absicherung durch dingliche Rechte im Grundbuch und Zwangsvollstreckungsunterwerfung.³⁸

Im Ergebnis ist eine Einzelfallentscheidung zu treffen, bei der neben dem Blickwinkel des Gebers sämtliche Begleitumstände zu berücksichtigen sind. Maßgebend für die Be-

28 OLG Stuttgart, Beschluss vom 30.06.2004, 8 W 495/03, MittBayNot 2005, 229, 231; *Böhmer*, MittBayNot 2005, 232, 233.

29 *Kerscher/Tanck*, ZEV 1997, 354; *Sailer*, NotBZ 2002, 81.

30 *Everts*, MittBayNot 2011, 107, 110; *Schindler*, ZEV 2006, 389, 392; ebenso Beck'sches Notar-Handbuch/*Krauß*, § 5 Rdnr. 181.

31 OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.04.2011, 6 U 137/09, ZEV 2011, 531, 532, 533.

32 *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 6. Aufl. 2020, § 2 Rdnr. 217; Beck'sches Notar-Handbuch/*Krauß*, § 5 Rdnr. 181; *Fröhler*, BWNNotZ 2010, 94, 95; *Knodel*, ZErB 2006, 225.

33 *Roth*, ZEV 2021, 352, 355.

34 *Sailer*, NotBZ 2002, 81, 82.

35 Das Schenkungsrecht ist für den Übermaßteil aber nur anwendbar, falls nicht eine andere Causa zugrunde liegt (*Roth*, ZEV 2021, 352, 355; *Staudinger/Lugani*, § 1624 Rdnr. 29).

36 *Roth*, ZEV 2021, 352, 355.

37 *Jakob*, AcP 207 (2007), 198, 222; weitergehend *Roth* (ZEV 2021, 352, 356), wonach nicht das Bedürfnis des Empfängers, sondern die Sichtweise des Gebers maßgeblich ist; ebenso MünchKomm-BGB/v. *Sachsen Gessaphe*, § 1624 Rdnr. 6.

38 OLG Stuttgart, Beschluss vom 30.06.2004, 8 W 495/03, MittBayNot 2005, 229, 231 und *Böhmer*, MittBayNot 2005, 232, 233; *Jakob*, AcP 207 (2007), 198, 222.

urteilung ist der Zeitpunkt der Zuwendung.³⁹ Die Beweislast für einen das angemessene Maß überschreitenden Umfang der Ausstattung trägt derjenige, der das Übermaß behauptet.⁴⁰ Eine bezifferte Festlegung des angemessenen Teils der Zuwendung im Vertrag führt weder zu einer Beweislastumkehr noch zu einer Beweislasterschwerung und sollte deshalb unterbleiben.⁴¹

2. Familienrecht

a) Anfangs- und Endvermögen im Zugewinnausgleich

§ 1374 Abs. 2 BGB rechnet sowohl die Schenkung als auch die Ausstattung ausdrücklich dem Anfangsvermögen zu, sodass das Problem des Übermaßes der Ausstattung hier nicht relevant ist, da insoweit Ausstattungen und Schenkungen beim Ausstattungsempfänger gleichgestellt sind.

Strittig ist jedoch die Hinzurechnung der Ausstattung zum Endvermögen nach § 1375 Abs. 2 Nr. 1 BGB⁴², obwohl die Vorschrift nicht von einer „Schenkungs“, sondern allgemein von „unentgeltlichen Zuwendungen“ spricht. Dieser Begriff umfasst auch die unentgeltliche Ausstattung,⁴³ sodass § 1375 Abs. 2 Nr. 1 BGB auch auf die Ausstattung anwendbar ist.⁴⁴ Die Ansicht, dass eine angemessene Ausstattung einer sittlichen Pflicht im Sinne von § 1375 Abs. 2 Nr. 1 BGB entsprechen soll,⁴⁵ überzeugt nicht. Denn die Interessenabwägung im Rahmen des § 1624 Abs. 1 BGB („entsprechende Maß“), die primär die Vermögenslage des Gebers vor und nach der Zuwendung berücksichtigt, und die Interessenabwägung im Rahmen des § 1375 Abs. 2 Nr. 1 BGB („sittlichen Pflicht“), die insbesondere die Interessen des Ehegatten des Zuwendenden im Zugewinnausgleich einbezieht, sind nicht identisch. Deshalb kann aus der Angemessenheit einer Ausstattung nach § 1624 BGB nicht auf eine sittliche Pflicht nach § 1375 Abs. 2 Nr. 1 BGB geschlossen werden.

39 Kerscher/Tanck, ZEV 1997, 354, 355; Sailer, NotBZ 2002, 81, 82.

40 Staudinger/Lugani, § 1624 Rdnr. 31.

41 Sailer, NotBZ 2002, 81, 82.

42 Jakob, AcP 207 (2007), 198, 205 insbesondere zu den Auffassungen, dass die Vorschrift begrifflich nicht anwendbar sei oder aufgrund einer sittlichen Verpflichtung bei der Ausstattung nicht gelten solle.

43 Grüneberg/Siede, § 1376 Rdnr. 25; Jakob, AcP 207 (2007), 198, 205.

44 Grüneberg/Siede, § 1376 Rdnr. 25; Jakob, AcP 207 (2007), 198, 205; Staudinger/Lugani, § 1624 Rdnr. 6.

45 Roth, ZEV 2021, 352 Fn. 66; etwas vorsichtiger MünchKommBGB/v. Sachsen Gessaphe, § 1624 Rdnr. 13, wonach eine angemessene Ausstattung „wohl meist“ einer sittlichen Pflicht entsprechen solle.

b) Schenkung und Ausstattung bei Minderjährigen und Betreuten

aa) Schenkungsverbot zugunsten Minderjähriger

Für Eltern, Vormund und Ergänzungspfleger gilt nach wie vor das Schenkungsverbot der § 1641, § 1798 Abs. 3⁴⁶ und § 1813 Abs. 1⁴⁷ BGB, um das Vermögen minderjähriger Kinder zu schützen.

Nach diesen Vorschriften sind von dem Verbot nur Schenkungen ausgenommen, die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen.

Die Grenzen für die Annahme von solchen Pflicht- und Anstandsschenkungen werden in der Rechtsprechung überwiegend sehr eng gezogen. So betont zum Beispiel das BayObLG, dass das Bestehen einer sittlichen Pflicht grundsätzlich zurückhaltend zu beurteilen ist und nur mit größter Vorsicht bejaht werden kann.⁴⁸ Daher sind Schenkungen größeren Werts und Umfangs in der Regel nicht möglich.⁴⁹

Ausstattungen aus dem Vermögen von Minderjährigen an deren Kinder spielen für sorgeberechtigte Eltern, Vormünder und Ergänzungspfleger keine Rolle, da Ausstattungen wegen des geringen Alters der Kinder von Minderjährigen tatbestandsmäßig mangels Ausstattungsanlasses nicht in Betracht kommen.

bb) Schenkungen und Ausstattungen durch den Betreuer

aaa) Rechtslage bis 31.12.2022

Bis 31.12.2022 galt nach § 1908i Abs. 2 BGB a. F. auch für Betreuer ein modifiziertes Schenkungsverbot. Eine unzulässige Schenkung durch den Betreuer war unheilbar nichtig nach § 134 BGB, selbst wenn sie vom Betreuungsgericht genehmigt wurde.⁵⁰ Die drohende Nichtigkeit des Vertrags hatte für die Vertragspraxis abschreckende Wirkung.⁵¹

Bis 31.12.2022 regelte § 1908 BGB a. F. den Sonderfall der Ausstattung dahin gehend, dass ein Betreuer eine Ausstattung nur mit Genehmigung des Betreuungsgerichts versprechen oder gewähren konnte. Für die Ausstattung galt das Schenkungsverbot der § 1908i Abs. 2, § 1804 BGB a. F. nicht.⁵² Der Begriff der Ausstattung richtete sich nach der

46 Bis 31.12.2022 § 1804 BGB.

47 Bis 31.12.2022 § 1915 Abs. 1 BGB.

48 BayObLG, Beschluss vom 24.05.1996, 3 Z BR 104/96, NJW-RR 1997, 452, 453; Beschluss vom 06.06.2003, 3 Z BR 88/03, BeckRS 2003, 7743.

49 BeckOK-BGB/Müller-Engels, Stand: 01.02.2022, § 1908i Rdnr. 6, 7 m. w. N.; Grziwotz, ZEV 2005, 338, 339.

50 BayObLG, Beschluss vom 24.05.1996, 3 Z BR 104/96, NJW-RR 1997, 452; Palandt/Götz, 80. Aufl. 2021, § 1804 Rdnr. 1.

51 Böhmer, MittBayNot 2005, 232.

52 OLG Stuttgart, Beschluss vom 30.06.2004, 8 W 495/03, MittBayNot 2005, 229, 230; Palandt/Götz, § 1908i Rdnr. 17; Jakob, AcP 207 (2007), 198, 213.

Legaldefinition des § 1624 Abs. 1 BGB⁵³. Die Ausstattung durfte demgemäß nicht das nach den Umständen entsprechende Maß überschreiten. Denn bei einer Übermaßausstattung galt für das Übermaß das Schenkungsverbot. Dies konnte trotz Genehmigung des Betreuungsgerichts zur (Gesamt-)Nichtigkeit der Zuwendung führen.⁵⁴

bbb) Rechtslage seit 01.01.2023

Das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 04.05.2021 (BGBl. I, S. 882 ff.), das nach Art. 16 am 01.01.2023 in Kraft getreten ist, ändert die Rechtslage grundlegend. Im Betreuungsverfahren wird das bisherige Schenkungsverbot (§ 1908i Abs. 2, § 1804 BGB) aufgehoben und durch einen gerichtlichen Genehmigungsvorbehalt ersetzt.⁵⁵ Nach § 1854 Nr. 8 BGB n. F. bedarf der Betreuer der Genehmigung des Betreuungsgerichts zu einer Schenkung oder unentgeltlichen Zuwendung, es sei denn, diese ist nach den Lebensverhältnissen des Betreuten angemessen oder als Gelegenheitsgeschenk üblich. Mit der Neuregelung will der Gesetzgeber nicht nur übliche Gelegenheitsgeschenke von der Genehmigungspflicht ausnehmen, sondern auch einmalige Schenkungen, bei denen es keine „Übung“ des Betreuten gibt, wie zum Beispiel eine Schenkung anlässlich eines bestandenen Abiturs des Enkels.⁵⁶ Eine obere Wertgrenze für angemessene Schenkungen ist nicht festgelegt, sodass auch größere Zuwendungen (zum Beispiel Geldschenkungen in Höhe von einigen tausend Euro) genehmigungsfrei sein können.⁵⁷ Übertragungen von Grundstücken und Betrieben sind aber von der Ausnahme in der Regel nicht erfasst, sodass sie der gerichtlichen Genehmigung nach § 1854 Nr. 8 BGB n. F. bedürfen. Die Genehmigungspflicht ergibt sich in diesen Fällen aber ohnehin in der Regel aus § 1850 Nr. 1 (Verfügung über ein Grundstück) und/oder § 1852 BGB n. F. (Verfügung über ein Erwerbsgeschäft oder den Anteil an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft, die ein Erwerbsgeschäft betreibt).

Der Genehmigungsvorbehalt gilt sowohl für die Schenkung als auch die Ausstattung als unentgeltliche Zuwendung. In der Gesetzesbegründung wird zwar ausgeführt, dass die Übermaßausstattung nach § 1624 BGB als Schenkung gilt, die durch das Genehmigungserfordernis des § 1854 Nr. 8 BGB n. F. gesondert geregelt ist.⁵⁸ Die Frage, ob die angemessene Ausstattung, für die das Schenkungsrecht nicht gilt, als „unentgeltliche Zuwendung“ anzusehen ist, behandelt die Gesetzesbegründung jedoch nicht. Dafür spricht

zunächst der klare Wortlaut. Der Begriff der Zuwendung umfasst auch die Ausstattung. Dies ergibt sich aus § 2050 Abs. 1 BGB, wo die Ausstattung als „Zuwendung“ bezeichnet wird, ebenso in § 2050 Abs. 3, § 2055 Abs. 1 und § 2316 Abs. 1 und 3 BGB. Es gibt auch keinen Grund, die (angemessene) Ausstattung aus dem Anwendungsbereich herauszunehmen, da der Betreute schon bisher durch das Genehmigungserfordernis des § 1908 BGB a. F. geschützt wurde und ein Schutzbedürfnis des Betreuten nach wie vor besteht. Eine teleologische Reduktion des § 1854 Nr. 8 BGB n. F. für die angemessene Ausstattung ist auch deshalb verfehlt, da dann die Frage des Übermaßes der Ausstattung über ihre Genehmigungsbedürftigkeit entscheiden würde, was den Bedürfnissen der Praxis nach Rechtssicherheit widersprechen würde.

Anders als bisher ist auch der Maßstab für die Erteilung einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung in der Reform geregelt (§ 1862 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. § 1821 Abs. 2 bis 4 BGB n. F.).⁵⁹

Maßgeblich sind in erster Linie die Wünsche des Betreuten (§ 1821 Abs. 2 BGB n. F.), begrenzt durch die Vorschrift des § 1821 Abs. 3 BGB n. F., hilfsweise der mutmaßliche Wille des Betreuten (§ 1821 Abs. 4 BGB n. F.).

Zu beachten ist, dass das Schenkungsverbot weiterhin für die Eltern, den Vormund (§ 1641 und § 1798 Abs. 3 BGB n. F.)⁶⁰ und den Ergänzungspfleger (§ 1813 Abs. 1 BGB n. F.) gilt. Folgerichtig gilt das Genehmigungserfordernis nach § 1854 Nr. 8 BGB n. F. nicht für die Eltern (§ 1643 Abs. 5 BGB n. F.), den Vormund (§ 1799 Abs. 1 BGB n. F.) und den Ergänzungspfleger (§ 1813 Abs. 1 BGB n. F.).

3. Erbrecht

a) Ausgleichungspflichten

aa) Ausgleichung nach §§ 2050 ff. BGB

Die Ausgleichung nach §§ 2050 ff. BGB hat bei der Auseinandersetzung des Nachlasses nur rechnerische Bedeutung. Die Erbenstellung der Miterben wird durch die Ausgleichungspflicht nicht berührt, ihre Erbquote als solche nicht gemindert, sodass die Miterben nach Maßgabe ihrer ideellen Erbteile an der Nachlassverwaltung und Verfügung über Nachlassgegenstände beteiligt sind.⁶¹

Schenkungen an Abkömmlinge sind nach § 2050 Abs. 3 BGB nur dann zur Ausgleichung zu bringen, wenn der Erblasser dies bei der Zuwendung angeordnet hat. Demgegenüber ist die Ausstattung nach § 2050 Abs. 1 BGB kraft Gesetzes ausgleichspflichtig, soweit nicht der Erblasser bei der Zuwendung ein anderes bestimmt hat. Anders als im Falle des § 1624 Abs. 1 BGB kann Ausstattungsempfänger im Rahmen der Ausstattung nach §§ 2050 ff. und § 2316 BGB auch ein entfernterer Abkömmling (zum Beispiel Enkel) sein, was sich aus dem Wortlaut („Abkömmling“ statt „Kind“)

53 OLG Stuttgart, Beschluss vom 30.06.2004, 8 W 495/03, MittBayNot 2005, 229, 230; MünchKomm-BGB/Schneider, § 1908 Rdnr. 2.

54 BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 1908 Rdnr. 4; Böhmer, MittBayNot 2005, 232, 234.

55 BT-Drucks. 19/24445, S. 290.

56 BT-Drucks. 19/24445, S. 291; Müller-Engels, ErbR 2022, 666, 668.

57 Müller-Engels, ErbR 2022, 666, 668.

58 BT-Drucks. 19/24445, S. 289; diesen Hinweis verdanke ich Frau Dr. Müller-Engels, für deren wertvolle Unterstützung zur Gesetzesreform ich sehr dankbar bin.

59 Müller-Engels, ErbR 2022, 666, 669.

60 Müller-Engels, ErbR 2022, 666 ff. Fn. 23.

61 Grüneberg/Weidlich, § 2050 Rdnr. 1.

und der Vorschrift des § 2053 BGB ergibt.⁶² Bei einer Übermaßausstattung ist nicht nur der angemessene Teil, sondern die gesamte Ausstattung, also auch der übermäßige Teil, ausgleichspflichtig.⁶³ Die Ausgleichung setzt voraus, dass die Abkömmlinge als gesetzliche Erben zur Erbfolge gelangen (§ 2050 Abs. 1 BGB) oder durch Verfügung von Todes wegen auf das eingesetzt werden, was sie als gesetzliche Erben erhalten würden oder dass ihre Erbteile so bestimmt werden, dass sie zueinander in demselben Verhältnis stehen wie gesetzliche Erbteile (§ 2052 BGB). Hat der Erblasser nur einen Teil der Abkömmlinge quotengleich als Erben eingesetzt, findet die Ausgleichung nur unter diesen statt. Der nicht quotengleiche Abkömmling scheidet für die Ausgleichsberechnung mit seinem Anteil aus.⁶⁴ Die Ausgleichung findet nur unter Abkömmlingen statt. Der Erbteil des Ehegatten wird in die Ausgleichsberechnung nicht einbezogen (§ 2055 Abs. 1 Satz 2 BGB). Hat ein Abkömmling durch eine Zuwendung mehr erhalten, als seinem Erbteil entspricht, ist er nach § 2056 Satz 1 BGB nicht zur Herausgabe des Mehrempfangs verpflichtet. Der Nachlass wird in diesem Fall unter den übrigen Miterben in der Weise geteilt, dass der Wert der Zuwendung und der Erbteil des Miterben außer Ansatz bleiben. Der Miterbe, dessen Vorempfang größer ist als sein Erbteil, scheidet demgemäß aus der Ausgleichsberechnung mit seiner Person, seiner Quote und seinem Vorempfang aus. Die Ausgleichsberechnung ist dann erneut ohne den ausgeschlossenen Miterben und ohne Berücksichtigung seines Vorempfangs durchzuführen.⁶⁵

bb) Ausgleichungspflichten bei der Pflichtteilsberechnung

Sind mehrere Abkömmlinge vorhanden, bestimmt sich der Pflichtteil eines Abkömmlings gemäß § 2316 Abs. 1 BGB nach demjenigen, was auf den gesetzlichen Erbteil unter Berücksichtigung der Ausgleichungspflichten bei der Teilung entfallen würde. Ausgleichungspflichtige Zuwendungen sind also auch bei der Pflichtteilsberechnung zu berücksichtigen (pflichtteilsrechtliche Fernwirkung). Anders als die Anrechnung einer Zuwendung auf den Pflichtteil nach § 2315 BGB führt die Ausgleichung nach § 2316 BGB aber in der Regel nicht zu einer Minderung der Gesamtpflichtteilslast, sondern zu einer Verschiebung unter den Abkömmlingen.⁶⁶

Nach § 2316 Abs. 3 BGB kann der Erblasser eine Ausstattung nach § 2050 Abs. 1 BGB nicht zum Nachteil eines Pflichtteilsberechtigten von der Berücksichtigung ausschließen. Ausstattungen müssen also immer bei der

Pflichtteilsberechnung berücksichtigt werden. Demgegenüber kann der Erblasser bei der Schenkung nach § 2050 Abs. 3 BGB auf eine Ausgleichsordnung verzichten und dies vorsorglich im Vertrag klarstellen mit der Folge, dass auch keine pflichtteilsrechtliche Fernwirkung nach § 2316 BGB eintritt.

Ist eine nach § 2316 Abs. 1 BGB ausgleichungspflichtige Zuwendung zugleich nach § 2315 BGB auf den Pflichtteil anzurechnen, kommt sie auf diesen nur mit der Hälfte des Wertes zur Anrechnung (§ 2316 Abs. 4 BGB). In diesem Fall der kumulativen Ausgleichung und Anrechnung sind zunächst die Ausgleichungspflichtteile nach §§ 2316, 2050 ff. BGB zu ermitteln (kollektive Ausgleichung). Dann ist die Hälfte des Werts der ausgleichungs- und anrechnungspflichtigen Zuwendung beim Ausgleichungspflichtteil des Zuwendungsempfängers abzuziehen (individuelle Anrechnung⁶⁷). Wegen der nur hälftigen Anrechnung der Zuwendung nach § 2316 Abs. 4 BGB kann sich der Pflichtteilsanspruch des Zuwendungsempfängers erhöhen, wenn nicht nur eine Anrechnung nach § 2315 BGB angeordnet ist, sondern zusätzlich eine Ausgleichung (bei der Ausstattung zwingend nach § 2316 Abs. 3 BGB oder bei Schenkungen aufgrund einer Anordnung nach § 2050 Abs. 3 BGB) erfolgt.⁶⁸

Eine ausgleichspflichtige Zuwendung ist bei der Pflichtteilsberechnung nach § 2316 BGB auch dann zu berücksichtigen, wenn sie bereits mehr als zehn Jahre zurückliegt. Auch zuvor findet keine Abschmelzung analog § 2325 Abs. 3 Satz 1 BGB statt⁶⁹. Ebenso wenig unterliegt der Einbezug ausgleichspflichtiger Zuwendungen in die Pflichtteilsberechnung einer Verjährung.⁷⁰

b) Verfügungsbeschränkung nach § 2113 Abs. 2 BGB

Die Verfügungsbeschränkung nach § 2113 Abs. 2 BGB gilt für alle unentgeltlichen Verfügungen des Vorerben, nicht nur für Verfügungen zur Erfüllung eines vom Vorerben erteilten Schenkungsversprechens. Rechtsgrund für die unentgeltliche Verfügung muss demnach kein Schenkungsvertrag sein.⁷¹ Die Vorschrift erfasst auch die (unentgeltliche) Ausstattung.⁷² Die Ausstattung wird sogar strenger behandelt als die Schenkung, da die Ausnahme von § 2113 Abs. 2 Satz 2 BGB für „Schenkungen“, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, auf die Ausstattung nicht anwendbar ist.⁷³

62 Siehe oben Ziffer II. 1.

63 Kerscher/Tanck, ZEV 1997, 354, 355; Jakob, AcP 207 (2007), 198, 207; MünchKomm-BGB/v. Sachsen Gessaphe, § 1624 Rdnr. 11; Grüneberg/Weidlich, § 2050 Rdnr. 7.

64 Kerscher/Tanck, ZEV 1997, 354, 357; Grüneberg/Weidlich, § 2052 Rdnr. 1.

65 Kerscher/Tanck, ZEV 1997, 354, 357.

66 Kollmeyer, NJW 2022, 1152, 1153 Rdnr. 8; BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 2316 Rdnr. 2; de Barros Fritz, ZEV 2022, 629 ff. zu den Fällen, in denen § 2316 BGB ausnahmsweise nicht nur zu einer Umverteilung der Pflichtteilslast führt.

67 BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 2316 Rdnr. 20.

68 BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 2316 Rdnr. 21.

69 Everts, MittBayNot 2011, 107, 110; Beck'sches Notar-Handbuch/Krauß, § 5 Rdnr. 183.

70 Kollmeyer, NJW 2022, 1152, 1154 Rdnr. 16.

71 BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2113 Rdnr. 16.

72 Grüneberg/Weidlich, § 2113 Rdnr. 15; BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2113 Rdnr. 21; a. A. MünchKomm-BGB/v. Sachsen Gessaphe, § 1624 Rdnr. 11 und Staudinger/Lugani, § 1624 Rdnr. 27, die übersehen, dass § 2113 BGB gerade keine „Schenkungen“ voraussetzt.

73 BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2113 Rdnr. 21.

c) Verfügungsbeschränkung nach § 2205 Satz 3 BGB

Der Testamentsvollstrecker ist nach § 2205 Satz 3 BGB zu unentgeltlichen Verfügungen nur berechtigt, soweit sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen. Wie § 2113 Abs. 2 erfasst auch § 2205 Satz 3 BGB die Ausstattung.⁷⁴ Eine solche darf der überlebende Ehegatte als Testamentsvollstrecker nur dann gewähren, wenn die entsprechende Pflicht vom Erblasser auferlegt worden ist oder die Gewährung einer sittlichen oder einer Anstandspflicht entspricht.⁷⁵ Dieser Ausnahmetatbestand wird im Grundstücksverkehr jedoch keine praktische Relevanz erlangen.⁷⁶

Schenkungen und Ausstattungen werden gleichbehandelt.

d) Pflichtteilergänzungsanspruch nach § 2325 BGB

Hat der Erblasser einem Dritten eine Schenkung gemacht, kann der Pflichtteilsberechtigte nach § 2325 Abs. 1 BGB Pflichtteilergänzung vom Erben bzw. Beschenkten (§ 2329 BGB) verlangen. Die Ausstattung gilt nach § 1624 Abs. 1 BGB nur insoweit als Schenkung, als sie das angemessene Maß überschreitet. Nur für ein Übermaß gilt nach herrschender Meinung die Vorschrift des § 2325 BGB.⁷⁷ *Jakob*⁷⁸ will demgegenüber abhängig von einer Interessenwertung im Einzelfall § 2325 BGB analog auf die gesamte Ausstattung, auch den angemessenen Teil, anwenden. Diese Wertung im Einzelfall soll sich am Spannungsfeld von innerfamiliärer Solidarität und Drittschutz ausrichten.⁷⁹ Die Mindermeinung von *Jakob* überzeugt nicht. Der Gesetzgeber hat begrifflich sehr präzise zwischen „Ausstattung“ und „Schenkungen“ – beide unter dem Oberbegriff „Zuwendung“ (§ 2316 BGB) – unterschieden, in den § 2113 Abs. 2, § 2205 Satz 3 BGB zwar beide als unentgeltlich behandelt, in § 2325 BGB aber nicht auf Unentgeltlichkeit, sondern auf das Vorliegen einer Schenkung abgestellt. Eine Regelungslücke kann hier nicht angenommen werden, zumal ja die Ausstattung nach der gesetzlichen Konzeption als Schen-

kung zu behandeln ist, soweit sie übermäßig ist.⁸⁰ Umgehungsversuchen, Vermögen zum Nachteil des Pflichtteilsberechtigten am Nachlass vorbei zu leiten, ist der Gesetzgeber damit ausreichend entgegengetreten.

Die Ausstattung unterliegt anders als die Schenkung Pflichtteilergänzungsansprüchen nur dann, wenn sie übermäßig ist und dann nur mit dem übermäßigen Teil.

e) Herausgabeanspruch des Vertragserben nach § 2287 BGB

Wie § 2325 Abs. 1 BGB setzt § 2287 BGB eine „Schenkungen“ des Erblassers voraus. Die Ausstattung fällt demgemäß nur dann in den Anwendungsbereich der Vorschrift, wenn sie übermäßig ist und dann nur mit dem übermäßigen Teil.⁸¹ Die oben dargelegten Gründe, die gegen eine analoge Anwendung des § 2325 BGB auf eine angemessene Ausstattung und auf den angemessenen Teil einer Übermaßausstattung sprechen, gelten auch für § 2287 BGB.

4. Sozialhilferecht

Die Unterscheidung zwischen Schenkung und Ausstattung ist auch im Sozialhilferecht relevant.

Bei einer Schenkung kann der Schenker im Notbedarfsfall die Herausgabe der Schenkung nach § 528 BGB verlangen. Die Verarmung im Sinne von § 528 BGB tritt spätestens zum Zeitpunkt des Sozialhilfebezugs ein. Der Sozialhilfeträger kann den Schenkungsrückforderungsanspruch aus § 528 BGB nach § 93 SGB XII per Verwaltungsakt auf sich überleiten und sodann gegen den Beschenkten durchsetzen.⁸²

Im Falle der Ausstattung ist das Schenkungsrecht nach § 1624 Abs. 1 BGB gesperrt, soweit die Ausstattung angemessen ist. Nur bei einer Übermaßausstattung gilt der entsprechende Maß übersteigende Teil als Schenkung. Der angemessene Teil ist hingegen „sozialhilfefest“.⁸³ Nur der übermäßige Teil unterliegt der Rückforderung nach § 528 BGB. Nur insoweit kann der Sozialhilfeträger den Anspruch überleiten und durchsetzen.⁸⁴

74 Bengel/Reimann/*Dietz*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 7. Aufl. 2020, § 1 Rdnr. 133.

75 Bengel/Reimann/*Dietz*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, § 1 Rdnr. 133.

76 Bengel/Reimann/*Schaub*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, § 5 Rdnr. 60.

77 *Kerscher/Tanck*, ZEV 1997, 354, 355; Beck'sches Notar-Handbuch/*Krauß*, § 5 Rdnr. 183; Langenfeld/*Fröhler*, Testamentsgestaltung, 5. Aufl. 2015, 2. Kapitel Rdnr. 103; MünchKomm-BGB/v. *Sachsen Gessaphe*, § 1624 Rdnr. 11 und 15; Nieder/*Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 21 Rdnr. 149; *Roth*, ZEV 2021, 352 Fn. 66; *Sailer*, NotBZ 2002, 81, 82; *Simon*, JuS 2012, 214, 215; *Staudinger/Lugani*, § 1624 Rdnr. 27.

78 *Jakob*, AcP 207 (2007), 198, 206 ff.

79 *Jakob*, AcP 207 (2007), 198, 211.

80 Die Ausstattung ist somit nicht mit der unbenannten Zuwendung zu vergleichen, die erst ab dem Jahre 1970 eingeführt wurde. Der historische Gesetzgeber hat unentgeltliche Zuwendungen unter Ehegatten als Schenkungen angesehen, die in den Anwendungsbereich der §§ 2287, 2288, 2325 BGB fielen (BGH, Urteil vom 27.11.1991, IV ZR 164/90, NJW 1992, 564, 565).

81 Langenfeld/*Fröhler*, Testamentsgestaltung, Kapitel 2 Rdnr. 103; *Fröhler*, BWNotZ 2010, 94; MünchKomm-BGB/v. *Sachsen Gessaphe*, § 1624 Rdnr. 11; *Schindler*, ErbR 2015, 526, 527, 528; *Staudinger/Lugani*, § 1624 Rdnr. 27.

82 *Roth*, ZEV 2021, 352, 355.

83 *Jakob*, AcP 207 (2007), 198, 203 Fn. 17; *Knodel*, ZErB 2006, 225; MünchKomm-BGB/v. *Sachsen Gessaphe*, § 1624 Rdnr. 18; *Roth*, ZEV 2021, 352, 355; *Staudinger/Lugani*, § 1624 Rdnr. 27.

84 *Roth*, ZEV 2021, 352, 357.

Im Ergebnis ist die Ausstattung für den Zuwendungsempfänger wesentlich günstiger als die Schenkung.⁸⁵

5. Die Anfechtung der Ausstattung im Anfechtungs- und Insolvenzrecht

a) Vorsatzanfechtung

Die Ausstattung kann wie die Schenkung nach § 3 Abs. 1 Satz 1 AnfG, § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO angefochten werden, wenn der Schuldner die Rechtshandlung mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat und der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Zeitlich erfasst die Vorsatzanfechtung Rechtshandlungen, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor der Anfechtung bzw. vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen hat (§ 3 Abs. 1 Satz 1 AnfG, § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO).

b) Entgeltlichkeits- oder Unentgeltlichkeitsanfechtung?

Strittig ist, ob die Ausstattung als entgeltlicher Vertrag unter nahestehenden Personen nach § 3 Abs. 4 AnfG, § 133 Abs. 4 InsO⁸⁶ oder als unentgeltliche Leistung nach § 4 Abs. 1 AnfG, § 134 Abs. 1 InsO anfechtbar ist.⁸⁷

Die Unterschiede sind erheblich.

Bei der Entgeltlichkeitsanfechtung ist eine Benachteiligungsabsicht des Schuldners und eine Kenntnis der nahestehenden Person hiervon erforderlich, die allerdings nach der gesetzlichen Beweislastverteilung nach § 3 Abs. 4 Satz 2 AnfG, § 133 Abs. 4 Satz 2 InsO vermutet werden.⁸⁸ Die Frist beträgt zwei Jahre.

Bei der Unentgeltlichkeitsanfechtung wird nach § 4 Abs. 1 AnfG, § 134 Abs. 1 InsO weder eine Benachteiligungsabsicht noch eine Kenntnis vorausgesetzt, sondern nur objektiv eine unentgeltliche Leistung.⁸⁹ Für die Anfechtung besteht eine Frist von vier Jahren.

Maßgeblich ist, ob die Ausstattung als entgeltlich oder unentgeltlich zu qualifizieren ist.

§ 4 Abs. 1 AnfG, § 134 Abs. 1 InsO setzen nach ihrem eindeutigen Wortlaut keine Schenkung voraus, sondern nur eine unentgeltliche Leistung. Die Unentgeltlichkeitsanfechtung erfasst demgemäß nicht nur Schenkungen nach § 516

BGB, sondern auch andere unentgeltliche Leistungen, und es kommt auf die Vereinbarung einer Gegenleistung und nicht auf die Einigung über die Unentgeltlichkeit in Sinne von § 516 BGB an.⁹⁰

Ein entgeltlicher Vertrag liegt vor, wenn der Leistung des Schuldners eine wirtschaftlich ausgleichende Gegenleistung gegenübersteht.⁹¹ Dies ist bei der Ausstattung grundsätzlich nicht der Fall, da diese in der Regel entweder ohne Gegenleistung erfolgt oder die Gegenleistungen nicht gleichwertig sind und deshalb zu einem teilentgeltlichen Rechtsgeschäft führen. Die Ausstattung ist also regelmäßig eine unentgeltliche oder teilweise unentgeltliche Leistung. In beiden Fällen sind die § 4 Abs. 1 AnfG, § 134 Abs. 1 InsO anwendbar.⁹² Sollte der Wert der Gegenleistungen ausnahmsweise nicht hinter dem Wert des Zugewendeten zurückbleiben,⁹³ würde ein entgeltlicher Vertrag vorliegen, der nach § 3 Abs. 4 AnfG, § 133 Abs. 4 InsO anfechtbar wäre.

Da es für die Abgrenzung auf eine wirtschaftlich ausgleichende Gegenleistung ankommt, ist auch die Argumentation, die „sittliche Pflicht“ bei der Ausstattung würde eine Unentgeltlichkeitsanfechtung ausschließen, nicht überzeugend. Eine sittliche Pflicht spielt hier keine Rolle.⁹⁴ Der Gesetzgeber hat die Ausnahmen in § 4 Abs. 2 AnfG und § 134 Abs. 2 InsO bewusst beschränkt auf ein „gebräuchliches Gelegenheitsgeschenk geringen Werts“.⁹⁵ Eine Ausnahme im Falle einer sittlichen Pflicht wie zum Beispiel bei § 534 BGB und § 1798 Abs. 3 Satz 2 BGB n. F. wurde nicht vorgesehen.

Auch der Normzweck von § 4 Abs. 1 AnfG und § 134 Abs. 1 InsO spricht für ihre Anwendung auf die Ausstattung. Der Zuwendungsempfänger ist weniger schutzwürdig als die Gläubiger, wenn er keine gleichwertige Gegenleistung erbracht hat. Ihm wird deshalb der Vertrauensschutz versagt.⁹⁶

Die Ausstattung ist daher ebenso wie die Schenkung als unentgeltliche Leistung nach § 4 Abs. 1 AnfG, § 134 Abs. 1 InsO anfechtbar, wenn sie nicht ganz ausnahmsweise wie zum Beispiel im Falle einer Betriebsübergabe vollentgeltlich⁹⁷ ausgestaltet ist.

85 In dem Beispielsfall von *Roth* (ZEV 2021, 352, 356) reduzierte sich die Forderung des Sozialhilfeträgers von 50.000 € auf 25.000 €.

86 Palandt/*Diederichsen*, 65. Aufl. 2006, § 1624 Rdnr. 3; Beck'sches Notar-Handbuch/*Krauß*, § 5 Rdnr. 183.

87 *Jakob*, AcP 207 (2007), 198, 213; MünchKomm-BGB/v. *Sachsen Gessaphe*, § 1624 Rdnr. 16; *Sailer*, NotBZ 2002, 81, 83; *Staudinger/Lugani*, § 1624 Rdnr. 4; *Braun*, InsO, 6. Aufl., § 134 Rdnr. 34; *Reul/Heckschen/Wienberg*, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2022, § 2 Rdnr. 220 c.

88 § 134 Abs. 4 InsO stellt keinen eigenständigen Anfechtungstatbestand dar, sondern lediglich eine durch die Beweislastumkehr begründete besondere Spielart der Vorsatzanfechtung (*Reul/Heckschen/Wienberg*, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, § 2 Rdnr. 248).

89 *Rosendorfer*, RNotZ 2020, 357, 361.

90 *Bork*, NZI 2018, 1, 3; *Rosendorfer*, RNotZ 2020, 357, 361.

91 *Rosendorfer*, RNotZ 2020, 357, 360.

92 *Ganter*, NZI 2015, 249; 254; *Rosendorfer*, RNotZ 2020, 357, 361.

93 Siehe zum vollentgeltlichen Vertrag als Ausstattung *Ziffer* II. 5.

94 *Jakob*, AcP 207 (2007), 198, 212, 213; MünchKomm-BGB/v. *Sachsen Gessaphe*, § 1624 Rdnr. 16; *Sailer*, NotBZ 2002, 81, 83.

95 *Sailer*, NotBZ 2002, 81, 83.

96 *Bork*, NZI 2018, 1, 2; *Sailer*, NotBZ 2002, 81, 83; *Staudinger/Lugani*, § 1624 Rdnr. 4.

97 Siehe zum vollentgeltlichen Vertrag als Ausstattung *Ziffer* II. 5.

6. Vergleich von Schenkung und Ausstattung in einer Tabelle

Vorschrift/en	Schenkungen	Ausstattung
§§ 518, 519 §§ 528, 530 BGB (Überleitung auf Sozialhilfeträger)	anwendbar	nicht anwendbar, soweit Ausstattung angemessen
§ 1374 Abs. 2, § 1375 Abs. 2 Nr. 1 BGB	anwendbar	anwendbar
§§ 1641, 1798 Abs. 3, § 1813 Abs. 1 BGB (Schenkungsverbot)	anwendbar für Eltern, Vormund und Ergänzungspfleger	Ausstattung aus dem Vermögen von Minderjährigen altersbedingt ausgeschlossen
§ 1854 Nr. 8 BGB (Genehmigungsvorbehalt)	anwendbar für den Betreuer	anwendbar für den Betreuer
§ 2050 BGB	anwendbar, falls positive Anordnung der Ausgleichung	kraft Gesetzes anwendbar, falls nichts anderes angeordnet
§ 2316 BGB	anwendbar bei Anordnung der Ausgleichung	zwingend anwendbar
§ 2113 Abs. 2 BGB	anwendbar	anwendbar
§ 2205 Satz 3 BGB	anwendbar	anwendbar
§ 2287 BGB	anwendbar	nicht anwendbar, soweit Ausstattung angemessen
§ 2325 BGB	anwendbar	nicht anwendbar, soweit Ausstattung angemessen
§ 4 AnfG, § 134 InsO	als unentgeltliche Leistung anfechtbar	als unentgeltliche Leistung anfechtbar

IV. Gestalterische Überlegungen

1. Vorteile der Ausstattung gegenüber der Schenkung hinsichtlich der Rückforderungsansprüche des Sozialhilfeträgers

Wollen die Vertragspartner den Zuwendungsempfänger vor einer Rückforderung wegen Verarmung (§ 528 BGB) des Gebers schützen und eine Überleitung des Rückforderungsanspruchs auf den Sozialhilfeträger vermeiden (sozialhilfefeste Zuwendung), ist die Ausstattung günstiger als die Schenkung. Denn der Anspruch aus § 528 BGB besteht bei der angemessenen Ausstattung überhaupt nicht und bei der Übermaßausstattung nur für den überschießenden Teil.

2. Ersetzung des Schenkungsverbots durch einen gerichtlichen Genehmigungsvorbehalt bei der Betreuung

Durch das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 04.05.2021 (BGBl. I, S. 882 ff.) wurde das bisherige Schenkungsverbot (§ 1908i Abs. 2, § 1804 BGB a. F.) für den Betreuer aufgehoben und durch einen gerichtlichen Genehmigungsvorbehalt (§ 1854 Nr. 8 BGB n. F.) ersetzt. Das Damoklesschwert der Nichtigkeit der Schenkung oder Ausstattung durch den Betreuer trotz erteilter betreuungsgerichtlicher Genehmigung schwebt nun nicht mehr über dem Vertrag, was aus Sicht der Vertragspraxis zu begrüßen ist.

3. Empfehlungen im Hinblick auf das Pflichtteilsrecht

Pflichtteilsrechtlich ist die Wahl zwischen Ausstattung und Schenkung besonders schwierig, da die Ausstattung sowohl Vorteile als auch Nachteile gegenüber der Schenkung haben kann. Ist bei der Zuwendung schon absehbar, von wem Pflichtteilsansprüche und Pflichtteilsergänzungsansprüche geltend gemacht werden könnten, können folgende Überlegungen hilfreich sein. Vorweg ist zu berücksichtigen, ob der Ehegatte des Veräußerers und/oder die Geschwister des Erwerbers bereit sind, vollständige oder gegenständlich beschränkte Pflichtteilsverzicht abzugeben.

a) Drohen Pflichtteilsansprüche und Pflichtteilsergänzungsansprüche vom Zuwendungsempfänger selbst zum Beispiel gegenüber dem Ehegatten des Gebers, der als dessen Alleinerbe eingesetzt ist, kann die Ausstattung gegenüber der Schenkung wegen § 2316 Abs. 4 BGB (nur hälftige Anrechnung auf den Pflichtteil) nachteilig sein. Die Ausstattung ist nach § 2316 Abs. 3 BGB zwingend bei der Berechnung zu berücksichtigen. Die bloße Ausstattung ohne Anrechnung auf den Pflichtteil nach § 2315 BGB verschiebt nur die Höhe Pflichtteilsansprüche unter den Abkömmlingen, ohne die gesamte Pflichtteilslast des Ehegatten zu verringern.⁹⁸ Bei kumulativer Ausgleichung und Anrechnung wird nur die Hälfte des Wertes der Zuwendung auf den Pflichtteilsanspruch angerechnet (§ 2316 Abs. 4 BGB). Die Kombination von Ausgleichung und Anrechnung reduziert deshalb regelmäßig die Gesamtpflichtteilslast des erbenenden Ehegatten weniger als eine Schenkung mit ausschließlicher Anrechnung des vollen Wertes der Zuwendung auf den Pflichtteil nach § 2315 BGB.⁹⁹ Denn die Schenkung hat – anders als die Ausstattung gemäß § 2316 Abs. 3 BGB – keine zwingende pflichtteilsrechtliche Fernwirkung. Die gewollte Ausgleichung unter Abkömmlingen kann dann besser durch Verfügung von Todes wegen herbeigeführt werden.¹⁰⁰ Bei der Schenkung findet nach § 2050 Abs. 3 BGB eine Ausgleichung nur bei entsprechender Anordnung des

⁹⁸ BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 2316 Rdnr. 2.

⁹⁹ BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 2316 Rdnr. 21; Langenfeld/Fröhler, Testamentsgestaltung, 2. Kapitel Rdnr. 344.

¹⁰⁰ Everts, MittBayNot 2011, 107, 111; Fröhler, BWNNotZ 2010, 94, 104.

Erblassers statt. Da eine solche Anordnung jedoch auch stillschweigend getroffen werden kann,¹⁰¹ sollte vorsorglich im Vertrag klargelegt werden, dass die Zuwendung nicht auszugleichen ist. Alternativ könnte bei einer Schenkung die Ausgleichung unter der Bedingung angeordnet werden, dass sich hierdurch der Pflichtteil des Beschenkten im Gegensatz zur ausschließlichen Pflichtteilsanrechnung nicht erhöht.¹⁰²

b) Drohen von den Geschwistern des Zuwendungsempfängers Pflichtteilsansprüche und Pflichtteilsergänzungsansprüche, sind folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen:

aa) Für die Ausgleichung nach § 2316 BGB gilt weder die Abschmelzung noch die Zehnjahresfrist des § 2325 Abs. 3 Satz 1 und 2 BGB, wobei die Frage des Fristbeginns bei § 2325 Abs. 3 BGB (zum Beispiel beim Nießbrauchsvorbehalt) zu beachten ist.

bb) Die Ausstattung unterliegt Pflichtteilsergänzungsansprüchen nur dann, wenn sie übermäßig ist und dann nur mit dem übermäßigen Teil.

cc) Für eine Zuwendung, die den Erbteil des Begünstigten übersteigt, besteht keine Herausgabepflicht des Mehrempfängers im Rahmen der Ausgleichung (§ 2056 BGB). Dies ist für den Ausstattungsempfänger besonders günstig, wenn im Zeitpunkt der Ausstattung noch anderweitiges erhebliches Vermögen des Gebers vorhanden war, das sich später bis zu dessen Tode reduziert, da für die Frage des Übermaßes der Ausstattung der Zeitpunkt der Zuwendung maßgeblich ist. Die angemessene Ausstattung unterliegt dann nicht der Pflichtteilsergänzung und der Erwerber muss

¹⁰¹ MünchKomm-BGB/Ann, § 2050 Rdnr. 32.

¹⁰² Fröhler, BWNotZ 2010, 94, 104; Beck'sches Notar-Handbuch/Krauß, § 5 Rdnr. 104, 105; Langenfeld/Fröhler, Testamentsgestaltung, 2. Kapitel Rdnr. 345 mit Formulierungsvorschlag; Sailer, NotBZ 2002, 81, 85; BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 2316 Rdnr. 21.

nach § 2056 BGB den Mehrempfang auch nicht herausgeben.¹⁰³

Welche Gestaltungsvariante pflichtteilsrechtlich günstiger ist, hängt im Einzelfall auch von der Lebenserwartung des Gebers (§ 2325 Abs. 3 Satz 1 und 2 BGB) und der Wertrelation der Zuwendung gegenüber dem Restvermögen des Zuwendenden sowohl im Zeitpunkt der Zuwendung (Angemessenheit der Ausstattung) als auch im Zeitpunkt des Todes des Veräußerers (§ 2056 BGB) ab und kann nicht allgemein, sondern nur im Einzelfall beantwortet werden.

c) Ist zu befürchten, dass der (ggf. neue) Ehepartner des Gebers Pflichtteilsansprüche und Pflichtteilsergänzungsansprüche geltend macht, ist die Ausstattung vorteilhaft. Der Ehegatte wird in die Ausgleichung der Zuwendung beim Pflichtteil nach § 2316 BGB nicht einbezogen, sodass sich dessen Pflichtteilsanspruch nach dieser Vorschrift nicht erhöht. Die Ausstattung führt nur dann zu Pflichtteilsergänzungsansprüchen nach § 2325 BGB, wenn sie übermäßig ist und in einem solchen Falle nur in Höhe des übermäßigen Teils der Ausstattung.

4. Erbvertragliche oder testamentarische Bindungen

Im Falle einer erbvertraglichen Bindung des Zuwendenden oder Bindung aufgrund eines wechselbezüglichen gemeinschaftlichen Testamentes nach dem Tode des Erstversterbenden droht dem Beschenkten ein Herausgabeanspruch des bindend Bedachten nach § 2287 BGB. Hier ist die Ausstattung gegenüber der Schenkung für den Zuwendungsempfänger günstiger, weil ein Herausgabeanspruch nach § 2287 BGB nur dann besteht, wenn die Ausstattung übermäßig ist und in diesem Falle auch nur in Höhe des Übermaßes.

¹⁰³ Langenfeld/Fröhler, Testamentsgestaltung, 2. Kapitel Rdnr. 213 mit vergleichenden Beispielen.



Praxisupdate Öffentliches Recht: Rücknahme und Widerruf von privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten sowie Aktuelles zum Kauf von der Gemeinde

Von Notar und Priv.-Doz. Dr. **Patrick Meier**, Bischofsheim i. d. Rhön/Würzburg, und Rechtsanwalt Dr. **Tobias Leidner**, Bamberg

Das öffentliche Recht hat für die notarielle Praxis zwar keine unmittelbar täglich vertiefte, aber doch insoweit beständige Relevanz, als der Notar insbesondere im Bereich des Grundstücksverkehrs wiederholt mit Fragen aus diesem Gebiet befasst ist. Während im vergangenen Jahr vor allem die Neuerungen im Zuge des Baulandmobilisierungsgesetzes im Vordergrund standen, sollen nunmehr zwei Entwicklungsstränge aus der aktuellen Rechtsprechung beleuchtet werden. Dabei gibt eine Entscheidung des BGH Anlass, die Frage der nachträglichen Aufhebung von rechtsgestaltenden Verwaltungsakten und ihre Auswirkungen auf die notarielle Praxis näher zu beleuchten, ehe der Blick auf aktuelle Probleme des notariellen „Dauerbrenners“, der gemeindlichen Grundstückskaufverträge, gelegt werden soll.

I. Aufhebung privatrechtsgestaltender Verwaltungsakte und notarieller Vertragsvollzug

Der BGH hatte sich im Jahr 2022 mit der Frage der Aufhebung einer bereits erteilten Genehmigung nach dem GrdstVG zu befassen.¹ Nur auf den ersten Blick widmet sich die Entscheidung Sonderfragen rund um das GrdstVG. Bei genauerer Betrachtung weist der Beschluss auf wesentliche allgemeine Fragen aus diesem Bereich, die für die notarielle Praxis über den Einzelfall hinaus Bedeutung haben können, weil die Wirkungen privatrechtsgestaltender Verwaltungsakte beleuchtet werden. Dies hat für die Notare auch im Hinblick auf gemeindliche Vorkaufsrechte, Negativzeugnisse/Negativatteste² und sonstige privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte Relevanz.

1. Problemaufriss

Der Notar ist in der Praxis mit einer Vielzahl öffentlichrechtlicher Genehmigungserfordernisse (§ 18 BeurkG) und gesetzlicher Vorkaufsrechte (§ 20 BeurkG) konfrontiert. Bei

den hierzu ergehenden Erklärungen der Behörden handelt es sich ganz überwiegend um sog. privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte.³ Ein solcher zeichnet sich dadurch aus, dass er trotz seiner öffentlichrechtlichen Natur zivilrechtliche Rechtsverhältnisse begründet, verändert oder beseitigt⁴ So zieht exemplarisch die Ausübung eines gesetzlichen Vorkaufsrechts ein privatrechtliches Schuldverhältnis in Form eines (weiteren) Kaufvertrags nach sich.

Inhaltlich nichts anderes gilt für die meisten Genehmigungserfordernisse im Grundstücksrecht (zum Beispiel die Genehmigung von Verfügungen im Umlegungsgebiet, § 51 BauGB; im Sanierungsgebiet, § 144 BauGB; nach dem GrdstVG etc.). Selbst ein (bloßes) Negativattest (etwa im Falle des gemeindlichen Vorkaufsrechts oder Genehmigung nach dem GrdstVG) kann privatrechtsgestaltenden Charakter aufweisen, weil es nicht nur das Fehlen des Vorkaufsrechts oder der Genehmigungsbedürftigkeit feststellt, sondern, soweit diese Rechte materiell doch gegeben sein sollten, den Verzicht hierauf erklärt oder die Genehmigung erteilt und ihm zudem mitunter (vgl. § 28 Abs. 1 Satz 4 BauGB, § 5 Satz 2 GrdstVG) sogar kraft Gesetzes eine fiktive Gestaltungswirkung zukommt.⁵

Verwaltungsakte, auch solche mit Gestaltungswirkung, werden mit ihrer Bekanntgabe wirksam (§ 43 Abs. 1 VwVfG). Daher kommt mit Bekanntgabe des Ausübungsbescheids beim Vorkaufsrecht der zweite Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsrechtsverpflichtetem und der Gemeinde zustande; mit Bekanntgabe des Genehmigungsbescheids wird ein bisher schwebend unwirksames Rechtsgeschäft wirksam. Für den Notar hat damit diese, die zumeist aufgrund Vollmacht unmittelbar an ihn erfolgt, zentrale Bedeutung für den Vollzug der Urkunde.

Erhebliche Probleme wirft dabei allerdings die Situation auf, dass eine einmal bekanntgegebene und wirksam gewordene Erklärung nachträglich durch Rücknahme oder Widerruf beseitigt werden soll. In diesem Fall wird der Vollzug regel-

1 BGH, Beschluss vom 29.04.2022, BLw 5/20, MittBayNot 2022, 498 ff.

2 Im vorliegenden Beitrag dreht es sich dabei ausschließlich um das Negativattest zum gemeindlichen Vorkaufsrecht nach dem BauGB.

3 Für das gemeindliche Vorkaufsrecht BeckOK-BauGB/Grziwotz, Stand: 01.09.2022, § 28 Rdnr. 21.

4 Barczak, Jus 2018, 238, 239; Stelkens/Bonk/Sachs/Stelkens, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 35 Rdnr. 216 f.

5 BeckOK-BauGB/Grziwotz, § 28 Rdnr. 8.

mäßig bereits abgeschlossen sein, sodass erhebliche Risiken für die Beteiligten bestehen, da sie auf einen möglicherweise unwirksamen oder sonst nicht ihren Vorstellungen entsprechenden Vertrag geleistet haben, ohne dass ihnen dies bekannt war.

2. Sachverhalt und Entscheidungsgründe

a) Sachverhalt

Mit der Problematik der Rücknahme eines solche Verwaltungsakts befasst sich die Entscheidung des BGH. Der Sachverhalt spielt im Bereich des GrdstVG und hat daher zunächst keinen unmittelbaren notariellen berufs- oder haftungsrechtlichen Bezug.⁶

Im Juni 2015 verkaufen mehrere Gesellschaften eines Konzerns in ihrem Alleineigentum stehende Grundstücke an eine ebenfalls dem Konzern zugehörige Gesellschaft. Im Juli 2015 wird zunächst die Genehmigung nach dem GrdstVG durch den Landkreis erteilt. Im August 2015 werden dann aber 94,9 % der Geschäftsanteile am Erwerber an eine konzernfremde Gesellschaft übertragen, obwohl gegenüber der Behörde angegeben wurde, dass der Verkauf der Aufteilung in betriebs- und grundbesitzhaltende Gesellschaften innerhalb des Konzerns dienen sollte. Nach Eintragung des Erwerbers im Grundbuch im Februar 2016 wird der Landkreis auf den Sachverhalt aufmerksam und kündigt die beabsichtigte Aufhebung der erteilten Grundstücksverkehrsgenehmigung an. Mit Bescheid vom September 2017 hebt er die Grundstücksverkehrsgenehmigung hinsichtlich eines Teils der veräußerten Flächen auf, wobei zugleich die Eintragung eines Widerspruchs nach § 7 Abs. 2 GrdstVG veranlasst wird.

b) Entscheidungsgründe

Der BGH bewertet, soweit aufgrund der festgestellten Tatsachen durchführbar, das Vorgehen der Behörde als rechtmäßig.

Zunächst hält der BGH mit der bisher herrschenden Meinung daran fest, dass die Rücknahme privatrechtsgestaltender Verwaltungsakte grundsätzlich möglich sei.⁷ § 48 Abs. 3 VwVfG sei insoweit maßgeblich, da die Genehmigung weder eine Geld- noch eine Sachleistung darstelle.⁸

Die Rücknahme des Verwaltungsakts könne zudem auf einzelne Kaufgegenstände beschränkt werden, wenn es sich hierbei um rechtlich selbstständige Verträge handle.⁹ Dem stehe die Aufnahme in eine Urkunde nicht grundsätzlich entgegen, wenn anderweitige Anhaltspunkte existierten, die eine Aufteilung in mehrere Verträge rechtfertigten.

6 Ausführlich zum Sachverhalt BGH, Beschluss vom 29.04.2022, BLw 5/20, MittBayNot 2022, 498, 499.

7 BGH, Beschluss vom 29.04.2022, BLw 5/20, MittBayNot 2022, 498, 501 Rdnr. 16.

8 BGH, Beschluss vom 29.04.2022, BLw 5/20, MittBayNot 2022, 498, 501 Rdnr. 16.

9 BGH, Beschluss vom 29.04.2022, BLw 5/20, MittBayNot 2022, 498, 501 Rdnr. 19.

Auch § 7 Abs. 3 GrdstVG, der bei der grundbuchlichen Eintragung eines nicht genehmigten Rechtsgeschäfts nach einem Zeitablauf von einem Jahr eine Genehmigungsfiktion vorsieht, kollidiere hiermit nicht.¹⁰ Die Norm sei auf die Rücknahme einer erteilten Genehmigung weder direkt noch analog anwendbar, da § 7 Abs. 3 GrdstVG nur die *fehlende* Genehmigung erfasse.¹¹ § 48 VwVfG wirke insoweit als Spezialvorschrift.¹² Allerdings müsse die gesetzgeberische Wertung des § 7 Abs. 3 GrdstVG im Rahmen des § 48 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 VwVfG berücksichtigt werden, sodass im Regelfall ein Jahr nach Eintragung im Grundbuch das schutzwürdige Vertrauen der Vertragsbeteiligten das öffentliche Aufhebungsinteresse überwiege.¹³ Anderes habe aber zu gelten, wenn die in § 48 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 Satz 2 VwVfG genannten Voraussetzungen vorlägen, da dann für die Rücknahme ein schutzwürdiges Vertrauen nicht entstehen könne. Die Rücknahme könne in solchen Konstellationen zeitlich unbegrenzt erfolgen.¹⁴

3. Dogmatische Überlegungen zur Aufhebung privatrechtsgestaltender Verwaltungsakte

Die Entscheidung des BGH wirft ein Schlaglicht auf nicht unerhebliche Fragestellungen für den Notar, da die Wirksamkeit des Vertrags (zumindest im Falle der Genehmigung) sowie die Vollzugsfähigkeit vom Fortbestand des ursprünglichen privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts maßgeblich abhängen. In der Sache ist zwischen der Rücknahme und dem Widerruf solcher Verwaltungsakte zu unterscheiden.

a) Die Rücknahme privatrechtsgestaltender Verwaltungsakte, § 48 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 VwVfG

Als praktisch besonders bedeutsam erweist sich die Möglichkeit der Rücknahme eines privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts nach § 48 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 VwVfG.

aa) Streitstand

Aufgrund der erheblichen Folgewirkungen wird insbesondere in der bauplanungsrechtlichen Literatur zum Negativattest vertreten, dass dieses generell nicht rücknahmefähig sei.¹⁵ Teilweise wird dies mit der Verzichtswirkung,¹⁶ teilweise allgemein mit der privatrechtsgestaltenden Wirkung¹⁷ und darüber hinaus mit dem Vertrauensschutz der Beteilig-

10 BGH, Beschluss vom 29.04.2022, BLw 5/20, MittBayNot 2022, 498, 502 Rdnr. 23.

11 BGH, Beschluss vom 29.04.2022, BLw 5/20, MittBayNot 2022, 498, 502 Rdnr. 24.

12 BGH, Beschluss vom 29.04.2022, BLw 5/20, MittBayNot 2022, 498, 502 Rdnr. 25.

13 BGH, Beschluss vom 29.04.2022, BLw 5/20, MittBayNot 2022, 498, 503 Rdnr. 30.

14 BGH, Beschluss vom 29.04.2022, BLw 5/20, MittBayNot 2022, 498, 503 Rdnr. 31.

15 BeckOK-BauGB/*Grziwotz*, § 28 Rdnr. 9; EZBK/*Stock*, BauGB, Stand: August 2022, § 28 Rdnr. 18a; Battis/*Krautzberger/Löhr/Reidt*, BauGB, 15. Aufl. 2022, § 28 Rdnr. 8.

16 EZBK/*Stock*, BauGB, § 28 Rdnr. 18a.

17 Battis/*Krautzberger/Löhr/Reidt*, BauGB, § 28 Rdnr. 8.

ten¹⁸ begründet. Ebenfalls findet sich als Argument, dass ein systematisch-teleologisches Verständnis aus § 28 Abs. 5 Satz 2 BGB diese Folge erzwingt, da ein Widerruf eines allgemeinen Verzichts (d. h. durch Allgemeinverfügung) nur mit Wirkung für die Zukunft zulässig ist.¹⁹

Dagegen bejaht die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur²⁰ die Rücknahmefähigkeit privatrechtsgestaltender Verwaltungsakte im gleichen Umfang wie die Aufhebung sonstiger Verwaltungsakte, weil die maßgeblichen Regelungen des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrecht nicht zwischen gestaltenden Verwaltungsakten und sonstigen differenzieren.

bb) Stellungnahme

Mit der herrschenden Ansicht, die durch die vorliegende Entscheidung des BGH noch einmal bestätigt wird, ist die Befugnis zur Rücknahme zu bejahen. Weder findet sich im Wortlaut der Norm ein Anhalt für eine Differenzierung noch ist sie systematisch geboten. Der Zweck der Rücknahmenvorschriften (Einhaltung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung²¹) gebietet die Möglichkeit zur Aufhebung auch privatrechtsgestaltender Verwaltungsakte. Nur so kann eine etwaige Rechtswidrigkeit durch die Verwaltung wieder beseitigt werden.

b) Vertrauensschutz auf Rechtsfolgensebene, § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG?

Auch wenn die Tatbestandsvoraussetzungen gegeben sind, stellt sich auf Rechtsfolgenseite jedoch stets die Frage, ob die Rücknahme ermessensgerecht erfolgen kann. An dieser Stelle ist das Spannungsfeld von Rechtssicherheit und dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung unmittelbar verortet. Obgleich § 48 Abs. 3 VwVfG bei privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten anzuwenden ist, muss im Rahmen der gemäß § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG erforderlichen Ermessensausübung eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Herstellung gesetzmäßiger Zustände und dem Interesse des Betroffenen an der Aufrechterhaltung des ihn begünstigenden Verwaltungsakts erfolgen.²² Geboten ist nach zutreffender Ansicht folglich eine umfassende Güterabwägung unter Einbeziehung aller wesentlichen Umstände des konkreten Einzel-

falls, wozu auch spezifische Vertrauensschutzgesichtspunkte gehören.²³

aa) Entstehung eines nicht ausgleichsfähigen Vermögensnachteils

Die Rücknehmbarkeit des Verwaltungsakts ist insbesondere dann fraglich, wenn das in den Verwaltungsakt gesetzte Vertrauen bereits durch Austausch der wechselseitigen Leistungen hinsichtlich des Vertrags oder eine Grundbucheintragung betätigt wurde. Zwar greift insoweit § 48 Abs. 2 Satz 2 VwVfG nicht ein. Allerdings sind bei der Ermessensprüfung immer Vertrauensschutzgesichtspunkte und damit auch die im Vertrauen auf den Bestand des Verwaltungsakts getätigten Dispositionen zu berücksichtigen. Zudem wird bei privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten im Grundstücksverkehr nicht selten ebenfalls ein immaterieller Schaden entstehen. Dieser ist gleichermaßen bei der Ermessensprüfung nach § 48 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 VwVfG zu berücksichtigen.²⁴ Maßgeblich ist folglich, ob sich ein nicht kompensierbarer Schaden ergibt, da reine Vermögensschäden bereits durch § 48 Abs. 3 VwVfG zu ersetzen sind und deshalb keine entscheidende Relevanz für die Ermessensausübung haben können. Ein solcher, nicht ausgleichsfähiger Vermögensnachteil kann gerade in dem Entzug der Eigentümerposition am Grundstück liegen, wenn es im Einzelfall für die Vertragsbeteiligten einen besonderen ideellen Wert hat (Familienwohnheim) oder für die Betroffenen eine Zugriffsmöglichkeit auf ein anderes Grundstück in einem Gemeindegebiet nicht ohne Weiteres gegeben ist (Marktzugangshindernis in Zeiten der Bodenknappheit). In solchen Fällen der Entstehung ideeller bzw. immaterieller Nachteile kann Vertrauensschutz nicht über einen Vermögensausgleich nach § 48 Abs. 3 VwVfG geschaffen werden, sodass das Vertrauen der Betroffenen im Rahmen der Abwägung durch Bestandsschutz gewahrt werden muss.

bb) Berücksichtigung von Drittinteressen

In der Abwägung selbst sind neben den öffentlichrechtlichen Interessen und denen des Adressaten des Verwaltungsakts stets auch Belange Dritter zu berücksichtigen. Dabei kommt es richtigerweise nicht darauf an, ob Genehmigungen oder Negativatteste betroffen sind oder ob es um die Beseitigung einer Vorkaufsrechtsausübung geht.

18 BeckOK-BauGB/Grziwotz, § 28 Rdnr. 9.

19 DNotl-Report 2019, 21, 23.

20 BVerwG, Urteil vom 12.08.1977, IV C 20.76, NJW 1978, 338, 339; Zacharias, NVwZ 2002, 1306, 1307; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 22. Aufl. 2021, § 48 Rdnr. 39 und § 49 Rdnr. 18a; Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, VwVfG, § 48 Rdnr. 92.

21 Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, VwVfG, § 48 Rdnr. 28.

22 BGH, Beschluss vom 29.04.2022, BLW 5/20, MittBayNot 2022, 498, 501 Rdnr. 29.

23 BVerwG, Beschluss vom 30.09.2003, 2 B 10/03, BeckRS 2003, 24831; Urteil vom 24.05.2012, 5 C 17/11 NVwZ-RR 2012, 862, 864 Rdnr. 27; Beschluss vom 14.04.2010, 8 B 88.09, BeckRS 2010, 49200 Rdnr. 9; Schoch/Schneider/Schoch, VwVfG, Stand: August 2022, § 48 Rdnr. 197; allerdings sind sich die unterschiedlichen Senate des BVerwG keineswegs über die Berücksichtigung von Vertrauensschutz im Rahmen der Ermessensentscheidung nach § 48 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 VwVfG einig, dagegen etwa der 3. Senat: BVerwG, Urteil vom 28.01.2010, 3 C 17.09, NVwZ-RR 2010, 801, und der 9. Senat: BVerwG, Urteil vom 20.03.1990, 9 C 12.89, NVwZ 1990, 1066, 1067; vgl. insgesamt zur Problematik Struzina/Lindner, NVwZ 2016, 1295, 1297 ff.

24 Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, VwVfG, § 48 Rdnr. 182; BeckOK-VwVfG/J. Müller, Stand: 01.10.2022, § 48 Rdnr. 87.

Mit der Rücknahme der Genehmigung wird der Vertrag ex tunc unwirksam; die Rücknahme des Negativattests führt zur Grundbuchsperrung und zur Aufhebung eines etwaigen hiermit verbundenen Verzichts. Diese Vorgänge berühren daher immer die Interessen aller am Vertrag beteiligten Personen.

Weniger offenkundig ist dagegen die Drittbetroffenheit bei einer Rücknahme einer Vorkaufsrechtsausübung. Das Vertragsverhältnis zwischen Erstkäufer und Vorkaufsrechtsberechtigten wird hierdurch zunächst nicht unmittelbar tangiert, da der in der Folge zustande kommende Vertrag den Erstkaufvertrag nicht ersetzt, sondern nur neben ihm tritt.

Eine solche Betrachtung würde aber dennoch zu kurz greifen, da erhebliche praktische und regelmäßig auch rechtliche Auswirkungen mit der Ausübung des Vorkaufsrechts im Verhältnis zum Erstkäufer bestehen.²⁵ Der Kaufvertrag zwischen ihm und dem Verkäufer ist in diesem Fall nicht vollzugsfähig, sodass zwar die schuldrechtliche Beziehung fortbesteht, jedoch Unmöglichkeit zumindest hinsichtlich der mangelfreien Eigentumsverschaffung (§ 275 Abs. 1 BGB) eintritt. Kommt es zur Aufhebung der Vorkaufsrechtsausübung, so werden diese Hindernisse wieder beseitigt, weshalb auch die Interessen des Erstkäufers Beachtung finden müssen.

c) Der Widerruf rechtmäßiger privatrechtsgestaltender Verwaltungsakte, § 49 Abs. 2 VwVfG

Gelegentlich kommt statt der Rücknahme auch der Widerruf eines rechtmäßigen privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts in Betracht.²⁶ Hierzu wird teilweise vertreten, dass ein solcher nach Eintritt der Gestaltungswirkung generell unzulässig sei.²⁷ Dem widerspricht allerdings die weit überwiegende Meinung in der Literatur und will daher auch Verwaltungsakte mit Gestaltungswirkung vom Tatbestand des § 49 VwVfG erfasst sehen, wobei jedoch der Vertrauensschutz der Verfahrensbeteiligten verstärkt im Ermessen zu berücksichtigen sei. Damit komme es vor allem auf die Prüfung des endgültigen Charakters des rechtsgestaltenden Verwaltungsakts an.²⁸

Die herrschende Ansicht ist zumindest insoweit zutreffend, als der Wortlaut des Gesetzes privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte nicht privilegiert und daher der Anwendungsbereich der Norm grundsätzlich eröffnet ist. Ein Widerruf kommt demnach grundsätzlich auch hierbei in Betracht.

Allerdings bestimmt § 49 Abs. 2 VwVfG, dass ein Widerruf ausschließlich für die Zukunft erfolgen *kann*, soweit es sich nicht um einen Geld- oder einen Sachleistungsverwaltungsakt handelt. Zu den genannten gehört ein privat-

rechtsgestaltender Verwaltungsakt jedoch nicht,²⁹ wobei es ohne Belang ist, ob es sich um öffentlichrechtliche Genehmigungen, die Ausübung eines Vorkaufsrechts oder ein Negativattest handelt. Infolgedessen ist der Verwaltungsakt stets allein für die Zukunft widerrufenlich, sodass sich die Frage nach den dann eintretenden Rechtsfolgen stellt.

aa) Öffentlichrechtliche Genehmigungen

Ist durch die Erteilung einer öffentlichrechtlichen Genehmigung die Rechtslage in Form der Wirksamkeit des zu genehmigenden Vertrags bereits endgültig eingetreten, kann hieran auch ein Widerruf für die Zukunft nichts mehr ändern. Dieser ist daher bedeutungslos, weshalb er richtigerweise auch rechtlich ausgeschlossen ist, da er zumindest ermessenfehlerhaft ist, wenn er nichts mehr zur Rechtmäßigkeit des Verwaltungshandelns beitragen kann. Ein Widerruf mit ex-tunc-Wirkung kommt schon nach dem Wortlaut des § 49 Abs. 3 VwVG nicht in Betracht, sodass ein Widerruf in einer solchen Situation ausgeschlossen ist. Dies entspricht im Ergebnis auch der Rechtsprechung des BVerwG.³⁰

bb) Negativatteste

Ein Negativattest ist dagegen zunächst ein feststellender Verwaltungsakt, der jedoch insoweit zugleich auch gestaltende Wirkung aufweist, als er einen Verzicht oder die Genehmigung miterklärt.³¹ Besteht mithin materiell ein Vorkaufsrecht oder bedarf der Vertrag in Wahrheit der Genehmigung, führt das Negativattest durch die zuständige Behörde, auch wenn dieses rechtsirrig ausgestellt wird, nicht selten dazu, dass der Vertrag konkludent genehmigt (vgl. § 5 Satz 2 GrdStVG) oder auf das Vorkaufsrecht verzichtet wird (vgl. § 28 Abs. 1 Satz 4 BauGB). Soweit ein Negativattest benötigt wird, um eine formale Grundbuchsperrung zu beseitigen, wäre dies grundsätzlich reversibel und folglich nicht endgültig, da ein Widerruf für die Zukunft dazu führen würde, dass ab diesem Zeitpunkt die Grundbuchsperrung wieder bestehen würde. Allerdings treten die materiellen Wirkungen bereits mit dem Zugang beim Antragsteller ein, mithin also regelmäßig mit Bekanntgabe gegenüber dem Notar, der entsprechend bevollmächtigt ist. Dies führt dazu, dass auf etwaig bestehende Vorkaufsrechte wirksam verzichtet wird und mögliche Genehmigungen erteilt sind, so dass damit der Vertrag wirksam ist. Diese Folgen sind aber nicht mehr für die Zukunft änderbar, da ebenso wie bei einer unmittelbar erteilten Genehmigung die Wirksamkeit des Vertrags nicht wieder aufgehoben werden kann. Dasselbe gilt für ein durch Verzicht erloschenes Vorkaufsrecht. Da insoweit endgültige Zustände eingetreten sind, kann ein Widerruf auf Rechtsfolgenseite auch insoweit nicht mehr erfolgen, sobald der Bescheid gegenüber dem bevollmächtigten Notar und damit gegenüber den Beteiligten bekanntgegeben wurde, weil er die eingetretenen Rechtsfolgen nicht mehr beseitigen kann. Nur dann, wenn sich das Negativattest auf rein formale Wirkungen erstrecken würde,

25 BVerwG, Beschluss vom 15.02.2000, 4 B 10.00, NVwZ 2000, 1044; VG Ansbach, Urteil vom 31.01.2018, AN 9 K 16.02001, BeckRS 2018, 1207.

26 Schoch/Schneider/Schoch, VwVfG, § 49 Rdnr. 5.

27 BeckOK-VwVfG/Abel, § 49 Rdnr. 4.1.

28 Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, VwVfG, § 49 Rdnr. 36.

29 BGH, Beschluss vom 29.04.2022, BLw 5/20, MittBayNot 2022, 498, 501 Rdnr. 16.

30 BVerwG, Urteil vom 26.04.1968, VII C 103.66, NJW 1969, 339.

31 BeckOK-BauGB/Grziwotz, § 28 Rdnr. 9.

wäre ein Widerruf denkbar. Dies wäre dann der Fall, wenn tatsächlich kein Vorkaufsrecht besteht oder eine Genehmigung nicht erforderlich ist, da dann die fingierte Verzicht- oder Genehmigungswirkung ins Leere gehen und somit der Verwaltungsakt nur feststellenden und nicht zugleich gestaltenden Charakter hat. In diesem Fall ist allerdings nicht zu ersehen, dass der Widerruf tatbestandlich erfolgen könnte, da dann ein gleichlautendes Negativattest sofort wieder zu erlassen wäre, sodass der Widerruf nach § 49 Abs. 1 VwVfG ausgeschlossen ist.

Ob ein Negativattest auch dann, wenn es an einer entsprechenden gesetzlichen Anordnung fehlt, als Verzicht auf ein bestehendes Vorkaufsrecht oder als konkludent erteilte Genehmigung zu gelten hat, ist demgegenüber zweifelhaft.³² Nimmt man insoweit an, dass in diesen Fällen ausschließlich verfahrensrechtliche Wirkungen erzielt werden, erscheint der spätere Widerruf denkbar, da er dann noch Rechtswirkungen für die Zukunft entfalten und somit wieder die Grundbuchsperrung auslösen kann. Allerdings spricht insoweit einiges dafür, den Widerruf als unbeachtlich zu behandeln, wenn der entsprechende Eintragungsantrag bereits beim Grundbuchamt gestellt wurde und das Negativattest dort eingegangen ist. Insoweit ist § 878 BGB entsprechend anzuwenden. Der BGH hat bereits anerkannt, dass die Norm in analoger Anwendung auch gegen öffentlichrechtliche Genehmigungserfordernisse schützt,³³ die erst nachträglich in Kraft treten.³⁴ Für bloße Vollzugsschranken kann daher nichts anderes gelten. Daher darf sich der Widerruf des Negativzeugnisses nicht mehr zulasten des Bürgers auswirken, wenn die Voraussetzungen des § 878 BGB eingetreten sind, der Eintragungsantrag also unter Einhaltung aller materiellrechtlichen Voraussetzungen beim Grundbuchamt gestellt wurde.

cc) Vorkaufsrechtsausübungsbescheid

Grundsätzlich anders verhält es sich dagegen beim Widerruf des Ausübungsbescheides hinsichtlich eines Vorkaufsrechts. Zwar tritt bereits mit der Bekanntgabe die von ihm ausgehende Gestaltungswirkung ein, die an sich auch endgültig ist, da der weitere Vertrag wirksam besteht. Im Unterschied zur Genehmigung trifft aber die Vorkaufsrechtsausübung der Behörde unmittelbar nur den Vorkaufsrechtsverpflichteten. Insbesondere darf der Dritte – anders als bei der Erteilung des Negativattests oder einer Genehmigung – nicht darauf vertrauen, dass der weitere Kaufvertrag Bestand haben wird, da von diesem Vertrag für ihn keine unmittelbaren Wirkungen ausgehen. Die Ausübung des Vorkaufsrechts unterscheidet sich damit fundamental vom Verzicht, der auch dem Dritten die Sicherheit vermittelt, dass der ihm eingeräumte Anspruch nicht mehr aufgrund

des Vorkaufsrechts unmöglich werden kann. Der weitere Kaufvertrag kann ferner tatsächlich mit Wirkung für die Zukunft wieder beseitigt werden, da noch kein endgültiger, nicht mehr einseitig zu korrigierender Zustand eingetreten ist. Im Gegensatz zu den beiden vorgenannten Konstellationen (öffentlichrechtliche Genehmigung und Negativattest mit Gestaltungswirkung) ist bei Vorkaufsrechtsausübungsbescheiden daher für die Zukunft ein Widerruf gemäß § 49 Abs. 2 VwVfG grundsätzlich möglich.

dd) Zwischenergebnis

Für die notarielle Praxis bedeutet dies, dass eine Genehmigung und ein Negativattest mit Gestaltungswirkung nach § 49 Abs. 2 VVG regelmäßig gar nicht, ein Vorkaufsrechtsausübungsbescheid dagegen innerhalb der Grenzen des § 49 Abs. 2 VwVfG widerrufen werden dürfen. Eindeutige obergerichtliche bzw. höchstgerichtliche Rechtsprechung zu diesen Fragen ist – soweit ersichtlich – nicht existent, allerdings hat das BVerwG den Widerruf einer stiftungsrechtlichen Genehmigung bereits verneint.³⁵

4. Folgerungen für die notarielle Praxis

Die Folgen für die praktische Abwicklung durch den Notar unterscheiden sich ebenso wie die rechtliche Bewertung der einzelnen Konstellationen. Eine Reaktion des Notars ist vor allem erforderlich, wenn die Aufhebung des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts während des Vollzugs der Urkunde erfolgt. Erhält der Notar in diesem Zeitraum Kenntnis davon, dass das erteilte Negativattest oder die erteilte Genehmigung durch Bescheid wieder aufgehoben wurde, stellt sich die Frage, wie er hiermit umzugehen hat.

a) Aufhebung der Genehmigung als Vollzugshindernis?

Der Notar ist nach § 53 BeurkG zum zeitnahen Vollzug der Urkunde verpflichtet. Er muss jedoch auf übereinstimmende Anweisung der Beteiligten und in Situationen, in denen andernfalls das Grundbuch unrichtig würde, den Vollzug aussetzen.³⁶ Dagegen ist es ihm verwehrt, den Vollzug zu unterlassen, wenn lediglich bloße Zweifel bestehen,³⁷ sodass nur seine positive Kenntnis den Vollzug hindert. Erfährt der Notar vom Erlass eines Rücknahmebescheides in Bezug auf eine für die Wirksamkeit des Vertrags relevante öffentlichrechtliche Genehmigung, ist er in der Konsequenz gezwungen, den Vollzug auszusetzen. Dabei kommt es nicht auf die Rechtmäßigkeit des Rücknahmebescheides an, da dieser zumindest wirksam ist, bis er angefochten und aufgehoben wird, solange er nicht nach § 44 VwVfG nichtig ist. Dies wird aber regelmäßig nicht der Fall sein. Die Rücknahme muss deshalb durch den Notar immer beachtet werden und nötigt ihn zur Einstellung der Vollzugsmaßnahmen, da das Rechtsgeschäft dann nicht wirksam ist. Dies gilt zumindest dann, wenn die Genehmigung nicht nur das schuldrechtliche, sondern auch das dingliche Geschäft erfasst.

32 Bejahend für die sanierungsrechtliche Genehmigung: EZKB/*Krautzberger*, BauGB, § 145 Rdnr. 81; dagegen anders für die betreuungs- oder vormundschaftsgerichtliche Genehmigung: BGH, Urteil vom 30.11.1965, V ZR 58/63, BGHZ 44, 325.

33 BGH, Beschluss vom 12.10.2016, V ZB 198/15, NJW 2017, 1546; Beschluss vom 19.12.2019, V ZB 145/18, NJW-RR 2020, 395, 396.

34 Dazu auch *Meier/Leidner*, MittBayNot 2022, 114, 123.

35 BVerwG, Urteil vom 26.04.1968, VII C 103.66, NJW 1969, 339.

36 BeckOGK-BeurkG/*Regler*, Stand: 01.12.2022, § 53 Rdnr. 31.

37 *Frenz/Miermeister/Limmer*, BNotO, 5. Aufl. 2020, § 53 BeurkG Rdnr. 14.

Das Grundbuch würde andernfalls unrichtig, was der Notar zu verhindern hat.³⁸

Lediglich in den Fällen, in denen die Genehmigung nur das schuldrechtliche Rechtsgeschäft erfasst, ohne auch das dingliche zu berühren, kann der Vollzug seinen Fortgang nehmen. Allerdings wären in diesem Fall die Beteiligten über die mit dem Vollzug einhergehenden Risiken zu belehren, da ein rechtsgrundloses dingliches Rechtsgeschäft vollzogen würde. Der Notar ist überdies nach obergerichtlicher Rechtsprechung auch lediglich bei Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts *berechtigt*, den Vollzug des dinglichen Rechtsgeschäfts abzulehnen.³⁹ Setzt der Notar aus, steht den Beteiligten die Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO zu.

b) Aufhebung eines bereits erteilten Negativattests

Nimmt die Behörde ein erteiltes Negativattest nach dem BauGB zurück, wird sie dies typischerweise mit der Ausübung des Vorkaufsrechts verbinden. Wenn dem so ist, steht der Einreichung beim Grundbuchamt nach § 53 BeurkG dennoch möglicherweise formal nichts im Wege. Soweit es sich um ein gemeindliches Vorkaufsrecht handelt, wird allerdings schon die aus dem BauGB herrührende Grundbuchsperrung eine Eintragung der Beteiligten des Erstkaufvertrags im Grundbuch verhindern.

Existiert dagegen keine gesetzliche Vollzugssperre, ist der Bestand eines Negativattests keine Voraussetzung für die Eigentumsumschreibung. Die Eintragung des Ersterwerbers ist daher auch bei ausgeübtem Vorkaufsrecht möglich.⁴⁰ Die Sicherung der öffentlichen Interessen erfolgt über eine gesetzliche Anordnung der Vormerkungswirkung für das Vorkaufsrecht.⁴¹ Wird der Ersterwerber eingetragen, ist die Umschreibung dem Vorkaufsberechtigten gegenüber relativ unwirksam.

Eine Aussetzung des Vollzugs kommt aus Sicht des Notars in solchen Konstellationen nicht in Betracht, weil das Grundbuch in keinem Fall unrichtig wird. Daher hat der Notar den Vollzug weiterzubetreiben, wenn die Voraussetzungen hierfür vorliegen und er keine anderweitige übereinstimmende Weisung erhält. Eine vollzugsrelevante Situation kann sich aber vor allem im Bereich des naturschutzrechtlichen Vorkaufsrechts ergeben, wenn die Erteilung des Negativattests Fälligkeitsvoraussetzung ist. Hat der Notar die Fälligkeit noch nicht bescheinigt, so muss er dies unterlassen, wenn das Negativattest nachträglich zurückgenommen wird. Hat

der Erwerber den Kaufpreis dagegen schon bezahlt, hat er ein Anrecht darauf, dass er ins Grundbuch eingetragen wird, auch wenn die zuständige Behörde später noch ihr Vorkaufsrecht ausüben will.

Der Notar wird den Veräußerer zweckmäßigerweise in einer Konstellation ohne Grundbuchsperrung auf das Risiko durch die bei ihm (trotz Vollzug des Erstkaufvertrags) verbleibenden Pflichten gegenüber dem Vorkaufsberechtigten⁴² hinweisen, wozu er allerdings nicht verpflichtet ist. Auch den Erwerber sollte er angesichts der ggf. relativen Unwirksamkeit des Erwerbs über die Schwäche seiner erlangten Rechtsposition und die damit einhergehenden Risiken einer Auseinandersetzung mit dem Vorkaufsrechtsberechtigten aufklären, wozu aber gleichermaßen keine rechtliche Verpflichtung besteht, da es sich nicht um unmittelbare Folgen des Rechtsgeschäfts handelt. Will auch nur einer der Beteiligten trotz dieser Belehrung den Vollzug des ersten Kaufvertrags, ist der Notar hierzu verpflichtet. Widerspricht jedoch lediglich einer der Beteiligten dem Vollzug, hat nach der Rechtsprechung des BGH der Notar stets einen dies ankündigenden Vorbescheid zu erlassen, um dem Widersprechenden Rechtsschutzmöglichkeiten zu gewähren.⁴³

c) Aufhebung eines Vorkaufsrechtsausübungsbescheids

Der weitere Kaufvertrag mit dem Vorkaufsberechtigten kommt mit wirksamer Bekanntgabe des entsprechenden Bescheids zustande.

In der Konsequenz ist es üblich, eine dreiseitige Vereinbarung zwischen Vorkaufsberechtigtem, Vorkaufsverpflichtetem und Erstkäufer zu beurkunden, die die Abwicklung und die Behandlung der wechselseitigen Ansprüche regelt.⁴⁴ Trotz des materiell wirksamen Kaufvertrags besteht im Regelfall noch Beratungs- und Klärungsbedarf. Zudem sind die dinglichen Erklärungen erneut vorzunehmen, ebenso wie die Erteilung der Vollzugsvollmachten. Sind bereits Rechte für den Erstkäufer eingetragen, müssen diese wieder gelöscht werden, was regelmäßig dessen Mitwirkung erforderlich macht.⁴⁵ Wird der Bescheid noch vor Errichtung der notariellen Urkunde zur Abwicklung des Vorkaufsrechts aufgehoben, kann der Notar seine Bemühungen insoweit einstellen. Hinsichtlich des Erstkaufvertrags ist aus den dort getroffenen Regelungen zu klären, ob dieser noch fortbesteht und vollzogen werden kann. Sollte eine auflösende Bedingung vereinbart gewesen sein, kann der Erstkaufver-

38 BGH, Beschluss vom 19.09.2019, V ZB 119/18, MittBayNot 2020, 609, 612; BeckOGK-BeurkG/Regler, § 53 Rdnr. 31.

39 BayObLG, Beschluss vom 27.10.1999, 3 Z BR 316/99, DNotZ 2000, 372, 373; OLG Köln, Beschluss vom 20.11.2006, 2 Wx 20/06, NJW-RR 2007, 1361; in diese Richtung bei einer im Kaufvertrag enthaltenen Auflassung BGH, Beschluss vom 21.06.2012, V ZB 283/11, DNotZ 2012, 826, 827.

40 Beck'sches Notar-Handbuch/Everts, 7. Aufl. 2019, § 1 Rdnr. 176; einen Sonderfall bildet das siedlungsrechtliche Vorkaufsrecht mit der Verquickung zur Genehmigung nach dem GrdsttVG, Falkner, MittBayNot 2016, 465.

41 Beck'sches Notar-Handbuch/Everts, § 1 Rdnr. 176.

42 Ein solches Risiko besteht etwa in der beim Vorkaufsverpflichteten gegenüber dem Vorkaufsberechtigten – trotz der an den Erstkäufer erfolgten Übergabe der Immobilie – verbleibenden Preisgefahr. Maßgeblich für den Gefahrübergang im Verhältnis von Vorkaufsverpflichtetem zu Vorkaufsberechtigtem ist die Übergabe an den Vorkaufsberechtigten (BeckOGK-BGB/Daum, Stand: 01.10.2022, § 464 Rdnr. 27), sodass den Vorkaufsverpflichteten im Verhältnis zum Vorkaufsberechtigten – trotz Übergabe an den Erstkäufer – weiterhin die Preisgefahr, Nutzungen und Lasten treffen.

43 BGH, Beschluss vom 19.09.2019, V ZB 119/18, MittBayNot 2020, 609, 615.

44 Soester, RNotZ 2018, 1, 16.

45 Soester, RNotZ 2018, 1, 16.

trag bereits mit der ursprünglichen Ausübung des Vorkaufsrechts erloschen sein, sodass die spätere Rücknahme oder der Widerruf hieran nichts mehr zu ändern vermag. Dann wäre ein Neuabschluss nötig. Besteht ein Rücktrittsrecht, ist zu prüfen, ob dieses wirksam ausgeübt wurde.

Ist die notarielle, dreiseitige Vereinbarung bereits wirksam, ändert sich durch die nachträgliche Rücknahme des Vorkaufsrechtsausübungsbescheids nur dann nichts, wenn dort nicht nur ergänzende Regelungen zum (weiteren) Kaufvertrag getroffen worden sind, sondern die Urkunde selbst der Vorschrift des § 433 BGB entsprechende Verpflichtungserklärungen enthält. In diesem Fall existiert nämlich ein eigenständiger Rechtsgrund neben dem gesetzlichen Vorkaufsrecht. Ob solche eigenständigen Willenserklärungen zum Abschluss eines (weiteren) Kaufvertrags vorliegen, wird man nur im Wege der Auslegung klären können.

Auch eine etwaig erklärte Auflassung an den Vorkaufsberechtigten⁴⁶ wird von der Rücknahme des Ausübungsbescheides nicht tangiert. Allerdings mangelt es ihr dann an der erforderlichen *Causa*, soweit diese nicht in der dreiseitigen Vereinbarung liegt. Der Notar darf bei Unwirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts den Vollzug des dinglichen Rechtsgeschäfts ablehnen,⁴⁷ ist hierzu aber nicht verpflichtet. Ihm wird es daher regelmäßig anzuraten sein, die Beteiligten zu kontaktieren und eine diesbezügliche Weisung einzuholen, die sinnvollerweise, wenn die Auflassung nicht formell aufgehoben wird, als dauerndes Vollzugshindernis ausgestaltet wird.

d) Weitere Sicherungen in den Fälligkeitssvoraussetzungen?

Obwohl von der Rücknahme eines erteilten privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts für die Beteiligten nicht unerhebliche Risiken ausgehen, ist eine gestalterische Vorsorge, insbesondere eine Absicherung durch eine Modifikation der Fälligkeitssvoraussetzungen, nicht denkbar. Die Rücknahme kann auch nach Bestandskraft erfolgen, und wird nicht selten einige Zeit in Anspruch nehmen.⁴⁸ In der Folge kann ein Zeitraum, in dem zuverlässig eine Rücknahme ausgeschlossen ist, nicht definiert werden; er wäre zudem ggf. derart lang, dass es nicht im Interesse der Beteiligten liegt, die Fälligkeit bis auf Weiteres hinauszuschieben. Es handelt sich daher um ein nicht beherrschbares Restrisiko, über das der Notar allerdings auch nicht gesondert zu belehren braucht. Mit der etwaigen Aufhebung verwirklicht sich keine spezifische Gefahr des Rechtsgeschäfts, sondern ein allgemeines Risiko, das jedem gestaltenden Verwaltungsakt innewohnt. Infolgedessen können die bisher üblichen Fälligkeitssvoraussetzungen weiterhin verwendet werden. Der Notar muss lediglich einschreiten, wenn ihm

ein Aufhebungsbescheid zur Kenntnis gelangt. Geschieht dies vor Fälligkeitstellung des Kaufpreises, darf der Notar die entsprechende Mitteilung nicht versenden; geht ihm der Bescheid erst später zu, muss er die Beteiligten hierüber in Kenntnis setzen und sie zugleich informieren, dass der Kaufpreis nunmehr entgegen der ursprünglichen Mitteilung nicht mehr fällig ist. Zudem hat er gegebenenfalls den weiteren Vollzug der Urkunde zu unterlassen, soweit dieser nicht bereits abgeschlossen ist.⁴⁹

II. Aktuelle Fragen des Grundstückserwerbs von der Gemeinde

Große Bedeutung für die notarielle Praxis hat des Weiteren stets auch der Erwerb von Grundstücken, insbesondere Bauplätzen von der Gemeinde. Die Frage zulässiger oder unzulässiger Gestaltungen steht dabei seit Langem in der Diskussion und ist immer wieder Gegenstand entsprechender Verfahren vor den Gerichten und Stellungnahmen in der Literatur.⁵⁰ Auch im vergangenen Jahr sind wiederum gerichtliche Entscheidungen zu diesem Fragenkreis ergangen.

1. Prüfungsmaßstab

Weiterhin nicht höchstrichterlich geklärt ist jedoch bereits die Frage, welchem Prüfungsmaßstab die Vereinbarungen zwischen Gemeinde und Erwerber unterliegen. In den meisten Gestaltungen, bei denen die Gemeinde Bauplätze verkauft, wird es sich um einen sog. städtebaulichen Vertrag nach § 11 BauGB handeln, sodass die Bestimmungen anhand von § 11 Abs. 2 BauGB auf ihre Angemessenheit zu untersuchen sind. § 11 Abs. 1 Satz 2 BauGB nennt dabei lediglich einzelne Beispiele für städtebauliche Verträge und definiert den Begriff nicht abschließend.⁵¹ Typischerweise werden die Anforderungen des § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB in den genannten Situationen erfüllt sein, da der Vertrag inhaltlich zumindest auch dazu dient, die Ziele der Bauleitplanung zu fördern und zu sichern, insbesondere eine dem von der Gemeinde bestimmten Zweck entsprechende Bebauung zu garantieren.⁵² Infolgedessen sind sowohl Bauverpflichtungen⁵³ als auch Regelungen über eine Nutzungsbindung⁵⁴ stets Gegenstände eines städtebaulichen Vertrags und unterfallen deshalb § 11 Abs. 2 BauGB. Dagegen ist der Kaufvertrag mit einer Gemeinde nicht schon deshalb städtebaulich, weil die Gemeinde lediglich eine gewisse Erwartung hinsichtlich der Nutzung hegt und flankierende

49 Dazu oben lit. a)-c).

50 Jüngst auch ausführlich zu bestimmten Fragen: *Leidner*, DNotZ 2019, 83 ff.

51 EZKB/*Krautzberger*, BauGB, § 11 Rdnr. 108; *Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt*, BauGB, § 11 Rdnr. 12.

52 Siehe bereits BGH, Urteil vom 02.10.1998, V ZR 45/98, NJW 1999, 208, 209; Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, NJW 2003, 888, 889.

53 BGH, Urteil vom 20.04.2018, V ZR 169/17, MittBayNot 2019, 81; Urteil vom 16.03.2018, V ZR 306/16, MittBayNot 2019, 86, 87; Urteil vom 16.12.2022, V ZR 144/21, Rn. 7.

54 BGH, Urteil vom 16.03.2018, V ZR 306/16, MittBayNot 2019, 86, 87.

46 *Soester*, RNotZ 2018, 1, 17.

47 BayObLG, Beschluss vom 27.10.1999, 3 Z BR 316/99, DNotZ 2000, 372, 373; OLG Köln, Beschluss vom 20.11.2006, 2 Wx 20/06, NJW-RR 2007, 1361.

48 Vgl. nur exemplarisch die Entscheidung des BGH, Beschluss vom 29.04.2022, BLw 5/20, MittBayNot 2022, 498, 499, bei der über zwei Jahre zwischen Genehmigung und Rücknahme lagen.

Maßnahmen ergreift, ohne eine konkrete, durchsetzbare Bindung im Vertrag zu formulieren.⁵⁵

Folglich ist eine Gesamtkontrolle der vertraglichen Gestaltung vorzunehmen, weshalb die Regelungen des Vertrags insgesamt angemessen sein müssen.⁵⁶ In diesem Zusammenhang ist es daher denkbar, dass besonders belastende Gestaltungen durch dem Erwerber günstige Regelungen an anderer Stelle ausgeglichen und damit aufgewogen werden, sodass sie dennoch als angemessen erscheinen können.⁵⁷ Infolgedessen ist es insbesondere möglich, strikere Bindungen zu schaffen, wenn das Objekt subventioniert oder sogar mit erheblichen Preisnachlässen durch die Gemeinde veräußert wird.⁵⁸

Dass somit § 11 Abs. 2 BauGB als Prüfungsmaßstab fungiert, steht außer Zweifel. Ungeklärt ist allerdings bisher, ob auch die jeweils einzelne Klausel im Kaufvertrag einer Inhaltskontrolle anhand der §§ 305 ff. BGB standhalten muss. Solange das deutsche Recht noch nicht durch die Klausel-RL determiniert war, hat der BGH die Anwendbarkeit der Klauselverbote des AGB-Rechts mit der Begründung verneint, insoweit sei die öffentlichrechtliche Angemessenheitsprüfung vorrangig und verdränge die zivilrechtlichen Vorgaben.⁵⁹ Ob dies auch für Verträge gilt, die unter der Geltung der Klausel-RL (seit dem 01.01.1995)⁶⁰ geschlossen wurden, hat die Rechtsprechung bislang offengelassen,⁶¹ da entweder der Vertragsschluss vor diesem Datum lag oder sich die streitige Regelung bereits als mit § 11 Abs. 2 BauGB nicht in Einklang erwies. Sollte es auf die Frage ankommen, ist richtigerweise eine Prüfung anhand des AGB-Rechts unumgänglich.⁶² Die von der herrschenden Meinung für die früheren Verträge angeführte Begründung kann unter der Geltung der Klausel-RL keine Beachtung finden, weil schon kompetenziell das nationale deutsche Recht nicht in

der Lage ist, die europäischen Vorgaben zu derogieren.⁶³ Infolgedessen können die Anordnungen innerhalb des BauGB auch nicht von der Einhaltung der europäischen Regelungen entbinden. Es ist somit ausgeschlossen, dass die Umsetzung im nationalen Recht durch § 11 Abs. 2 BauGB verdrängt wird.⁶⁴ Deshalb müssen die AGB-Regelungen zumindest insoweit Beachtung finden, als sie durch das europäische Recht vorgegeben sind.⁶⁵ Da es sich allerdings bei den §§ 305 ff. BGB um ein geschlossenes Rechtssystem handelt, bei dem es systemwidrig wäre, lediglich einzelne, durch die Klausel-RL gebotene Normen heranzuziehen, müssen die AGB-Vorgaben insgesamt angewendet werden.⁶⁶ Daher ist der Notar gehalten, nicht nur insgesamt einen angemessenen Vertrag zu gestalten, sondern ebenso die konkreten Klauseln in Einklang mit den §§ 305 ff. BGB zu fassen. Dabei unterscheidet sich der Prüfungsmaßstab von dem des § 11 Abs. 2 BauGB dadurch, dass dort für den Erwerber günstige Klauseln andere Regelungen kompensieren und damit insgesamt angemessen sein können, während im Rahmen der §§ 305 ff. BGB jeweils nur die isolierte Regelung zu betrachten und auf ihre rechtliche Zulässigkeit zu prüfen ist.⁶⁷

Voraussetzung für eine Prüfung anhand der §§ 305 ff. BGB ist allerdings, dass es sich tatsächlich um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt. Solche liegen nach § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB vor, wenn die Vertragsbedingungen für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind und sie einer Vertragspartei von der anderen gestellt werden. Schon dies wird regelmäßig für gemeindliche Bauplatzverkäufe gegeben sein, weil die Gemeinde als Verkäufer auf der Verwendung bestimmter Regelungen und Formulierungen besteht, die im Vorfeld festgelegt werden und in sämtlichen Verträgen zum Einsatz kommen. Selbst wenn dies allerdings im Einzelfall nicht gegeben sein sollte, dürfte typischerweise § 310 Abs. 3 BGB eingreifen. Zwar ist die Gemeinde nicht notwendigerweise nur deshalb Unternehmerin, weil sie eine juristische Person ist;⁶⁸ allerdings liegt ein gewerbliches Handeln der Gemeinde zumindest dann vor, wenn diese in größerer Anzahl Bauplätze innerhalb kurzer Zeit verkauft. Der BGH geht zwar in jüngerer Rechtsprechung davon aus, dass die steuerrechtliche Drei-Objekt-Grenze, die im Einkommensteuerrecht über die Qualifikation als Gewerbe entscheidet, im Rahmen des § 14 BGB keine Anwendung finden soll.⁶⁹ Jedenfalls aber dann, wenn das Baugebiet

55 BGH, Urteil vom 16.03.2018, V ZR 306/16, MittBayNot 2019, 86, 87 f.

56 Siehe jüngst ausdrücklich OLG München, Endurteil vom 16.06.2021, 20 U 4632/20, MittBayNot 2022, 278, 279; dagegen aber *Grziwotz*, NVwZ 2002, 391, 392 ff.

57 So auch *Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt*, BauGB, § 11 Rdnr. 75; anders jedoch *Grziwotz*, NVwZ 2002, 391, 392 ff.

58 Siehe nur die Übersicht bei *Grziwotz*, MittBayNot 2016, 188 über die anerkannten unterschiedlichen Bindungsfristen bei erheblicherer Subventionierung.

59 BGH, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, NJW 2003, 888, 890.

60 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (ABl. 1993, L 095).

61 BGH, Urteil vom 26.06.2015, V ZR 271/14, NJW 2015, 3169, 3170; jüngst auch Urteil vom 16.12.2022, V ZR 144/21, Rn. 8.

62 *Albrecht*, DNotZ 1996, 546, 547; *Hofstetter*, BWNNotZ 2000, 5, 6; *Meier*, MittBayNot 2022, 280, 281; *Rastätter*, DNotZ 2000, 17, 24; anders aber z. B. *EZKB/Krautzberger*, BauGB, § 11 Rdnr. 171a ff.; im Ergebnis wie hier, aber von einem strengen Maßstab im öffentlichen Recht ausgehend: *Grziwotz*, NVwZ 2002, 391, 392 ff.

63 Ebenso: *Grziwotz*, NVwZ 2002, 391, 394; *Meier*, MittBayNot 2022, 280, 281; *BeckOK-BGB/Schmidt*, Stand: 01.11.2022, § 307 Rdnr. 8.

64 *Albrecht*, DNotZ 1996, 546, 547; *Hofstetter*, BWNNotZ 2000, 5, 6; *Meier*, MittBayNot 2022, 280, 281; *Rastätter*, DNotZ 2000, 17, 24.

65 *BeckOK-BGB/Schmidt*, § 307 Rdnr. 8.

66 So im Ergebnis auch *Albrecht*, DNotZ 1996, 546, 547; *Hofstetter*, BWNNotZ 2000, 5, 6; *Meier*, MittBayNot 2022, 280, 281; *Rastätter*, DNotZ 2000, 17, 24.

67 *Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt*, BauGB, § 11 Rdnr. 75; anders jedoch *Grziwotz*, NVwZ 2002, 391, 392 ff.

68 Dazu ausführlich *Meier/Schmitz*, NJW 2019, 2345, 2347.

69 BGH, MittBayNot 2021, 75, 77.

durch die Gemeinde zunächst erschlossen wird, um anschließend an unterschiedliche Erwerber abverkauft zu werden, kann eine planmäßige Betätigung am Markt mit Gewinnerzielungsabsicht und damit ein gewerbliches Handeln nicht mehr bestritten werden.⁷⁰ Geht es dagegen nur um die Veräußerung eines einzigen Baugrundstücks, wie dies beispielsweise der Fall sein kann, wenn die Gemeinde ein solches zunächst erwirbt, um es dann an Bauwillige weiterzuverkaufen, dürfte es an der notwendigen Gewerblichkeit fehlen, sodass die Gemeinde nicht als Unternehmer zu behandeln ist.⁷¹ Für die Urkundsgestaltung des Notars bleibt dies aber regelmäßig ohne Belang. Nach der Rechtsprechung des BGH muss er, wenn das Vorliegen eines Verbrauchervertrags nach § 310 Abs. 3 BGB nicht zuverlässig ausgeschlossen ist, ohnehin die Frist des § 17 Abs. 2a BeurkG beachten⁷² und zudem greift die Beschränkung des § 11 Abs. 2 BauGB unabhängig davon ein, ob der Erwerber ein Verbraucher ist. Die Anwendbarkeit der AGB-Kontrolle wird daher in vielen Fällen zu keinem abweichenden Ergebnis führen.⁷³ Sie ist lediglich auf der Ebene der Prüfung einer einzelnen Klausel von Relevanz.

2. Zulässigkeit von Baugeboten

Während verschiedene gemeindliche Instrumente im Rahmen des Bauplatzkaufes bereits Gegenstand gerichtlicher Befassungen waren, wozu insbesondere Vereinbarungen über Selbstnutzungsverpflichtungen⁷⁴ und (faktische) Veräußerungsverbote⁷⁵ gehören, fehlte es bislang an einer expliziten Äußerung innerhalb der Rechtsprechung zum mit Abstand häufigsten Inhalt derartiger Verträge, der Bauverpflichtung. Nunmehr hat das LG Memmingen erstmalig eine solche Klausel, die durch ein Wiederkaufsrecht der Gemeinde abgesichert war, einer konkreten Prüfung unterzogen und im Einklang mit der bislang bereits herrschenden Ansicht⁷⁶ als zulässig beurteilt.⁷⁷ Auch der BGH geht nunmehr davon aus, dass eine solche Regelung grundsätzlich in städtebaulichen Verträgen vereinbart werden kann.⁷⁸ Dabei ist es bedeutungslos, ob die Veräußerung subventioniert oder unsubventioniert erfolgt, da die Gemeinde in beiden Fällen ein anerkanntes und schützenswertes Interesse daran hat, durch eine Bindung des

Erwerbers die tatsächliche Bebauung des Grundstücks zu sichern.⁷⁹

Gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 BauGB sind die Gemeinden gehalten, Bauleitpläne nur wenn und soweit sie erforderlich sind, aufzustellen. Infolgedessen können übermäßige Baulücken und damit bestehende Baumöglichkeiten innerhalb der Gemeinde einer Ausweisung eines anderen oder weiteren Baugebiets entgegenstehen,⁸⁰ sodass durch eine Vielzahl unbebauter Grundstücke die gemeindliche Planungshoheit gefährdet ist. Schon dies spricht dafür, dass die Gemeinde zur Abwehr etwaiger Gefahren in diesem Bereich dafür Sorge tragen darf, dass es zu einer ordnungsgemäßen Bebauung kommt. Des Weiteren lässt sich die gesetzliche Wertung des § 176 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB für die Zulässigkeit einer derartigen Vereinbarung anführen.⁸¹ Würde die Gemeinde die Veräußerung ohne ein entsprechendes Gebot vornehmen, stünde es ihr zumindest grundsätzlich frei, unmittelbar im Anschluss öffentlichrechtlich ein entsprechendes Gebot durch Verwaltungsakt anzuordnen. Gibt der Gesetzgeber der Gemeinde nunmehr aber ein derart starkes Institut an die Hand, um damit sogar auf Grundstücke einzuwirken, die bereits im Eigentum eines Privaten stehen, spricht grundsätzlich nichts dagegen, eine inhaltlich vergleichbare Regelung durch einen Vertrag beim Erwerb zu vereinbaren.⁸² Insoweit werden lediglich die Grundvorgaben des BauGB bereits durch Vereinbarung festgeschrieben, weshalb dem Bürger hierdurch kein erheblicher Nachteil geschieht.

Dagegen erscheint es nicht überzeugend, die Zulässigkeit einer solchen belastenden Regelung darauf zu stützen, dass bereits die bloße Möglichkeit zum Erwerb des Grundstücks für den Käufer einen Vorteil darstelle.⁸³ Zwar mag dies für sich genommen korrekt sein, da insbesondere in gesuchten Lagen schon der Erwerb an sich mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist, würde man die Argumentation allerdings fortdenken, würde dies bedeuten, dass insbesondere Monopolisten oder Beteiligte an Oligopolen besonders strenge Regeln durchsetzen könnten, da allein der Umstand, dass sie zum Verkauf bereit sind, für einen potenziellen Erwerber einen Vorteil begründet, der in der Konsequenz durch nachteilige Regelungen aufgewogen werden könnte. Da dies offensichtlich nicht zutrifft, kann auch nicht die reine Möglichkeit zum Erwerb von der Gemeinde als spezifischer Vorteil anerkannt werden, der in die Abwägung einzustellen ist.⁸⁴ Dies gilt umso mehr, als der Erwerb von

70 Meier/Schmitz, NJW 2019, 2345, 2347; Reyes y Rafales, notar 2022, 378, 379.

71 Meier/Schmitz, NJW 2019, 2345, 2347.

72 BGH, Urteil vom 28.05.2020, III ZR 58/19, MittBayNot 2021, 75, 78.

73 Ebenso Reyes y Rafales, notar 2022, 378, 379.

74 Jüngst BGH, Urteil vom 20.04.2018, V ZR 169/17, MittBayNot 2019, 81.

75 Jüngst BGH, Urteil vom 26.06.2015, V ZR 271/14, MittBayNot 2016, 185; Urteil vom 16.03.2018, V ZR 306/16, MittBayNot 2019, 86.

76 Würzburger Notarhandbuch/Hertel, 6. Aufl. 2021, Teil 6 Rdnr. 192; Meier, MittBayNot 2022, 280, 281; nun auch: Reyes y Rafales, notar 2022, 378, 381.

77 LG Memmingen, Endurteil vom 07.07.2022, 34 O 509/22, BeckRS 2022, 26424 Rdnr. 33 ff.

78 BGH, Urteil vom 16.12.2022, V ZR 144/21, Rdnr. 13.

79 BGH, Urteil vom 16.12.2022, V ZR 144/21, Rdnr. 14; LG Memmingen, Endurteil vom 07.07.2022, 34 O 509/22, BeckRS 2022, 26424, Rdnr. 33 f.

80 Siehe zum Begriff der Erforderlichkeit: EZKB/Söfker, BauGB, § 1 Rdnr. 30 f.

81 BGH, Urteil vom 16.12.2022, V ZR 144/21, Rn. 13; LG Memmingen, Endurteil vom 07.07.2022, 34 O 509/22, BeckRS 2022, 26424, Rdnr. 34.

82 Ebenso Reyes y Rafales, notar 2022, 378, 380 f.

83 So aber Grziwotz, MittBayNot 2019, 83, 84; Reyes y Rafales, notar 2022, 378, 381.

84 Anders aber Reyes y Rafales, notar 2022, 378, 381.

der Gemeinde sich für den Käufer nicht als besser erweist als der Erwerb von einem Privaten, sondern sich der Vorteil allein aus der tatsächlichen Knappheit von Grundstücken ergibt.

Ebenso kann die Zulässigkeit nicht mit einer vermeintlichen Vertragsfreiheit der Gemeinde begründet werden,⁸⁵ da eine solche richtigerweise nicht existiert.⁸⁶ Die Gemeinde kann sich auf die grundrechtlich geschützte allgemeine Vertragsfreiheit nicht berufen, weil diese als Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG ausschließlich den Grundrechtsberechtigten zusteht, nicht aber auch der Gemeinde, die ihrerseits grundrechtsverpflichtet ist.⁸⁷ Die Bindung an die Grundrechte kann sich für die Gemeinde nicht als Berechtigung für die Vereinbarung strengerer Klauseln erweisen, sodass im Grundsatz die Gemeinde nicht zu nachteiligeren Vertragsgestaltungen befugt ist, als dies Privaten in einer ähnlichen Konstellation möglich wäre.

Dennoch genügen die eingangs erwähnten Punkte, um die Aufnahme einer Verpflichtung dahin gehend zu rechtfertigen, dass das Grundstück innerhalb einer bestimmten Frist mit einer baurechtskonformen Bebauung zu besetzen ist, und dies grundsätzlich in jedem gemeindlichen Grundstückskaufvertrag zu gestatten.⁸⁸ Insoweit ist die Vereinbarung einer Subventionierung, insbesondere des Verkaufs unter Marktpreis, nicht erforderlich.⁸⁹ Erfolgt allerdings der Verkauf unter Marktpreis, wird zumindest die Vereinbarung eines Baugebots regelmäßig sogar nötig sein, um einen Verstoß gegen das kommunale Schenkungsverbot (Art. 75 GO), das zur Nichtigkeit des Vertrags führen würde,⁹⁰ zu verhindern.⁹¹

Hinsichtlich der relevanten Frist ist zu beachten, dass diese, um im Sinne des § 11 Abs. 2 BauGB angemessen zu sein, nicht zu kurz gewählt werden darf.⁹² Dem Erwerber muss eine realistische Chance verbleiben, das geforderte Bauwerk innerhalb der Frist zu errichten, wobei die Frist so zu bestimmen ist, dass auch auftretende Risiken und übliche Verzögerungen noch abgedeckt sind. Angesichts der bestehenden Krisen wird eine Frist von drei Jahren jedenfalls

die Untergrenze bilden,⁹³ wobei zu beachten ist, dass dann, wenn noch weitere Voraussetzungen für eine Baugenehmigung erfüllt werden müssen, insbesondere die Erschließung noch nicht gesichert ist, die Frist entsprechend verlängert werden muss.⁹⁴ Dasselbe gilt, wenn absehbar ist, dass die Erteilung der Baugenehmigung nicht ohne erhebliche Verzögerung, beispielsweise aufgrund langer behördlicher Bearbeitungszeiten, zu erwarten ist. Dagegen kann die vereinbarte Frist im Grundsatz nicht zu lang gewählt werden.⁹⁵ Eine längere Frist wirkt sich stets zugunsten des Erwerbers aus und reduziert daher die ihm auferlegte Belastung, sodass sich hieraus keine Unangemessenheit ergeben kann.⁹⁶ Zur Unwirksamkeit der Bindung kann eine zu lange Frist nur dadurch führen, falls sie derart umfänglich gewählt wird, dass damit das öffentlichrechtliche Ziel nicht mehr erreicht werden kann und es daher am legitimen Zweck insgesamt fehlt. Im Übrigen sind durch die Gemeinde die Grenzen des Art. 3 Abs. 1 GG zu beachten; sie darf daher keine willkürlichen Differenzierungen treffen und etwa einzelne Grundstücke innerhalb des Gebiets mit einer längeren Frist versehen oder sogar ohne eine diesbezügliche Bindung veräußern.⁹⁷ Insoweit besteht ein Anspruch sämtlicher Erwerber darauf, nicht ohne sachlichen Grund schlechter als andere behandelt zu werden.

3. Veräußerungsverbot

Regelmäßig verbunden mit einem Baugebot ist auch das korrespondierende Verbot, das Grundstück in unbebautem Zustand zu veräußern, oder eine Vereinbarung, wonach der Gemeinde dann ein Wiederkaufsrecht zusteht, was einem faktischen Verbot gleichkommt.⁹⁸ Eine solche Regelung dient sowohl der Absicherung des gemeindlichen Interesses an der Bebauung als auch der Verhinderung der Spekulation mit dem Grundstück. Zwar wäre das Veräußerungsverbot nicht unbedingt erforderlich, um die Erreichung des Ziels der Bebauung sicherzustellen, da das Wiederkaufsrecht im Falle einer unterbleibenden Bebauung, solange es vormerkungsgesichert ist, auch dann durchgesetzt werden könnte, wenn in der Zwischenzeit das Eigentum auf einen anderen übertragen wurde, weil nach § 883 Abs. 2 Satz 1 BGB die Verfügung im Verhältnis zum Vormerkungsberechtigten schwebend unwirksam ist. Allerdings würde es in diesem Fall an dem schuldrechtlichen Begleitverhältnis zum aktuellen Eigentümer fehlen, sodass die Durchsetzung für die Gemeinde potenziell komplizierter ist. Infolgedessen ist für den Zeitraum bis zur Erfüllung des Baugebots auch ein

85 So jedoch LG Memmingen, Endurteil vom 07.07.2022, 34 O 509/22, BeckRS 2022, 26424, Rdnr. 33.

86 *Reyes y Rafales*, notar 2022, 378, 380.

87 *Reyes y Rafales*, notar 2022, 378, 380.

88 Im Ergebnis ebenso: Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 6 Rdnr. 192; *Meier*, MittBayNot 2022, 280, 281; *Reyes y Rafales*, notar 2022, 378, 381.

89 Nun auch explizit LG Memmingen, Endurteil vom 07.07.2022, 34 O 509/22, BeckRS 2022, 26424, Rdnr. 33 ff.

90 BGH, Urteil vom 02.07.2013, V ZR 122/12, NJW 2013, 3779, 3780; ausführlich dazu auch *Soergel/Meier*, BGB, 14. Aufl. 2022, § 134 Rdnr. 136.

91 *Leidner*, DNotZ 2019, 83, 87; *Reyes y Rafales*, notar 2022, 378, 381.

92 BGH, Urteil vom 16.12.2022, V ZR 144/21, Rn. 14; LG Memmingen, Endurteil vom 07.07.2022, 34 O 509/22, BeckRS 2022, 26424, Rdnr. 40.

93 Zweifelnd, ob dies ausreicht sogar: LG Memmingen, Endurteil vom 07.07.2022, 34 O 509/22, BeckRS 2022, 26424, Rdnr. 40; *Reyes y Rafales*, notar 2022, 378, 381.

94 Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 6 Rdnr. 192; *Reyes y Rafales*, notar 2022, 378, 381.

95 *Meier*, MittBayNot 2022, 280, 281; *Reyes y Rafales*, notar 2022, 378, 381.

96 *Meier*, MittBayNot 2022, 280, 281; *Reyes y Rafales*, notar 2022, 378, 381.

97 Siehe dazu auch *Philipp/Vetter/Kriesel*, LKV 2020, 539, 540 f.

98 Dazu z. B. OLG Hamm, Endurteil vom 14.11.2019, I-22 U 52/19, BWNNotZ 2020, 288.

Veräußerungsverbot oder die Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts für den Fall der Veräußerung grundsätzlich zulässig.⁹⁹ Dies gilt umso mehr, wenn schuldrechtlich vereinbart ist, dass die Gemeinde der Veräußerung zustimmen muss, wenn diese zum ursprünglichen Kaufpreis erfolgt und der Erwerber in die entsprechenden Verpflichtungen eintritt. Auch unabhängig von einer solchen Verpflichtung kann aber das Verbot rechtmäßig vereinbart werden, da die Gemeinde ein anerkennenswertes Interesse daran hat, dass ihr Vertragspartner das im Vertrag zulässig übernommene Gebot erfüllt.¹⁰⁰ Im Hinblick auf das flankierende Veräußerungsverbot ergibt sich ebenfalls kein Risiko bei einer langen Frist für die Bebauung, da es der Erwerber selbst in der Hand hat, die Dauer der Untersagung durch die Erfüllung des Baugebots zu bestimmen.¹⁰¹ Möchte er das Grundstück zeitnah veräußern, kann er die Bebauung vornehmen und so zugleich das hieran geknüpfte Veräußerungsverbot zum Erlöschen bringen.

Ob und in welchem Umfang darüber hinausgehende Bindungen zu einer Selbstnutzung und zur Unterlassung der Veräußerung zulässig sind, ist demgegenüber unklar. Die Rechtsprechung des BGH in diesem Bereich ist weiterhin kasuistisch. So soll eine Bindung von 20 Jahren zulässig sein, wenn das Grundstück durch die Gemeinde subventioniert mit einem Preisnachlass von 50 % veräußert wird.¹⁰² Bei einem Nachlass von 70 % des Verkehrswerts hat der BGH obiter dictum sogar eine Bindungsfrist von 30 Jahren für möglich erachtet.¹⁰³ Demgegenüber sollen bei Subventionierungen bis zu 30 % maximal 15 Jahre Bindung mit § 11 Abs. 2 BauGB vereinbar sein.¹⁰⁴ Erfolgt die Veräußerung zum Marktwert, hat der BGH eine Bindungsfrist von fünf Jahren als rechtmäßig anerkannt.¹⁰⁵ Ob darüber hinaus sogar eine zehnjährige Bindungsfrist vereinbart werden kann, wie dies von manchen Vertretern in der Literatur angenommen wird,¹⁰⁶ ist demgegenüber zumindest zweifelhaft.¹⁰⁷

99 LG Memmingen, Endurteil vom 07.07.2022, 34 O 509/22, BeckRS 2022, 26424, Rdnr. 33.

100 LG Memmingen, Endurteil vom 07.07.2022, 34 O 509/22, BeckRS 2022, 26424, Rdnr. 33.

101 Meier, MittBayNot 2022, 280, 281.

102 BGH, Urteil vom 16.04.2010, V ZR 175/09, NJW 2010, 3505, 3506.

103 BGH, Urteil vom 30.09.2005, V ZR 37/05, NJW-RR 2006, 298, 300.

104 BGH, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, NJW 2003, 888, 891.

105 BGH, Urteil vom 16.03.2018, V ZR 306/16, MittBayNot 2019, 86, 90.

106 Leidner, DNotZ 2019, 83, 90; Simon/Zintl, ZfIR 2018, 659, 660 jeweils unter Bezugnahme auf die Wertung des § 23 Abs. 1 EStG.

107 Insofern hält BGH, Urteil vom 20.04.2018, V ZR 169/17, MittBayNot 2019, 81 eine auf acht Jahre angelegte Aufzahlungsklausel für unzulässig.

4. Frist zur Ausübung des Wiederkaufsrechts

Für erhebliche Unklarheiten hatte jüngst eine Entscheidung des OLG München gesorgt, das seinerseits davon ausging, dass die Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts für den Fall der Nichterfüllung eines Baugebots jedenfalls dann gegen § 11 Abs. 2 BauGB verstoße und daher mangels Angemessenheit nichtig sei, wenn die Frist zur Ausübung nicht beschränkt werde, sondern die Gemeinde gemäß § 462 BGB 30 Jahre mit der Ausübung warten dürfe.¹⁰⁸

Die Entscheidung weist zahlreiche dogmatische und methodische Schwächen auf.¹⁰⁹ In der Sache kontrolliert der Senat die Entscheidung des Gesetzgebers auf ihre Angemessenheit, indem er davon ausgeht, die Beibehaltung der dispositiven Gesetzesregelungen sei keine angemessene Vertragsgestaltung.¹¹⁰ Dies ist allerdings grundsätzlich unzulässig, da es den Gerichten nicht zusteht, sich über das einfache Gesetzesrecht hinwegzusetzen, wie bereits Art. 100 GG zeigt. Dies gilt auch für vom Gesetzgeber aufgestellte eindeutige Wertungen, sodass im Rahmen des § 11 Abs. 2 BauGB ebenfalls keine inhaltliche Nachprüfung des Gesetzes erfolgen darf.¹¹¹

Während das LG Memmingen sich in seiner Entscheidung noch bemühte, sich von den Ausführungen des OLG München derart zu distanzieren, dass ein Widerspruch nicht offen zutage trat,¹¹² hat sich die Notwendigkeit einer derartigen Abgrenzung durch die Entscheidung des BGH vom 16.12.2022 praktisch erledigt. Der BGH hat dort, auf die Revision der Gemeinde, die Entscheidung des OLG München aufgehoben und die Zulässigkeit der Verwendung der gesetzlichen Regelung und damit einer Ausübungsfrist von 30 Jahren für das Wiederkaufsrecht bestätigt.¹¹³

Für die Vergangenheit sind damit etwaige Zweifelsfragen hinsichtlich der Wirksamkeit von Wiederkaufsrechten ohne explizite Fristbestimmung geklärt. Derartige gemeindliche Befugnisse sind folglich wirksam vereinbart und können innerhalb der 30-jährigen Frist ausgeübt werden. Als beschränkender Faktor kann bestenfalls die Möglichkeit der Verwirkung fungieren, die indes neben einem Zeitpunkt auch ein Umstandsmoment voraussetzt, das ein Vertrauen des Bürgers darauf, dass die Gemeinde von ihrem Recht keinen Gebrauch machen wird, begründet.¹¹⁴ Infolgedessen wird eine Verwirkung der gemeindlichen Rechte nur selten in Betracht kommen, da die bloße Untätigkeit hierfür nicht ausreicht. Darüber hinaus ist eine Verwirkung vor Ablauf der

108 OLG München, Endurteil vom 16.06.2021, 20 U 4632/20, Meier, MittBayNot 2022, 278.

109 Dazu bereits detailliert Meier, MittBayNot 2022, 280 ff.

110 Meier, MittBayNot 2022, 280, 282.

111 Siehe zur Berücksichtigung der gesetzlichen Wertungen im Rahmen des § 11 Abs. 2 BauGB: Battis/Krautzberger/Löhr/Reidt, BauGB, § 11 Rdnr. 76. So nun auch BGH, Urteil vom 16.12.2022, V ZR 144/21, Rdnr. 18.

112 LG Memmingen, Endurteil vom 07.07.2022, 34 O 509/22, BeckRS 2022, 26424, Rdnr. 41.

113 BGH, Urteil vom 16.12.2022, V ZR 144/21, Rdnr. 16 ff.

114 Dazu auch schon Meier, MittBayNot 2022, 280, 283.

gesetzlich vorgesehenen Frist stark begründungsbedürftig und unterliegt hohen Rechtfertigungserfordernissen.¹¹⁵ Daher können Gemeinden in aller Regel auch solche Grundstücke zurückerwerben, bei denen die Frist für die Vornahme der Bebauung schon lange abgelaufen ist, soweit die zeitliche Grenze des § 462 BGB nicht überschritten ist.

Unabhängig von der rechtlichen Zulässigkeit einer solchen Gestaltung erweist sie sich aber regelmäßig als nicht sachgerecht.¹¹⁶ Eine derart lange Frist zur Ausübung belastet den betroffenen Bürger außerordentlich und begünstigt die Gemeinde in einem nicht erforderlichen Maß. Angesichts der städtebaulichen Ziele, eine zeitnahe Bebauung und Schließung etwaiger Baulücken sicherzustellen, ist eine 30-jährige Ausübungsfrist weder nötig noch angezeigt. Daher empfiehlt es sich, die Frist zu verkürzen und dem betroffenen Bürger ein Aufforderungsrecht einzuräumen, mit dem er selbst den Schwebezustand beseitigen kann. Insbesondere letzteres dient dazu, die Belastungen für den Bürger durch die fortlaufende Unsicherheit möglichst gering zu halten und ihm eine Möglichkeit an die Hand zu geben, zu klären, ob das Recht ausgeübt wird.¹¹⁷ Darüber hinaus ist es erforderlich, klarzustellen, dass das Wiederkaufsrecht erlischt, wenn dem Baugebot zwar nach Ablauf der Frist, aber vor Ausübung des Wiederkaufsrechts genüge getan wird, da die Gemeinde in diesem Fall kein Interesse am Erwerb des Grundstücks mehr haben kann, weil sich die von ihr verfolgten Ziele gleichwohl verwirklicht haben.¹¹⁸

5. Spätere Vertragsänderungen

Immer wieder ergeben sich zudem nach der Eigentumsumschreibung im Zuge der Erfüllung der gemeindlichen Vorgaben, insbesondere der Baugebote, praktische Schwierigkeiten, die die Einhaltung für die Bürger subjektiv erschweren oder sogar unmöglich machen. Dabei kann es sich um kurzfristig aufgetretene bautechnische Hindernisse ebenso handeln, wie um Probleme mit der Beauftragung von Handwerkern oder Schwierigkeiten bei der Finanzierung. Mitunter ergeben sich auch persönliche Aspekte bei den Erwerbenden, die die Baudurchführung verzögern. In Reaktion darauf wird vielfach der Wunsch geäußert, die Frist für die Erfüllung des Baugebots zu verlängern und damit auch die Ausübungsfrist für die Gemeinde zu verschieben. Ob und inwieweit dies dem Beurkundungserfordernis des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB unterliegt, bedarf einer differenzierten Betrachtung.

Grundsätzlich keine notarielle Beurkundung erfordert der bloße (zeitweise) Verzicht auf die Ausübung des Wiederkaufsrechts. Nach der Rechtsprechung des BGH ist sogar

der vollständige Verzicht auf einen bereits entstandenen Übertragungsanspruch formfrei möglich,¹¹⁹ sodass dies erst recht für eine Vereinbarung darüber gilt, eine Option oder ein Recht zum Wiederkauf nicht auszuüben.¹²⁰ Infolgedessen sind auch Abreden darüber, dass für einen bestimmten Zeitraum die Befugnisse der Gemeinde nicht geltend gemacht werden, ohne Beachtung einer bestimmten Form möglich. Die Gemeinde kann daher, ohne dass dies der Mitwirkung des Notars bedürfte, dem Bürger eine längere Dauer für die Erfüllung der Gebote gewähren.

Etwas anderes gilt allerdings, wenn sich durch die Veränderung der Frist zur Erfüllung des Baugebots zugleich die Ausübungsfrist für das Wiederkaufsrecht verlängern soll. Hierdurch wird der Inhalt der Vereinbarung über den Wiederkauf verändert. Damit ergibt sich die Beurkundungsbedürftigkeit aus § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB. Diese greift grundsätzlich auch dann ein, wenn eine ursprünglich zu beurkundende Vereinbarung verändert wird.¹²¹ Dieses Ergebnis verändert sich nicht durch die von der Rechtsprechung anerkannten Ausnahmefallgruppen.¹²² Praktisch bedeutsam ist insoweit ohnehin nur die vom BGH vorgenommene teleologische Reduktion des Beurkundungserfordernisses im Nachgang zu einer bereits erklärten Auflassung.¹²³ An einer solchen fehlt es allerdings in den hier zu betrachtenden Sachverhalten. Dabei kommt es nicht darauf an, dass hinsichtlich des ursprünglichen Kaufvertrags die Auflassung abgegeben ist, weil das bedingte Wiederkaufsrecht eine eigenständige Erwerbsmöglichkeit darstellt, und in Bezug auf diese die Auflassung regelmäßig nicht erklärt sein wird. Die Auflassung zum Vollzug des Kaufvertrags von der Gemeinde kann lediglich zur Formfreiheit von Änderungen des Vertrags über den Verkauf an den Bürger führen, hat aber keine Auswirkungen auf den grundsätzlich isoliert zu betrachtenden Vertrag über den Wiedererwerb durch die Gemeinde. Da insoweit typischerweise eine Auflassung nicht vorliegt, können Veränderungen dieser Verpflichtung nicht formfrei vorgenommen werden. Die in der Literatur teilweise noch vertretene Einschränkung des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB, wonach eine Beurkundung auch dann nicht erforderlich sei, wenn die Übereignungsverpflichtung nicht wesentlich verschärft werde,¹²⁴ ist in der Sache abzulehnen, weil sie eine trennscharfe Unterscheidung zwischen beurkundungsbedürfti-

119 BGH, Urteil vom 29.01.1988, V ZR 146/86, BGHZ 103, 175, 179.

120 BeckOGK-BGB/Schreindorfer, Stand: 01.10.2022, § 311b Rdnr. 54.3; Staudinger/Schumacher, Neub. 2018, § 311b Abs. 1 Rdnr. 77.

121 BGH, Urteil vom 26.10.1973, V ZR 194/72, NJW 1974, 271; NJW-RR 1988, 185, 186; näher hierzu auch Soergel/Meier/Wolz, BGB, § 125 Rdnr. 28.

122 Siehe dazu MünchKomm-BGB/Ruhwinkel, § 311b Rdnr. 66 f.; BeckOGK-BGB/Schreindorfer, § 311b Rdnr. 234 ff.

123 St. Rspr. seit BGH, Urteil vom 14.05.1971, V ZR 25/69, LM § 313 Nr. 49; Urteil vom 25.02.1972, V ZR 74/69, WM 1972, 556 (557); Urteil vom 27.10.1972, V ZR 37/71, NJW 1973, 37; Urteil vom 30.05.1975, V ZR 214/73, DB 1975, 1983; jüngst explizit bestätigt durch BGH, Urteil vom 14.09.2018, V ZR 213/17, NJW 2018, 3523.

124 Grüneberg/Grüneberg, 82. Aufl. 2023, § 311b Rdnr. 42.

115 Siehe dazu BeckOGK-BGB/Kähler, § 242 Rdnr. 1707; Staudinger/Looschelders/Olzen, Neub. 2019, § 242 Rdnr. 312; MünchKomm-BGB/Schubert, 9. Aufl. 2022, § 242 Rdnr. 456; BeckOK-BGB/Sutschet, Stand: 01.01.2022, § 242 Rdnr. 146.

116 Meier, MittBayNot 2022, 280, 284.

117 So auch LG Memmingen, Endurteil vom 07.07.2022, 34 O 509/22, BeckRS 2022, 26424, Rdnr. 41.

118 Zu einem Formulierungsvorschlag: Meier, MittBayNot 2022, 280, 284.

gem und nicht beurkundungsbedürftigem Rechtsgeschäft nicht leisten kann und zudem auch keine Stütze im Gesetz findet.¹²⁵ Auch der BGH hat sich bereits gegen diese Ansicht positioniert.¹²⁶

Infolgedessen sind Vereinbarungen über die Verlängerung einer Frist zur Erfüllung eines Baugebots dann beurkundungsbedürftig, wenn hierdurch zugleich auch die Ausübungsfrist für die Gemeinde verschoben und damit verlängert werden soll. Verzichtet die Gemeinde demgegenüber allein für einen bestimmten Zeitraum auf die Ausübung des Wiederkaufsrechts und verkürzt damit faktisch ihre eigene Ausübungsfrist, kann dies formfrei vereinbart werden.

III. Schluss

Privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte begegnen dem Notar immer wieder in seiner grundstücksrechtlichen Praxis. Die Aufhebung von Genehmigungen, Negativattesten oder Vorkaufsrechtsausübungsbescheiden stört den Vollzug der Urkunde zwar nur sehr selten, stellt den Notar aber vor unterschiedliche Probleme. Diese kann er jedoch mit verschiedenen Maßnahmen wie Aussetzung des Vollzugs

von Amts wegen (Aufhebung der Genehmigung), der Anündigung mittels Vorbescheids (Aufhebung des Negativattests) oder Aussetzung des Vollzugs kraft Einholung beurkundungsverfahrensrechtlicher Weisungen (Aufhebung des Vorkaufsrechtsausübungsbescheids) einer Lösung zuführen. Spezifische Vorsorge im Rahmen der Fälligkeitsvoraussetzungen ist dagegen weder nötig noch möglich.

Auch im Rahmen der gemeindlichen Grundstücksgeschäfte bildet sich zunehmend eine gefestigte (höchstgerichtliche) Rechtsprechung zu den verschiedenen Fragestellungen aus. Zwar ist nach wie vor der Prüfungsmaßstab noch ungeklärt; richtigerweise kommen im Regelfall jedoch sowohl § 11 Abs. 2 BauGB als auch die §§ 305 ff. BGB zur Anwendung. Baugebote, Veräußerungsverbote und Selbstnutzungsverpflichtungen sind als typische Beschränkungen des Erwerbers weitestgehend anerkannt. Allein die zulässige Dauer der jeweiligen Fristen steht noch nicht auf sicherem Boden. Demgegenüber ist nun höchstrichterlich abgesichert, dass das als Sicherungsmittel der vorstehenden Verpflichtungen regelmäßig in den Vertrag aufgenommene Wiederkaufsrecht AGB-konform auch bis zum Ablauf der 30-Jahres-Frist des § 462 Satz 1 BGB ausgeübt werden kann. Spätere Modifikationen der Fristen für das Wiederkaufsrecht bedürfen wegen § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB der Beurkundung, um wirksam zu sein.

¹²⁵ So auch MünchKomm-BGB/*Ruhwinkel*, § 311b Rdnr. 66; BeckOGK-BGB/*Schreindorfer*, § 311b Rdnr. 234.

¹²⁶ BGH, Urteil vom 26.10.1973, V ZR 194/72, NJW 1974, 271.



BUCHBESPRECHUNGEN

Peter Gola/Dirk Heckmann (Hrsg):

Datenschutzgrundverordnung VO (EU) 2016 / 679, Bundesdatenschutzgesetz

3. Aufl., C. H. Beck, 2022. 1864 S., 99 €

Von Notar Dr. **Andreas Salzmänn, LL.M.**, Hof

Die Voraufgabe des Werkes ist gleichsam zusammen mit dem Wirksamwerden der DS-GVO erschienen. Obwohl es sich um ein Werk handelt, an das die Herausgeber selbst den Anspruch der besonderen Praxisbezogenheit stellen, konnte dies der zweiten Auflage notwendigerweise nur ansatzweise gelingen. Die sich in der Rechtswirklichkeit stellenden Fragen konnten nur erahnt werden. Ebenso konnten die zahlreichen Arbeitshilfen und Hinweise der Datenschutzbehörden noch nicht beachtet werden, da selbst diese am 25.05.2018 noch nicht (vollständig) vorhanden waren. Der im Vergleich zur Voraufgabe mit 1116 Seiten erheblich größere Umfang des Werkes ist jedoch nicht ausschließlich auf die Einarbeitung der ersten Erkenntnisse aus der Praxis zurückzuführen. Vielmehr haben die Herausgeber ihre bisher getrennten Werke zur DS-GVO und zum BDSG nunmehr zusammengefasst. Das hierbei auch verfolgte Ziel, Doppelkommentierungen künftig zu vermeiden, ist der Autorenschaft in beeindruckender Weise gelungen.

Die für den (notariellen) Vertragsgestalter und den Notar als Verpflichteter der DS-GVO besonders relevanten Bereiche zur Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß der Art. 5, 6, 9 DS-GVO, der Informationspflichten gemäß der Art. 13, 14, 12 DS-GVO und der Betroffenenrechte gemäß der Art. 15 ff. DS-GVO zeichnen sich durch eine strukturierte, angebracht kritische und auch sprachlich klare Aufarbeitung aus. So werden insbesondere theoretische bzw. akademische Streitigkeiten aufgezeigt, aber nicht überbordend tiefgehend erörtert. Sofern Meinungsverschiedenheiten sich auf die Handhabung des Datenschutzes auswirken, wird zu diesen erfreulich klar Stellung genommen und der Ratsuchende bleibt nicht mit ungelösten Fragen zurück. Besonders hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang auch, dass in der ersten Umsetzungsphase aufgetauchte Phänomene wie zum Beispiel die übermäßige Einführung verwirrender und abschreckender Cookie-Banner, die weder der Einholung einer zumeist ohnehin nicht erforderlichen Einwilligung noch der transparenten Information gedient haben, so klar benannt und juristisch überzeugend eingeordnet werden, dass eine beim Leser möglicherweise noch bestehende Unsicherheit beseitigt sein dürfte.

Durch die Corona-Pandemie hat das viele Rechtsbereiche – sowohl tatsächlich als auch nur vermeintlich – beeinflussende und damit anfänglich für teilweise große Verunsicherung sorgende neue Datenschutzregime öffentlich eine andere Akzentuierung erhalten, in vielen Bereichen an Beachtung verloren und wird auch von den Aufsichtsbehörden und den Gerichten eine andere Prägung erhalten. Dennoch haben sich sowohl die europäischen, die Bundes- und die Landesdatenschutzbehörden und -gremien in den letzten Jahren umfassend (öffentlich) geäußert und die Richtung für die Rechtsanwendung vorgegeben. Auch in der juristischen Diskussion bilden sich zunehmend herrschende Meinungen heraus. Die Autorenschaft hat dabei einen einheitlichen Weg gefunden, all dies sowie die bereits ergangene Rechtsprechung soweit ersichtlich umfassend einzuarbeiten. Die Fundstellen werden nur benannt, wenn sich diesen weitere Erkenntnisse entnehmen lassen. Wie man es von einem noch jungen Werk erwarten kann, geschieht dies stets im richtigen Zusammenhang.

Abgesehen vom Beschäftigtendatenschutz, für dessen Einhaltung der Notar aber im Regelfall durch die Einschaltung externer Unterstützung Sorge trägt, spielt das BDSG für die Datenverarbeitung durch den Notar selbst keine Rolle. Auf die Vertragsgestaltung kann es sich jedoch auswirken, wobei auch in diesem Fall zumeist weitere Rechtsberater mit entsprechenden Vorgängen befasst sein dürfen. Zur Überprüfung deren Vorschläge und Formulierungen kann das vorliegende Werk uneingeschränkt empfohlen werden.

Genauso kann es jeder Kollegin und jedem Kollegen ans Herz gelegt werden, sofern in die eigene Bibliothek die Aufnahme eines praxisbezogenen Werkes zum Datenschutz gewünscht ist, um im notariellen Alltag auftretende Zweifelsfragen schnell zu lösen. Hier bietet der Kommentar von Gola/Heckmann auch im Vergleich zu anderen einen schnellen und umfassenden Zugang, ohne sich in akademischen Tiefen zu verlieren. Für die Verarbeitung der personenbezogenen Daten durch den Notar selbst erscheint die Anschaffung eines auf den notariellen Alltag zugeschnittenen Handbuchs jedoch zielführender. Ferner seien insoweit die Arbeitshilfen und Informationen der BNotK und der LNotKs hervorgehoben.



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Gerhard Ring/Herbert Grziwotz/Johanna Schmidt-Räntsch:

Bürgerliches Gesetzbuch, Band 3: Sachenrecht

5. Aufl., Nomos, 2022. 2500 S., 218 €

Von Notar **Markus Müller**, Greding

Der dritte Band des Nomos-Kommentars zum Sachenrecht ist in der fünften Auflage erschienen. Das Werk verfolgt das Ziel, eine Verbindung von Wissenschaft und Praxis herzustellen und damit eine unentbehrliche Arbeitshilfe für den Praktiker zu sein. Diesem selbstgesteckten Ziel wird das Werk – so viel sei vorweggenommen – in jeder Hinsicht gerecht. Die Symbiose aus Wissenschaft und Praxis wird schon bei der Durchsicht des Autorenteam's deutlich. Hier sind namhafte Vertreter aus beiden Bereichen vertreten und insbesondere ein großer Teil aus dem Stand der Notare.

Der Aufbau des Werkes ist im Wesentlichen zu der Voraufgabe unverändert. So finden sich Kommentierungen zu jedem einzelnen Paragraphen (§§ 854 bis 1296) aus dem dritten Buch (Sachenrecht) des BGB. Die einzelnen Kommentierungen sind dreigliedrig gestaltet. Zunächst werden der Aufbau und die Zusammenhänge der jeweiligen Norm dargestellt. Dieser Darstellung schließen sich Erläuterungen an, welche durch Hinweise für die Praxis abgeschlossen werden. Neben den sachenrechtlichen Vorschriften des BGB werden auch die Nebengesetze WEG in einem Umfang von 250 Seiten und das ErbbauRG in einem Umfang von 62 Seiten kommentiert.

Für den Praktiker überaus erfreulich sind die in dem Werk enthaltenen Querschnittsdarstellungen zu den Themen Grundbuchverfahrensrecht (Anhang zu §§ 873 ff.), Umfang und Reichweite der Eigentumsgarantie des Grundgesetzes (Anhang zu § 903), Grundstückskauf (Anhang zu §§ 925 ff.), Nießbrauch und Steuerrecht (Anhang zu §§ 1030 ff.), Kollisionen der Sicherungsrechte (Anhang zu § 1296), Notarkosten bei Grundstücksveräußerungsgeschäften (Anhang 1), Grunderwerbsteuer, Umsatzsteuer, Einkommensteuer, Schenkung- und Erbschaftsteuer, Grundsteuer, Zweitwohnungsteuer (Anhang 2) sowie Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (Anhang 3). Der Band schließt mit Länderberichten (Bulgarien, Frankreich, Griechenland, Großbritannien, Italien, Kosovo, Kroatien, Österreich, Polen, Portugal, Schweiz, Skandinavien, Spanien, Südfrankreich) zu Immobilienrecht im Ausland.

Inhaltlich überzeugt das Werk, indem es konsequent die aktuelle Rechtsprechung berücksichtigt und diese nicht nur referiert, sondern sich mit dieser auch dogmatisch auseinandersetzt. Exemplarisch herausgegriffen werden kann zum Beispiel die Entscheidung des BGH zum Ausübungsbereich einer Grunddienstbarkeit auf den Bereich einer Sondernutzungsfläche (BGH, Urteil vom 20.03.2020, V ZR 317/18, DNotZ 2021, 37), welche von *Otto* in § 1018 Rdnr. 30 f. zutreffend dargestellt und gewürdigt wird. Auch bezüglich der vom BGH entschiedenen Frage zur Unzulässigkeit der Eintragung einer Grunddienstbarkeit zugunsten einer WEG-Einheit am WEG-Grundstück im Grundbuch an dieser herrschenden Einheit nimmt der Bearbeiter mit überzeugenden Argumenten kritisch Stellung (siehe § 1018 BGB Rdnr. 31a). Besonders lesenswert erscheint mir die Kommentierung von *Grziwotz* zu § 925 BGB, die nicht nur umfassend die zu dieser Norm ergangene Rechtsprechung darstellt und würdigt, sondern darüber hinaus auch Querbezüge zur notariellen Vertragsgestaltung im Hinblick auf die Sicherung des Veräußerers vor vorzeitigem Eigentumswechsel (Stichworte: Aussetzung der Auflassung, grundbuchverfahrensrechtliche Lösung bzw. Ausfertigungs- und Vorlagensperre) sowie zum Steuer- und Kostenrecht schafft. Hierbei lassen sich sogar – was für einen Kommentar eher untypisch ist – konkrete Formulierungsbeispiele finden. Auch in der Kommentierung zum Anhang von §§ 873 ff. wartet der Kommentator zu beurkundungsrechtlichen Themen (hier: Nachholung einer vergessenen Unterschrift durch den Notar) mit praxistauglichen Formulierungsvorschlägen auf. Dieser außerordentliche Bezug zur Praxis ist es auch, was das Werk als Kommentar von anderen Werken abgrenzt.

Als Fazit kann daher festgehalten werden, dass der Nomos-Kommentar zum Sachenrecht für die tägliche praktische Arbeit an der Notarstelle bestens geeignet ist und daher die Anschaffung uneingeschränkt empfohlen werden kann.

Sebastian Spiegelberger:

Unternehmensnachfolge

3. Aufl., C. H. Beck, 2022. 1126 S., 139 €

Von Notarassessor Dr. **Stefan Neuhöfer**, Weißenhorn

Das Thema Unternehmensnachfolge ist ein Evergreen der komplexen Vertragsgestaltung. Es betrifft in seiner großen Spannweite den kleinen Handwerksbetrieb und Hofübergaben (§ 11) ebenso wie den Hidden Champion mit Milliardenumsatz. Die denkbaren wirtschaftlichen, rechtlichen und steuerlichen Gestaltungen reichen von der Übergabe an die Kinder bis hin zum Management-Buy-in (S. 48, 404, 735) oder die Übernahme durch Dritte wie Finanzinvestoren. In nahezu jeder notariellen Praxis spielt das facettenreiche Thema also eine Rolle.

Das von Spiegelberger herausgegebene und – in der dritten Auflage erstmals – auch von weiteren renommierten Praktikern bearbeitete Werk nimmt sich auf nunmehr über 1100 Seiten den damit verbundenen rechtlichen Herausforderungen an und ist in seinem Umfang im Vergleich zur Vorauflage um etwa das Doppelte angewachsen. Beibehalten wurden der Aufbau und inhaltliche Schwerpunkte der Darstellung. Neben den rechtlichen Belangen ist dies insbesondere die systematische Erläuterung auch steuerrechtlicher Aspekte, die zentral im neuen zweiten Kapitel vorangestellt und dezentral an den jeweils einschlägigen Stellen anwendungsbezogen aufgegriffen und vertieft werden. Gelegentlich auftretende Redundanzen (zum Beispiel die mehrfache Behandlung des § 6 Abs. 3 EStG) schmälern den Erkenntnisgewinn nicht.

Vorgezogen behandelt das Werk im ersten Teil das Standardinstrumentarium der Beratung (Testament, Ehevertrag, Vollmachten), bevor anschließend die Besonderheiten verschiedener Nachfolgekonstellationen, Gestaltungsmöglichkeiten und atypischer Fälle (§ 13 freie Berufe, ab § 14 Familienpersonengesellschaften, ab § 18 Familienkapitalgesellschaften, § 22 Bedeutung von Umwandlungen, ab § 25 Ausländisches Vermögen usw.) aufgegriffen werden.

Die Darstellung auch komplexerer Sachverhalte wird nahezu durchweg graphisch durch Skizzen unterstützt, was der Eingängigkeit und Lesbarkeit sehr zuträglich ist. Ebenso durchgängig ist die Beifügung von Vertragsmustern, die – wie üblich – auch zum Download bereitstehen. Das Werk befindet sich dabei auf dem Status quo; die anstehenden Änderungen etwa durch das MoPeG werden an unterschiedlichen Stellen angesprochen und dargestellt (zum Beispiel S. 233, 633 ff.), ohne allerdings hieraus konkrete zukunftsgerichtete Handlungs- und angepasste Gestaltungsempfehlungen mit Blick auf die Reform anzubieten. Dabei deckt das Werk eine große Bandbreite möglicher Gestaltungsoptionen ab, etwa auch die sich zunehmender Beliebtheit erfreuende Stiftung als Instrument der Unternehmensnachfolge (§§ 23, 24). Dass trotz des beeindruckenden Umfangs nicht sämtliche denkbaren Möglichkeiten der Nachfolge (etwa im ärztlichen Bereich die zunehmende Bedeutung von MVZ, angedeutet auf S. 436) umfassend dargestellt werden können, liegt angesichts der Breite des Themas auf der Hand. Für die in der Beratungspraxis besonders wichtigen und häufigen Fälle (z.B. die Familien-KG mit Gesellschaftsvertrag ab S. 653) enthält das Werk Muster und zusätzliche Hinweise, die die notarielle Beratung abrunden können, etwa zur Bedeutung des Transparenzregisters bei der GmbH (S. 686).

Insgesamt bietet das Werk eine gelungene Zusammenfassung und Darstellung der gängigen Praxis zum Thema Unternehmensnachfolge. Es eignet sich als Nachschlagewerk für eine große Bandbreite an Themen, die an nahezu jeder Amtsstelle in der ein oder anderen Form von Bedeutung sind. Insbesondere das Versprechen des Untertitels „Gestaltung nach Zivil- und Steuerrecht“ löst Spiegelberger ein und illustriert die zivil- und steuerrechtlichen Zusammenhänge erkenntnisbringend.



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN



Bürgerliches Recht

ALLGEMEINES

1. Keine unbeschränkte Einsicht in das Transparenzregister durch die Öffentlichkeit

EuGH (Große Kammer), Urteil vom 22.11.2022, C-37/20, C-601/20 (Vorinstanz: Generalanwalt beim EuGH, 20.01.2022, C-37/20)

EU-Grundrechte-Charta Art. 7, 8

LEITSATZ:

Soweit ein allgemeines und voraussetzungsloses Einsichtsrecht in das Transparenzregister für die Öffentlichkeit von den Mitgliedstaaten abverlangt wird, verstößt die Geldwäscherichtlinie gegen die Grundrechte auf Achtung des Privatlebens und auf Schutz personenbezogener Daten und ist insofern ungültig. (Leitsatz der Schriftleitung)

Hinweis der Schriftleitung für die Praxis: Für den deutschen Rechtsverkehr hat der Bundesanzeiger Verlag aus der Entscheidung die Schlussfolgerung gezogen, den Zugang der Öffentlichkeit zum Transparenzregister vorübergehend vollständig auszusetzen. In der Praxis gelingt dem Notar die Einsicht in das Transparenzregister weiterhin, sofern eine Anmeldung als Verpflichteter nach dem GWG erfolgt ist und bei dem konkreten Abruf die Angabe „zur Erfüllung der Sorgfaltspflichten“ angeklickt wird.

2. Schwebende Unwirksamkeit statt Nichtigkeit bei im Wege des Insigeschäfts bestellter Grundschuld

OLG München, Urteil vom 28.09.2022, 7 U 3238/20

BGB §§ 138, 177, 181, 873 Abs. 1, § 1191 Abs. 1

LEITSÄTZE:

- Von der Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht ist beim Insigeschäft auszugehen, wenn ein nach § 181 BGB Befreiter mit sich selbst oder einem von ihm vertretenen Dritten ein Geschäft zum Nachteil des Vertretenen abschließt. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- Rechtsfolge des zu treffenden Unwerturteils wäre an sich die Nichtigkeit des Vertretergeschäftes wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB). Interessengerechter erscheint aber die Annahme einer schwebenden Unwirksamkeit des Vertretergeschäftes in analoger Anwendung des § 177 BGB; denn dann hat es der kollusiv Hintergangene in der Hand, das Geschäft zu geneh-**

migen, wenn er es im Nachhinein billigt, ohne dass ein Neuabschluss erforderlich wäre. (Leitsatz der Schriftleitung)

(...)

30 III. Die Grundschuld zulasten des klägerischen Grundstücks und das klägerische Schuldanerkenntnis gemäß der Notarurkunde vom 29.09.2017 sind wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht durch den auf beiden Seiten der Rechtsgeschäfte handelnden Herrn D-K nicht wirksam zustande gekommen.

31 1. Von der Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht ist auszugehen, wenn ein Vertreter in kollusivem Zusammenwirken mit dem Vertragsgegner ein Rechtsgeschäft zum Nachteil des Vertretenen vornimmt. Beim Insigeschäft ist ein solcher Fall anzunehmen, wenn ein nach § 181 BGB Befreiter mit sich selbst oder einem von ihm vertretenen Dritten ein Geschäft zum Nachteil des Vertretenen abschließt (BGH, Urteil vom 13.09.2011, VI ZR 229/09, Rdnr. 9; Urteil vom 28.01.2014, II ZR 371/12, Rdnr. 10; Urteil vom 28.10.2017, I ZR 6/16, Rdnr. 22); das kollusive Zusammenwirken als Voraussetzung des Verwerflichkeitstatbestandes wird in letzterem Fall dadurch ersetzt, dass der auf beiden Seiten des Vertrages agierende Vertreter zwangsläufig die im Innenverhältnis bestehende Beschränkung seiner Vertretungsmacht kennt oder kennen muss (BGH vom 28.10.2017, a. a. O. Rdnr. 24).

32 Rechtsfolge des nach den vorstehenden Ausführungen zu treffenden Unwerturteils wäre an sich die Nichtigkeit des Vertretergeschäftes wegen Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB). Interessengerechter erscheint aber die Annahme einer schwebenden Unwirksamkeit des Vertretergeschäftes in analoger Anwendung des § 177 BGB (in diese Richtung BGH, Urteil vom 06.05.1999, VII ZR 132/97, Rdnr. 22; OLG Stuttgart, Urteil vom 02.06.1999, 9 U 246/98, Rdnr. 37; Grüneberg/*Ellenberger*, 81. Aufl., § 164 Rdnr. 14b); denn dann hat es der kollusiv Hintergangene in der Hand, das Geschäft zu genehmigen, wenn er es im Nachhinein billigt, ohne dass ein Neuabschluss erforderlich wäre.

33 2. Nach diesen Grundsätzen war die mit Urkunde vom 29.09.2017 bestellte Grundschuld (bzw. die ihr zugrunde liegende dingliche Einigung) zunächst schwebend unwirksam und ist durch Verweigerung der Genehmigung seitens der Klägerin endgültig unwirksam geworden.

34 a) Eine Grundschuld entsteht durch Einigung und Eintragung ins Grundbuch (§ 873 BGB), wobei die Einigung grundsätzlich formfrei möglich ist (vgl. Grüneberg/*Harder*, § 873 Rdnr. 9); das Erfordernis der notariellen Beurkundung (nur) der Bewilligung des Grundstückseigentümers ergibt sich lediglich aus den Erfordernissen des Grundbuchverfahrens. Vor diesem Hintergrund ist die Tatsache zu sehen, dass die Notarurkunde (...) nach ihrem Wortlaut nur eine Willenserklärung der Klägerin, vertreten durch ihre Komplementärin S H I GmbH, diese vertreten durch Herrn D-K, ent-

hält. Für eine dingliche Einigung als Entstehungsvoraussetzung der Grundschild war aber auch eine Willenserklärung der Beklagten erforderlich. Da Herr D-K allerdings die Grundschild wollte, ist davon auszugehen, dass er konkludent auch namens der Beklagten als Geschäftsführer von deren Komplementärin eine entsprechende Willenserklärung abgegeben hat, womit eine (formfrei mögliche) dingliche Einigung als Entstehungsvoraussetzung der Grundschild vom äußeren Tatbestand her vorliegt. Da die Grundschild auch ins Grundbuch eingetragen wurde, ist sie entstanden, sofern die Einigung wirksam war.

35 Dies wiederum hängt davon ab, dass Herr D-K beide Parteien bei der Einigung wirksam vertreten hat, was nicht der Fall ist, wenn Herr D-K seine Vertretungsmacht zulasten der Klägerin nach den obigen Grundsätzen missbraucht hat. Hiervon ist auszugehen, sodass die Grundschild mangels wirksamer Einigung nicht entstanden ist.

36 b) Herr D-K hat als Geschäftsführer der S H I GmbH (Komplementärin der Klägerin) bei der Bestellung der Grundschild deren im Innenverhältnis der Klägerin bestehende Beschränkung der Vertretungsmacht aus § 5 Abs. 2 Satz 1, 2 lit. a) des Gesellschaftsvertrags der Klägerin (...) missachtet. Hiernach hätte den Kommanditisten (also insbesondere der (...) Objektgesellschaft mbH & Co. KG ein Widerspruchsrecht zugestanden.

37 Der Senat folgt bei der Auslegung dieser Vertragsbestimmung den Überlegungen des 23. Senats im Hause, wie sie sich aus dem den Parteien bekannten Beschluss vom 21.02.2020 (Az.: 23 U 1212/19) ergeben. Hiernach entspricht § 5 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrages im Ergebnis der Formulierung in § 164 Satz 1 Hs. 2 HGB und ist daher auch entsprechend zu verstehen. Damit war vor Durchführung einer über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehenden Maßnahme die Zustimmung aller Gesellschafter einzuholen. Den Kommanditisten wäre also die geplante Geschäftsleitungsmaßnahme offen zu legen und ihre Stellungnahme abzuwarten gewesen (vgl. MünchKomm-HGB/*Grunewald*, 4. Aufl., § 164 Rdnr. 11; *Baumbach/Hopt/Roth*, HGB, 38. Aufl., § 164 Rdnr. 2). Damit wäre im Ergebnis ein Beschluss sämtlicher, auch der nicht geschäftsführungsberechtigten Gesellschafter einschließlich der Kommanditisten, erforderlich gewesen (vgl. *Baumbach/Hopt/Roth*, HGB § 164 Rdnr. 2). Ein solcher lag unstreitig vor Bestellung der Grundschild nicht vor.

38 Soweit sich die Beklagte dem gegenüber darauf beruft, die Befugnis des Herrn D-K zur Bestellung der Grundschild habe sich unter dem Gesichtspunkt der Notgeschäftsführung entsprechend § 744 Abs. 2 BGB daraus ergeben, weil die Klägerin ohne Bestellung der Grundschild Insolvenz hätte anmelden müssen, dringt sie damit aus mehreren Gründen nicht durch.

39 Die Beklagte konnte nicht plausibel machen, wie die Begründung einer zusätzlichen Verbindlichkeit (Grundschild, Schuldanerkenntnis) einen bestehenden Insolvenzgrund (Überschuldung, Zahlungsunfähigkeit) beseitigen könnte; denn damit würden bestehende Insolvenzgründe nur noch vertieft. Soweit die Beklagte darauf hinaus will, eine Insol-

venz sei durch die Grundschild deshalb vermieden worden, weil Herr D-K (als Gesellschaftsgläubiger oder als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH?) von der Stellung eines Insolvenzantrags abgesehen habe, weil er mit der Grundschild eine zusätzliche Sicherung erhalten habe, belegt dies nicht eine Notlage der Gesellschaft, sondern das treuwidrige Handeln des Herrn D-K, der sich bzw. der wirtschaftlich ihm gehörenden Beklagten eine zusätzliche Sicherung verschafft hat, die ihm nicht zustand.

40 Soweit die Beklagte dem gegenüber darauf verweist, dass die Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren gegen Herrn D-K wegen Untreue eingestellt hat, möchte der Senat dies nicht kommentieren; an einer treuwidrigen, eigennützigen Handlung des Herrn D-K entgegen der Satzung der Klägerin bestehen jedenfalls keine Zweifel.

41 Doch selbst wenn man von einer unmittelbar drohenden Insolvenz der Klägerin ausgehen wollte, bleibt die zutreffende Argumentation des 23. Senats im Hause (a. a. O.): Bei nur vier Gesellschaftern wäre jedenfalls genügend Zeit gewesen, einen Gesellschafterbeschluss über die Bestellung der Grundschild herbeizuführen. War ein solcher nicht zu erlangen, musste die Bestellung eben unterbleiben.

42 c) Die somit unter Überschreitung der Vertretungsmacht der Komplementärin im Zusammenwirken mit der ebenfalls von Herrn D-K vertretenen Beklagten war für die Klägerin nachteilig. Dies gilt selbst dann, wenn der Beklagten ein Anspruch in Höhe der Grundschildsumme nebst Zinsen gegen die Klägerin zustand (was hier noch offenbleiben kann). Denn die dingliche Belastung eines Grundstücks ist, gerade wenn sie mit der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung verbunden ist, für den Grundstückseigentümer per se nachteilig, weil der sofortige Rechtsverlust ohne vorgeschaltetes Erkenntnisverfahren droht.

43 Ein Rechtsnachteil für die Klägerin durch die Grundschild kann aus den obigen Gründen nicht mit der Erwägung verneint werden, dass ohne die Grundschild die sofortige Insolvenz gedroht hätte.

44 d) Damit war die dingliche Einigung über die Bestellung der Grundschild wegen Kollusion zunächst schwebend unwirksam, so dass eine Grundschild zunächst nicht entstehen konnte. Ein Wirksamwerden der Einigung durch Genehmigung seitens der Klägerin ist nicht anzunehmen.

(...)



Bürgerliches Recht

SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

3. Keine aus dem Aufteilungsplan ersichtliche Mindestausstattung für die Abgeschlossenheit nötig

KG, Beschluss vom 13.10.2022, 1 W 396/21, mitgeteilt von **Annette Rieger**, Richterin am KG

AVA-WEG §§ 5, 8 Abs. 1

WEG § 3 Abs. 3, § 7 Abs. 4 Satz 1

LEITSATZ:

Nach der AVA vom 06.07.2021 bedarf es keiner aus dem Aufteilungsplan ersichtlichen Mindestausstattung für die Abgeschlossenheit einer Wohnung im Sinne von § 3 Abs. 3 WEG.

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

zur Zwischenverfügung Nr. 1

2 Die Verfügung, der Plan B 2.0 (Grundriss Erdgeschoss) sei durch das Bezirksamt dahin zu ergänzen, dass der (an den Innenhof grenzende) Raum „WC“ (im Folgenden: Badezimmer) mit Nr. 2 zu kennzeichnen sei, ist nicht gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO veranlasst.

3 Zwar genügt die Abgeschlossenheitsbescheinigung Nr. (...) vom 14.06.2021 nebst Aufteilungsplänen den Anforderungen von § 7 Abs. 4 Satz 1 WEG nicht. Denn es besteht ein Widerspruch zwischen dem Grundriss und dem Plan B 12.0 (Ansicht Hof-SFL). In der Gebäudeansicht ist das Fenster des Badezimmers mit einer 2 gekennzeichnet, was zu berücksichtigen ist (vgl. Senat, Beschluss vom 27.09.2022, 1 W 301, 312-342/22, juris Rdnr. 31 ff.).

4 Es ist aber nicht zwingend erforderlich, das Badezimmer zum Sondereigentum zu bestimmen. Zum einen dürften mit dem nordöstlich abgetrennten kleinen Raum (im Folgenden: Gästetoilette) Wasserversorgung, Abguss und WC innerhalb der Wohnung vorhanden sein. Zum anderen ist diese Mindestausstattung nach der nunmehr geltenden Allgemeinen Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen nach dem Wohnungseigentumsgesetz (AVA) vom 06.07.2021 für die Abgeschlossenheit im Sinne von § 3 Abs. 3 WEG nicht mehr erforderlich (Senat, Beschlüsse vom 10.03.2022, 1 W 300/21 und vom 14.06.2022, 1 W 122/22). Diese sieht gesonderte Anforderungen für die Abgeschlossenheit von Wohnungen nicht mehr vor (§ 5 AVA). Gemäß § 8 Abs. 1 AVA i. V. m. Anlage 1 wird lediglich bescheinigt, dass die Voraussetzungen des § 3 Abs. 3 WEG vorliegen. Die Ansicht des Verordnungsgebers, inhaltliche Änderungen zur Allgemeinen Verwaltungsvorschrift vom 19.03.1974 bestünden nicht (BR-Drucks. 312/21, S. 9), findet im vorrangigen Wortlaut der AVA vom 06.07.2021 keine Stütze. Der gesetzliche Begriff „in sich abgeschlossen“ erfasst zudem nur die Abgeschlossenheit im engeren räumlichen Sinn, um den Herrschaftsbereich klar und dauerhaft abzu-

grenzen, und keine bauordnungsrechtlichen Vorschriften (GemS-OGB, NJW 1992, 3290).

5 Es ist auch nicht im Sinne von § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO inhaltlich unzulässig, ohne eine (aus den Plänen ersichtliche) Mindestausstattung für im Sondereigentum stehende Räume Wohnzwecke gemäß § 1 Abs. 2 WEG zu bestimmen. Vielmehr ist es Sache des jeweiligen Sondereigentümers, etwaige bauordnungsrechtliche Vorgaben – wie etwa den in einer Wohnung erforderlichen Einbau einer Toilette und einer Dusche o. Ä. – zu erfüllen (BGH, NJW-RR 2017, 462 Rdnr. 19 ff.). Welche Leitungen u. Ä. in einem Haus verlegt sind, gibt der Aufteilungsplan ohnehin regelmäßig nicht wieder.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Felix Wobst**, Gerolzhofen

Mit erfreulicher Deutlichkeit führt das KG aus, was die Baubehörde bei der Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung prüfen darf und was nicht:

- Zu prüfen ist lediglich die Abgeschlossenheit der Sondereigentumseinheiten und ggf. die Bemaßung von Freiflächen, an denen Sondereigentum begründet werden soll (vgl. § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2, § 3 Abs. 3 WEG).
- Nicht zu prüfen ist dagegen, über welche Ausstattung die Sondereigentumseinheiten verfügen, mithin ob die bauordnungsrechtliche Mindestausstattung einer Wohnung erfüllt ist.

1. Rückblick

Dass Baubehörden überhaupt auf die Idee kommen, die Mindestausstattung zu prüfen, lässt sich nur historisch erklären. Denn die bis Mitte 2021 geltende Allgemeine Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen nach dem Wohnungseigentumsgesetz (AVA) ordnete an, dass eine Wohnung „die Führung eines Haushaltes ermöglichen“ muss und deshalb „stets [über] eine Küche oder ein[en] Raum mit Kochgelegenheit sowie Wasserversorgung, Abguss und WC“ zu verfügen hat (vgl. Nr. 4 AVA a. F.). Als Kind der 1970er-Jahre versuchte die AVA so, den Wohnstandard zu heben: Wessen Gebäude dem Mindeststandard nicht genügte, dem wurden die Aufteilung und damit mittelbar auch die Weiterveräußerung verwehrt. Das mag wohnungspolitisch sinnvoll sein, der rechtliche Ansatzpunkt war aber schon immer verfehlt. Denn die Mindestausstattung einer Wohnung hat mit der zu bescheinigenden Abgeschlossenheit nichts zu tun, sondern ist eine rein bauordnungsrechtliche Vorgabe (vgl. etwa Art. 46 BayBO). Deshalb hat der Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes in einer seiner seltenen Entscheidungen schon 1992 entschieden, dass – entgegen der alten AVA – Bauordnungsrecht bei der Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung

nicht geprüft werden darf.¹ In der baubehördlichen Praxis wurde diese Entscheidung jedoch weitgehend ignoriert.

2. Die neue AVA

Die neue AVA aus dem Jahr 2021 stellt nun in § 4 Abs. 2 ausdrücklich klar:

„Die Abgeschlossenheitsbescheinigung ist ungeachtet bauordnungsrechtlicher Vorschriften zu erteilen.“

Das KG stellt in der Besprechungsentscheidung klar, dass das nun wirklich gilt. Im Übrigen enthält die neue AVA auch gar keine Definition des Wohnungsbegriffs mehr. Der Aufteilungsplan muss deshalb auch keine Raumbezeichnungen mehr enthalten; ob etwa eine „Küche“ oder ein „WC“ vorhanden ist, darf die Baubehörde eben nicht prüfen. Schließlich unterscheidet die Muster-Abgeschlossenheitsbescheinigung in der Anlage zur neuen AVA auch nicht mehr zwischen Wohnungen und Nicht-Wohneinheiten; bescheinigt wird schlicht die Abgeschlossenheit nach § 3 Abs. 3 WEG.

3. Praktische Konsequenzen

Inwieweit spielt die Unterscheidung zwischen „Wohnungen“ und „nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen“ dann überhaupt noch eine Rolle? Sie liegt wohnungseigentumsrechtlich einzig in der Zweckbestimmung der Räume: Wohnung ist, wo nach der Gemeinschaftsordnung gewohnt werden darf.² Diese Widmung erfolgt erst mit dem Vollzug der Teilung im Grundbuch, also zeitlich nach Erteilung der Abgeschlossenheitsbescheinigung. Bei der Antragstellung für die Abgeschlossenheitsbescheinigung muss deshalb – entgegen vieler noch immer verwendeter Formulare der Baubehörden – nicht angegeben werden, ob es sich um Wohnungen oder Nicht-Wohneinheiten handelt.

Die Emanzipation der Abgeschlossenheitsbescheinigung vom Bauordnungsrecht vereinfacht schließlich auch „Umwandlungsfälle“: Früher verlangte die herrschende Meinung eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung, wenn eine Teileigentumseinheit in eine Wohnung „umgewandelt“ wurde; die Baubehörde sollte prüfen können, ob die Mindestausstattung für Wohnungen vorhanden ist.³ Das ist nun hinfällig.⁴ Die „Umwandlung“ einer Teileigentumseinheit in eine Wohnung ist eine schlichte Änderung der vereinbarten Zweckbestimmung. Wie bei jeder Vereinbarung genügen die Bewilligungen der Wohnungseigentümer.

- 1 Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschluss vom 30.06.1992, GmS-OGB 1/91, MittBayNot 1992, 387.
- 2 Vgl. BGH, Urteil vom 27.10.2017, V ZR 193/16, ZWE 2018, 28 Rdnr. 6; *Hügel/Elzer*, WEG, 3. Aufl. 2021, § 1 Rdnr. 22 m. w. N.
- 3 Etwa KG, Beschluss vom 23.04.2013, 1 W 343/12, ZWE 2013, 322, 322.
- 4 So auch Jennißen/*Zimmer*, WEG, 7. Aufl. 2021, § 1 Rdnr. 25; *Wobst*, MittBayNot 2022, 322, 323; a. A. noch BeckOGK-WEG/M. Müller, Stand: 01.09.2022, § 1 Rdnr. 176.

4. Nachweis der Beendigung der Testamentsvollstreckung im Grundbuchverfahren

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 07.09.2022, 19 W 64/21 (Wx)

BeurkG § 44a Abs. 2 Satz 1

BGB § 2033 Abs. 1, § 2361 Satz 1, § 2368 Satz 2

ZPO § 319 Abs. 1, § 417

LEITSATZ:

Der Nachweis der Beendigung der Testamentsvollstreckung kann gegenüber dem Grundbuchamt auch durch eine entsprechende Bescheinigung des zuständigen Nachlassgerichts geführt werden.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beschwerdeführer wenden sich gegen eine grundbuchamtliche Zwischenverfügung und zwei Zurückweisungsbeschlüsse.

2 Am (...) Mai (...) verstarb der zuletzt in M wohnhafte Herr Dr. H. Das AG M erteilte am 05.12.1985 einen gemeinschaftlichen Erbschein, der seine Tochter R B, geb. H, sowie seine Enkel, die Beteiligten zu 1 bis 4, als Erben auswies und den Zusatz enthielt, dass für die Erbteile der Beteiligten zu 1 bis 4 Testamentsvollstreckung angeordnet sei. Dem Erbschein lag ein handschriftliches Testament zugrunde. Am 20.03.2000 bestätigte das AG M – Nachlassgericht – dem Notar gegenüber, dass die Testamentsvollstreckung mit Ablauf des 09.05.1995 beendet sei.

3 Die Beteiligten zu 1 bis 4 und die von ihnen vertretene (...) 2019 verstorbene Frau R B sind im Grundbuch von N Blatt X in Erbengemeinschaft auf Ableben von Dr. H mit einem Erbanteil als Eigentümer eingetragen (Abteilung I lfd. Nr. 31.2).

4 Im Grundbuch von N Blatt Y sind die Beteiligten zu 1 bis 4 und die von ihnen vertretene (...) verstorbene Frau R B in Erbengemeinschaft mit einem Anteil von 1/2 als Eigentümer eingetragen (Abteilung I lfd. Nr. 2.2).

5 In beiden Grundbüchern ist in Abteilung II lfd. Nr. 1 ein Testamentsvollstreckungsvermerk betreffend die Erbteile der Beteiligten zu 1 bis 4 eingetragen.

6 In der vorgelegten Urkunde URT (...)/2020 vom 29.07.2020 heißt es im Abschnitt B. II. 3. unter der Überschrift „(Teilweise) Erbauseinandersetzung: Nachlass Dr. H“ u. a.:

„3.1. In Auseinandersetzung des Nachlasses nach Dr. H übertragen Frau R B (vertreten wie vor), Frau G B, Frau U B und Herr C B jeweils mit allen Rechten und gesetzlichen Bestandteilen

3.1.1 den Anteil unbekannter Höhe an dem Grundstück Flst. F1 der Gemarkung N (Gemeinde K), wie in Ziffer I.1.8 näher bezeichnet,

3.1.2 den Hälfteanteil an den Grundstücken Flste. F2 und F3 der Gemarkung N (Gemeinde K), wie in Ziffer I.1.9 näher bezeichnet an Herrn W B zum Alleineigentum bzw. zur Alleinberechtigung.

3.2. Die Veräußerungen erfolgen zur Erbauseinandersetzung (Teilung des Nachlasses) und zwar insbesondere hinsichtlich der Veräußerung des Anteils unbekannter Höhe (vorstehende Ziffer 3.1.1) unabhängig davon, nach wem auch immer der zum Nachlass gehörende Erbteil schlussendlich besteht. Vgl. hierzu auch Abschnitt D.3.2.2.

3.3 Die Beteiligten stellen klar, dass weiteres Vermögen im Nachlass des Dr. H nicht ausgeschlossen werden kann. Die heutige Auseinandersetzung soll klarstellend auf den vorstehend genannten Grundbesitz bzw. den bisher erbgemeinschaftlich gehaltenen Erb- bzw. Bruchteil daran beschränkt sein.“

7 Das in der vorbenannten Urkunde bezeichnete Grundstück Flurstück F1 der Gemarkung N (Ziffer I.1.8 der Urkunde) ist im Grundbuch von N auf Blatt X eingetragen, die Flurstücke F2 und F3 (Ziffer I.1.9 der Urkunde) sind im Grundbuch von N auf Blatt Y eingetragen.

8 Abschnitt B. II. 7. der Urkunde enthält unter der Überschrift „Grundbucheklärungen“ folgenden Hinweis:

„7.3 Löschungszustimmung

Die Vertragsteile stimmen allen der Lastenfreistellung dienenden Erklärungen zu und beantragen den grundbuchamtlichen Vollzug.

Die Löschung des am Grundbesitz in N (Ziffern I.1.8 und I.1.9) lastenden Testamentsvollstreckervermerks wird beantragt. Eine Bestätigung des AG M – Nachlassgericht – vom 20.03.2000 über die Beendigung der Testamentsvollstreckung liegt bei Beurkundung vor und wird dieser Urkunde in Kopie beigelegt. Die Übereinstimmung der Kopie mit dem Original wird beglaubigt.“

9 Am 30.09.2020 nahm der Notar unter Berufung auf § 44a BeurkG folgende „Richtigstellung einer offensichtlichen Unrichtigkeit“ vor, in dem er die Formulierung in Ziffer 3.1.1 wie folgt abänderte:

„(...) den ursprünglich Dr. H zustehenden und im Grundbuch von N (Gemeinde K) in Abteilung I unter lfd. Nr. 31.2 gebuchten Erbteil (unbekannter Höhe) am Nachlass des Erblassers (vermutlich Elise H), dessen Erbfolge im Grundbuch in Abteilung I lfd. Nrn. 31.01-31.07 enthalten ist und (...)“

10 Diesen Antrag hat das Grundbuchamt mit Verfügung vom 21.01.2021 zurückgewiesen. Hinsichtlich des im Grundbuch von N Blatt X gebuchten Erbanteils sei keine Verfügung über ein Grundstück oder einen Miteigentumsanteil, sondern über Anteile an dem Anteil einer Erbengemeinschaft erfolgt. Da hier keine Eigentumsübertragung erfolgt sei, fehle es an einer Eigentumsübertragung im Sinne von § 873 BGB.

11 Mit derselben Verfügung wies das Grundbuchamt den Antrag auf Grundbuchberichtigung für das Grundbuch von N Blatt Y aufgrund Erbteilsübertragung zurück. Über den dort aufgeführten Miteigentumsanteil der Erbengemeinschaft könnten die Beteiligten zu 1 bis 4 als Erben wegen der eingetragenen Testamentsvollstreckung nicht verfügen.

12 Mit Zwischenverfügung vom 21.01.2021 hat das AG die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks davon abhängig gemacht, dass ein Erbschein auf Ableben von Dr. H vorgelegt wird, der keine Testamentsvollstreckung (mehr) ausweist. Die Befristung der Testamentsvollstreckung ergebe sich lediglich aus einem eröffneten privatschriftlichen Testament; dieses sei zum Nachweis der Erledigung der Testamentsvollstreckung nicht geeignet.

13 Gegen die Zurückweisungsbeschlüsse und die Zwischenverfügung richtet sich die Beschwerde der Urkundsbeteiligten:

14 Zum Grundbuch Blatt X vertreten sie die Auffassung, dass nach Abschnitt B. II. Ziffer 3.3. der eingereichten Urkunde ausdrücklich der bisher erbgemeinschaftlich gehaltene Anteil angegeben sei. Hinsichtlich dieses Erbteils sei mit der richtigstellenden Urkunde vom 30.09.2020 die Grundbuchberichtigung aufgrund der Übertragung des Erbteils bewilligt und beantragt; es sei kein Vollzug einer Auflassung beantragt.

15 Zu der das Grundbuch Blatt Y betreffenden Auflassung vertreten sie die Auffassung, diese sei zu vollziehen, weil die Testamentsvollstreckung nicht mehr bestehe. Höchstenfalls vorzorglich werde beantragt, die Auflassung des Miteigentumsanteils unabhängig vom Vollzug der Grundbuchberichtigung in Blatt X Gemarkung N zu vollziehen.

16 Die Zwischenverfügung sei unrichtig, weil die Unrichtigkeit des Testamentsvollstreckervermerks durch die nachlassgerichtliche Bescheinigung nachgewiesen sei; diese stehe dem von der Rechtsprechung als Nachweis zugelassenen Testamentsvollstreckervermerk gleich.

17 Das AG hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Senat vorgelegt.

18 II. Die – nicht fristgebundene – Beschwerde gegen die Entscheidungen des Grundbuchamts vom 21.01.2021 ist nach § 71 Absatz 1 GBO i. V. m. § 11 Absatz 1 RPflG und §§ 58 ff. FamFG zulässig, insbesondere kann auch – trotz Fehlens einer abschließenden Regelung – eine Zwischenverfügung mit diesem Rechtsmittel angegriffen werden (vgl. etwa BeckOK-GBO/Kramer, Stand: 01.06.2022, § 71 Rdnr. 112). Die Beschwerde ist unbegründet, soweit sie sich gegen die Zurückweisung der Eintragung des Beteiligten zu 2 im Grundbuch Blatt X wendet (1.) und im Grundbuch Blatt Y (2.) wendet. Betreffend die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks ist sie begründet (3.)

19 1. Der Zurückweisungsbeschluss des Grundbuchamtes zum Grundbuch Blatt X ist zu Recht ergangen.

20 a) Durch die Beschwerdeschrift haben die Beteiligten klargestellt, dass in diesem Punkt – anders als vom Grundbuchamt angenommen – eine Grundbucheintragung aufgrund Auflassung nicht begehrt werde.

21 b) Es ist aber auch nicht in einer den Anforderungen des § 22 GBO genügenden Form nachgewiesen, dass lediglich noch der Beteiligte zu 2 Grundstückseigentümer ist.

22 aa) Soll der Anteil eines Miterben am Nachlass durch Erbanteilübertragung auf einen anderen Miterben übergehen, kann der für eine Berichtigung nach § 22 GBO erforderliche Nachweis durch die Vorlage einer formgerecht beurkundeten Erbteilsübertragung geführt werden (OLG Naumburg, NJOZ 2013, 812).

23 bb) Das ist hier nicht in tauglicher Form geschehen. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die „Richtigstellung einer offensichtlichen Unrichtigkeit“, die der Notar am 30.09.2020 vorgenommen hat, von der in § 44a Abs. 2 Satz 1 BeurkG geregelten Befugnis – deren Grenzen sich an denjenigen des § 319 Abs. 1 ZPO orientieren (vgl. BeckOGK-BeurkG/Regler, Stand: 01.05.2022, § 44a Rdnr. 27) – noch gedeckt ist, was bereits zweifelhaft erscheint. Darauf dürfte es aber nicht entscheidend ankommen. Die Unrichtigkeit des Grundbuchs muss in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden, weil sonst am Verfahren nicht beteiligte Personen geschädigt werden könnten (OLG Hamm, Beschluss vom 16.01.1984, 15 W 3/84, BeckRS 1984, 31381345; Kroiß/Horn/Solomon/Imre, Nachfolgerecht, 2. Aufl. 2019, § 22 GBO Rdnr. 22). Die Vorlage einer den genauen Erbteil, über den verfügt werden soll, bezeichnenden formgerecht beurkundeten Erbteilsübertragung haben die Beteiligten bislang indes nicht vorgenommen. Die „Richtigstellung“ seitens des Notars hat nicht dazu geführt, dass mit hinreichender Sicherheit erkennbar gewesen wäre, über welchen Erbanteil die Beteiligten zu 1 bis 4 verfügen wollten. Die Reihenfolge der Todesfälle konnte nach eigenem Vortrag der Beteiligten in der Beschwerdeschrift erst in der Folge ermittelt werden. Die in der Beschwerdeschrift vorgenommene Ergänzung genügt aber nicht, um die Unrichtigkeit des Grundbuchs durch die Erbteilsübertragung in einer § 29 GBO genügenden Form nachzuweisen. Der Zweck des Grundbuchs, auf sicherer Grundlage bestimmte und eindeutige Rechtsverhältnisse für unbewegliche Sachen zu schaffen und zu erhalten, erfordert klare und eindeutige Eintragungen; sie sind nur möglich, wenn bereits die Eintragungsgrundlagen eindeutig und zweifelsfrei sind (vgl. BayObLG, NJW-RR 1994, 718, 719). Daher ist der Zurückweisungsbeschluss betreffend Blatt X zu Recht ergangen.

24 2. Da Gegenstand einer Verfügung nach § 2033 Abs. 1 BGB nicht der Anteil an einzelnen Nachlassgegenständen sein kann (Abs. 2), vorliegend infolge der Unbestimmtheit der Erbteilsübertragung betreffend Grundbuch Blatt X die von den Beteiligten gewollte (teilweise) Erbauseinandersetzung des Nachlasses Dr. H sich aber tatsächlich auf das im Grundbuch Blatt Y verzeichnete Grundstück beschränken würde, ist der Zurückweisungsbeschluss des Grundbuchamtes zum Grundbuch Blatt Y zu Recht ergangen.

25 Konnte eine Erbteilsübertragung zugunsten des Beteiligten zu 2 aus den vorgenannten Mängeln der Bewilligung hinsichtlich Grundbuch Blatt X nicht erfolgen, ist eine Erbteilsübertragung insgesamt nicht wirksam erfolgt. Mangels einer nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesenen Unrichtigkeit des Grundbuchs war dasselbe nicht zu berichtigen (§ 22 Abs. 1 Satz 1 GBO).

26 3. Zutreffend und von der Beschwerde nicht angegriffen geht das Grundbuchamt davon aus, dass die Löschung des

Testamentsvollstreckervermerks voraussetzen würde, dass das Ende der Testamentsvollstreckung durch öffentliche Urkunden nachgewiesen oder offenkundig ist.

27 a) Dass das Nachlassgericht bisher den Erbschein, der die Testamentsvollstreckung ausweist, nicht eingezogen hat, steht der Annahme einer Unrichtigkeit der Grundbucheintragung nicht von vornherein entgegen (OLG München, Beschluss vom 08.09.2005, 32 Wx 58/05, juris Rdnr. 17). Zwar wäre die Einziehung des bisherigen und die Ausstellung eines neuen Erbscheins ohne den Testamentsvollstreckervermerk ein ohne Weiteres geeigneter Weg, das Ende der Testamentsvollstreckung formgerecht nachzuweisen. Wollen die Beteiligten hierauf – etwa aus Kostengründen – aber nicht antragen, muss es ihnen weder nach dem Wortlaut des Gesetzes noch nach dem Zweck der Erbscheinbestimmungen verwehrt sein, das Ende der Testamentsvollstreckung auf andere Weise zu belegen.

28 b) Das BayObLG hat es (FamRZ 1990, 669) für ausreichend erachtet, dass zum Nachweis des Endes der Testamentsvollstreckung ein mit einem Beendigungsvermerk versehenes Testamentsvollstreckerzeugnis vorgelegt wird. Das hat es überzeugend damit begründet, dass wegen der Bedeutung für Rechtshandlungen in der Vergangenheit auch noch über eine beendete Testamentsvollstreckung ein Zeugnis – mit einem Vermerk über den Beendigungszeitpunkt – ausgestellt werden könne. Ein förmliches Testamentsvollstreckerzeugnis mit Beendigungsvermerk haben die Beteiligten hier zwar nicht vorgelegt. Sie machen aber zu Recht geltend, dass die gesiegelte und von der Nachlassrichterin unterzeichnete Erklärung vom 20.03.2000, die sie vorgelegt haben, dem Beendigungsvermerk auf einem Testamentsvollstreckerzeugnis gleichsteht.

29 Zwar ist dem Grundbuchamt zuzugeben, dass die Erteilung entsprechender Bescheinigungen keinem gesetzlich geregelten Verfahren unterliegt. Dies trifft indes auch auf die (nachträgliche) Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses mit einem Beendigungsvermerk zu. Wie sich aus § 2368 Satz 2 2. Hs. BGB ergibt, wird das dem Testamentsvollstrecker erteilte Zeugnis – ohne dass es einer entsprechenden Entscheidung des Nachlassgerichts bedarf – mit Beendigung des Amtes kraftlos. Ausdrücklich vorgesehen ist für diesen Fall nur die Einziehung des Testamentsvollstreckerzeugnisses (§ 2368 Satz 2, § 2361 Satz 1 BGB), nicht aber die (bloße) Anbringung eines Beendigungsvermerks. Die Rechtsprechung hat richtigerweise gleichwohl für bestimmte Fälle die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses mit Beendigungsvermerk für zulässig erachtet (OLG Stuttgart, OLGZ 1979, 387). Entgegen der vom Grundbuchamt im Nichtabhilfebeschluss vertretenen Auffassung kann aus dem Umstand, dass das Gesetz weder ein Testamentsvollstreckerzeugnis mit Beendigungsvermerk noch eine hiervon losgelöste Bestätigung des Nachlassgerichts über die Beendigung der Testamentsvollstreckung ausdrücklich vorsieht, der Schluss gezogen werden, dass es sich um keine amtliche Anordnung, Verfügung oder Entscheidung (§ 417 ZPO) und damit um keine zum Nachweis im Grundbuchverkehr taugliche öffentliche Urkunde (§ 29 GBO) handelt. Die formelle Beweis-



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

kraft im Sinne des § 417 ZPO kommt öffentlichen Urkunden zu, die von einer Behörde ausgestellt sind und eine Erklärung der Behörde enthalten. Die Aufzählung von Anordnung, Verfügung oder Entscheidung ist dabei untechnisch zu verstehen und erfasst jede auf Außenwirkung gerichtete (Willens-)Erklärung einer Behörde (vgl. MünchKomm-ZPO/Schreiber, 6. Aufl. 2020, § 415 Rdnr. 5; Musielak/Voit/Huber, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 417 Rdnr. 1). Das nachlassgerichtliche Schreiben lässt sich daher ohne Weiteres als die Entscheidung im Sinne des § 417 ZPO verstehen, dass die Testamentsvollstreckung seit einem bestimmten Tag als beendet angesehen wird. Für die Annahme des Grundbuchamts, es habe lediglich eine Rechtsansicht kundgetan werden sollen, gibt es keinen konkreten Anhaltspunkt. Zu den Aufgaben des Nachlassgerichts gehört es, bei fehlender Ernennung durch den Erblasser (§ 2200 Abs. 1 BGB) einen Testamentsvollstrecker zu ernennen und dem vom Erblasser oder von ihm selbst ernannten Testamentsvollstrecker auf Antrag sein Amt zu bezeugen (§ 2368 Satz 1 BGB). Erklärt das Nachlassgericht daher, dass die Testamentsvollstreckung beendet sei, ist damit ohne Weiteres die – zu seiner Kompetenz gehörende – Entscheidung verbunden, dass die Ernennung eines (neuen) Testamentsvollstreckers oder die Ausstellung eines Zeugnisses nicht mehr in Betracht kommt. Äußerlich streitet für den Willen, eine Entscheidung zu treffen und nicht lediglich eine Rechtsansicht mitzuteilen, der Umstand, dass die Bestätigung von der zuständigen Nachlassrichterin eigenhändig unterschrieben ist – was bei formlosen Schreiben der Gerichte nicht zu erfolgen pflegt – und mit einem Dienstsiegel versehen ist.

30 Aus der funktionellen Zuständigkeitsverteilung zwischen Grundbuchamt und Nachlassgericht folgt, dass Letzterem die vorrangige Kompetenz in der Beurteilung zukommt, ob eine Testamentsvollstreckung angeordnet wurde und ob diese noch besteht (vgl. KG, FGPrax 2015, 104; OLG Düsseldorf, ZEV 2016, 164). Das muss nicht nur in materiellrechtlicher Hinsicht gelten, sondern auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht; das Grundbuchamt ist daher auch an die Entscheidung des Nachlassgerichts gebunden, eine vom Testamentsvollstreckerzeugnis losgelöste Bestätigung der Beendigung der Testamentsvollstreckung prozessual für zulässig zu erachten.

(...)

5. Grundbucheintragung nach Tod eines Mitgesellschafters einer Zwei-Personen-GbR

OLG Köln, Beschluss vom 11.07.2022, 2 Wx 102/22

FamFG § 59 Abs. 1

GBO §§ 53, 71 Abs. 2

LEITSATZ:

Bei dem Tod eines Mitgesellschafters einer Zwei-Personen-GbR wird im Falle der Anwachsung der verbleibende Gesellschafter als Alleineigentümer eines der Gesellschaft gehörenden Grundstücks eingetragen.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. In notarieller Urkunde vom 01.09.2010 (URNr. [...]) gründete Herr H J S mit der Beteiligten zu 1, seiner Ehefrau, eine BGB-Gesellschaft unter dem Namen „S Grundbesitz GbR“. Unter § 11 „Tod eines Gesellschafters“ heißt es:

„Stirbt ein Gesellschafter, so wächst dessen Geschäftsanteil dem verbleibenden Gesellschafter an. Beim Tode des längstlebenden Gesellschafters oder im Falle des gleichzeitigen Versterbens geht der Anteil auf den jeweiligen Erben bzw. den vom jeweiligen Gesellschafter genannten Vermächtnisnehmer über. Die Geschäftsanteile sind insoweit vererblich.“

2 Herr S brachte den im (...) verzeichneten Grundbesitz in die Gesellschaft ein. Als Eigentümerin wurde am 10.09.2020 die vorgenannte Gesellschaft mit Herrn H J S und der Beteiligten zu 1 als Gesellschaftern eingetragen.

3 Am 10.06.2021 verstarb Herr H J S.

4 Gemäß Antrag der Beteiligten zu 1 vom 16.12.2021 hat das Grundbuchamt am 26.04.2022 als Alleineigentümerin die Beteiligte zu 1 eingetragen mit dem Vermerk „Infolge Anwachsung nach Tod des Gesellschafters 3.1. auf Nr. 4 umgeschrieben.“

5 Hiergegen wendet sich die Beteiligte zu 2 mit ihrer am 27.04.2022 bei dem AG eingelegten, als „Widerspruch“ bezeichneten Beschwerde. Sie bringt vor, die Hälfte des Grundbesitzes fiel in den Nachlass ihres verstorbenen Vaters, sodass für diesen Anteil Erbensprüche von ihr sowie ihrer Schwester vorlägen.

6 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Köln zur Entscheidung vorgelegt.

7 II. Eine Beschwerde gegen eine vollzogene Eintragung ist unzulässig; mit ihr kann nur das Ziel verfolgt werden, das Grundbuchamt zur Eintragung eines Widerspruchs nach § 53 GBO anzuweisen (§ 71 Abs. 2 GBO). Auch mit diesem zulässigen Ziel hat das Rechtsmittel keinen Erfolg.

8 Bedenken gegen die Zulässigkeit der Beschwerde bestehen unter dem Gesichtspunkt der Beschwerdeberechtigung, die nach § 59 Abs. 1 FamFG eine Beeinträchtigung in eigenen Rechten voraussetzt. Ob die Beteiligte zu 2 im Hinblick darauf, dass der Erblasser in dem notariellen Testament vom 01.09.2010 die Beteiligte zu 1 zur Alleinerbin be-

rufen hat, eine Beteiligung als (Mit-)Erbin überhaupt geltend machen kann, kann aber dahinstehen.

9 Denn die Beschwerde ist jedenfalls unbegründet, weil die beanstandete Eintragung nicht unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorgenommen worden ist und nicht zu einer Unrichtigkeit des Grundbuchs im Sinne des § 53 GBO geführt hat. Vielmehr hat das Grundbuchamt aufgrund des Todes des Mitgesellschafters mit Recht die Beteiligte zu 1 als Alleineigentümerin eingetragen, da sie mit dem Tod des Mitgesellschafters Alleineigentum an dem Grundbesitz erworben hat. Die Rechtsnachfolge in die Gesellschafterstellung vollzieht sich nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages (BGH, Beschluss vom 10.02.2022, V ZB 87/20, juris Rdnr. 11). Dies schließt das Gesellschaftsvermögen ein, zu dem hier der (...) verzeichnete Grundbesitz gehörte. Im Falle der Anwachsung wird der verbleibende Gesellschafter zum Rechtsnachfolger der erlöschenden Gesellschaft und damit auch Eigentümer eines der Gesellschaft gehörenden Grundstücks, wobei sich die Umschreibung als Grundbuchberichtigung darstellt (*Demharter*, GBO, 32. Aufl. 2021, § 47 Rdnr. 31.2). So liegen die Dinge hier: Der vorliegende Gesellschaftsvertrag sieht in § 11 Satz 1 – insoweit in Übereinstimmung mit § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB – vor, dass beim Tod eines Gesellschafters sein Anteil dem verbleibenden Gesellschafter anwächst. Beim Tod des ersten Gesellschafters vollzieht sich der Übergang der Mitbeteiligung am Grundbesitz daher außerhalb des Erbrechts, weshalb es für die Umschreibung im Grundbuch nicht darauf ankommt, wer Erbe des zuerst verstorbenen Gesellschafters geworden ist. Soweit § 11 Satz 3 des Gesellschaftsvertrages eine Vererblichkeit vorsieht, gilt dies nur („insoweit“) für den in Satz 2 geregelten Fall des Versterbens des letzten verbliebenen Gesellschafters.

(...)

6. Eintragung einer Reallast zur Instandhaltung einer Photovoltaikanlage

OLG Naumburg, Beschluss vom 26.07.2021, 12 Wx 29/21

BGB § 1105 Abs. 1

LEITSATZ:

Eine Reallast, die die Verpflichtungen enthält, eine Photovoltaikanlage zu überwachen, auf Aufforderung die Zählerstände abzulesen, für beauftragte Reparaturen die Handwerker in das Haus und auf das Grundstück zu lassen, im Winter die Heizung einzustellen und bei festgestellten Schäden an dem Haus die Eigentümer zu informieren, ist in das Grundbuch eintragungsfähig, denn die hierfür aufzuwendenden Kosten sind nach den Kosten eines Hausmeisterservice hinreichend bestimmbar.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte 2 ist als Eigentümerin des im Grundbuch (...) verzeichneten Grundbesitzes eingetragen.

2 Die Beteiligten haben von dem verfahrensbevollmächtigten Notar am 10.04.2019 einen Grundstücksüberlassungsvertrag mit Auflassung bezüglich des vorgenannten Grundbesitzes beurkunden lassen. Dabei hat der Beteiligte zu 1 in § 4 Ziffer b folgende Verpflichtung übernommen:

„Der Übernehmer verpflichtet sich, bis zum ersten Verkauf des Flurstücks 50/2 der Flur 4 Gemarkung N (nicht Überschreibung innerhalb Familie) auf dem Flurstück 50/2 der Flur 4 Gemarkung N

1. die Funktion der Photovoltaikanlage auf dem Kuhstall zu überwachen und auf Anforderung die Zählerstände abzulesen;
2. für beauftragte Reparaturen an dem Grundstück die Handwerker in das Haus und auf das Grundstück zu lassen;
3. im Winter die Heizung einzustellen;
4. bei festgestellten Schäden an dem Haus die Eigentümer zu informieren.“

3 Zur Absicherung dieses Rechts haben die Beteiligten dort eine Reallast an dem Flurstück 333 der Flur 4 Gemarkung N zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Flurstücks 50/2 der Flur 4 Gemarkung N bewilligt und beantragt.

4 Der beurkundende Notar hat mit Schriftsatz vom 19.07.2019 gemäß § 15 GBO die erste Ausfertigung der vorgenannten Urkunde dem Grundbuchamt des AG Salzwedel überreicht und u. a. die Eintragung der Reallast beantragt. Auf Beanstandung mit Verfügung vom 06.09.2019, hat der Notar mit Schriftsatz vom 12.12.2019 folgende Erklärung abgegeben:

„Der Antrag wird wie folgt berichtigt:

Zur Absicherung des Rechts bewilligen und beantragen die Vertragsparteien eine auflösend bedingte Reallast an dem Grundeigentum Flurstück 333 der Flur 4 Gemarkung N zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Flurstücks 50/2 der Flur 4 Gemarkung N.

Die schlagwortartige Bezeichnung lautet: Betreuungs- und Erhaltungsreallast.“

5 Mit Verfügung vom 16.03.2020, die mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen war, wonach gegen diese Zwischenverfügung das Rechtsmittel der unbefristeten Beschwerde zulässig sei, hat das Grundbuchamt den Beteiligten mitgeteilt, dass der beantragten Eintragung Hindernisse entgegenstünden, zu deren formgerechter Behebung gemäß § 18 GBO eine Frist von sechs Wochen gesetzt werde. Die Rechtspflegerin hat um Überprüfung der Ausführungen zum Leistungsumfang bzw. zu den zu beziffernden Forderungen bzw. wiederkehrenden Leistungen gebeten, die in Geld umrechenbar sein müssten. Die Beteiligten hätten angeführt, dass ein Geldwert bei Beauftragung eines Hausmeisterservices oder von Handwerkern anfallen könnte. Dies dürfe nicht wiederkehrend sein, auch gebe § 4 des Vertrages nicht her, dass die Kosten vom Übernehmer zu tragen seien. Dieser habe lediglich die Personen in das Haus zu lassen. Daher handele es sich nicht um eine Reallast.



6 Gegen diese Verfügung haben die Beteiligten mit Schriftsatz vom 22.05.2020 Beschwerde eingelegt und ihren rechtlichen Standpunkt, dass es sich um eine Reallast handele, unter Bezug auf die einzelnen Leistungen weiter begründet. Das Grundbuchamt hat der Beschwerde mit Beschluss vom 15.10.2020 nicht abgeholfen und das Verfahren dem OLG zur Entscheidung vorgelegt, welches die Beschwerde gegen die Verfügung vom 16.03.2020 als unzulässig verworfen hat. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Beschwerde nicht statthaft sei, da es sich bei der Verfügung nicht um eine anfechtbare Zwischenverfügung, sondern um eine vorläufige Meinungsäußerung handele.

7 Mit Zwischenverfügung vom 04.05.2021 hat das Grundbuchamt um Mitteilung gebeten, ob die mit Schreiben vom 19.07.2019 gestellten Anträge unter einem Vorbehalt gemäß § 16 Abs. 2 GBO stehen. Nachdem der Notar dies mit Schriftsatz vom 26.05.2021 verneinte hatte, wies das Grundbuchamt mit Beschluss vom 26.05.2021 den Antrag vom 19.07.2019 auf Eintragung einer Reallast zurück. Zur Begründung führte es aus, dass die beantragte und bewilligte Reallast gemäß § 4 des Vertrages nicht eintragungsfähig sei, da an den Berechtigten keine wiederkehrenden Leistungen aus dem Grundstück zu entrichten seien bzw. das belastete Grundstück nicht dafür haften könne. Als Verwertungsrecht könne die Reallast zwar Leistungen zum Gegenstand haben, die in einem positiven Geben oder Tun bestünden, jedoch müssten diese Leistungen einen Geldwert haben bzw. in eine Geldforderung umwandlungsfähig sein. Die zu erbringenden Leistungen seien anhand der in der Vereinbarung festgelegten Voraussetzungen hinsichtlich Art und Umfang der Belastungen des Grundstücks der Höhe nach nicht hinreichend bestimmbar. Daher könnten Leistungen aus dem Grundstück nicht entrichtet werden (§ 1105 BGB), insbesondere könne kein Anspruch darauf durch Zwangsvollstreckung in das belastete Grundstück befriedigt werden (§§ 1107, 1147 BGB).

8 Hiergegen wendet sich der Notar mit der Beschwerde vom 07.06.2021, in der er seine Auffassung, dass die Reallast eintragungsfähig sei, weiter vertritt. Ergänzend führt er zur Begründung aus, dass die Reallast nicht unbedingt mit der Zahlung von Geld verbunden sein müsse, sondern diese könne auch in Dienstleistungen – wie in § 4 des Notarvertrages – bestehen. Sollte der Übernehmer in dem Vertrag die Leistungen nicht übernehmen, müsste ein Hausmeisterservice beauftragt werden, der mit der Verkäuferin einen Servicevertrag für das Jahr abschließt. Die zu erbringenden Leistungen seien somit auch bestimmbar, hätten einen bestimmbaren Geldwert und könnten aus dem Grundstück erbracht werden. In der Rechtsprechung sei anerkannt, dass Hauswartdienste reallastfähig sind.

9 Das Grundbuchamt half der Beschwerde mit Beschluss vom 15.06.2021 nicht ab und legte sie dem OLG zur Entscheidung vor.

10 II. Die Beschwerde ist gemäß § 18 Abs. 1, § 71 Abs. 1, §§ 72, 73 GBO zulässig und dem Senat nach der vom Grundbuchamt ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe zur Entscheidung angefallen, § 75 GBO. Die Beschwerdebe-

rechtigung des Verfahrensbevollmächtigten als Urkundsnotar ergibt sich aus § 15 Abs. 2 GBO. Da er nicht ausdrücklich erklärt hat, für welche/n Beteiligten er die Beschwerde eingelegt hat, ist von der Einlegung im Namen aller Beteiligter auszugehen (*Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 15 Rdnr. 20 m. w. N.).

11 Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg, weil die zur Eintragung beantragte Reallast einen nach dem Gesetz zulässigen Inhalt aufweist. Deshalb erweist sich das Recht auch als eintragungsfähig.

12 Der Sache nach zu Unrecht ist das Grundbuchamt davon ausgegangen, dass die Bewilligung nicht hinreichend ist, um die begehrte Eintragung der Reallast zu rechtfertigen. Die Bewilligung als Grundlage der Eintragung muss einen klaren und bestimmten Inhalt haben und muss klar und unzweideutig ergeben, welchen Inhalt die Eintragung haben soll (vgl. dazu *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl., § 19 Rdnr. 103). Mit einer Reallast kann gemäß § 1105 Abs. 1 Satz 1 BGB ein Grundstück in der Weise belastet werden, dass wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück an den Berechtigten zu entrichten sind. Eine einmalige Leistung kann danach regelmäßig nicht durch eine Reallast gesichert werden (BGH, Urteil vom 08.11.2013, V ZR 95/12, juris; *MünchKomm-BGB*, 8. Aufl. 2020, § 1105 Rdnr. 23). Dienstleistungspflichten sind denkbar in Form der Pflege oder Beköstigung des Berechtigten wie auch der Unterhaltung eines Grundstücks oder der Grabpflege (*jurisPK-BGB/Otto*, Stand: 15.12.2020, § 1105 Rdnr. 36; hinsichtlich Grabpflege: OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 04.06.2019, 20 W 218/18, juris).

13 Die Leistungen müssen in ihrer Art und ihrem Umfang hinreichend bestimmbar sein, weil die Reallast den Wert einer Leistung verkörpern muss, die den Berechtigten bei Nichtleistung des Verpflichteten die Möglichkeit bietet, durch Verwertung des Grundstücks den Gegenwert in Geld zu verlangen (vgl. hinsichtlich einer Pflegeverpflichtung: BGH, Beschluss vom 13.07.1995, V ZB 43/94, juris). Die Anforderungen an die Bestimmtheit dürfen einerseits nicht überspannt, andererseits aber im Hinblick auf die Interessen nachrangig Berechtigter auch nicht zu großzügig angesetzt werden (BGH, Beschluss vom 13.07.1995, a. a. O.; *Demharter*, GBO, Anhang zu § 44 Rdnr. 75 m. W. N.).

14 Eine allgemeine Kennzeichnung der Leistungen wird für ausreichend erachtet, wenn danach Art und Gegenstand sowie Umfang (Geldwert) der Leistungen bestimmbar sind (BGH, Beschluss vom 13.07.1995, a. a. O.). Der Leistungsumfang muss in der Weise bestimmbar sein, dass die höchstmögliche Belastung aufgrund der Eintragung erkennbar und der Haftungsumfang zu einem bestimmten Zeitpunkt aus in ihr genannten Faktoren bestimmt werden kann (*Palandt/Herrler*, 80. Aufl., § 1105 Rdnr. 6).

15 Zur Feststellung der Leistungen können auch außerhalb der Eintragungsbewilligung (und der Grundbucheintragung) liegende Umstände herangezogen werden, soweit sie nachprüfbar sind und auf sie in der Bewilligung hingewiesen ist (dazu *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1303). Da-

mit muss also der Umfang der tatsächlichen Belastung nicht ohne Weiteres aus der Eintragung selbst oder der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung allein ersichtlich sein. Es genügt vielmehr, wenn Art, Gegenstand und Umfang der Leistung aufgrund objektiver Umstände bestimmbar sind, die – wie gesagt – auch außerhalb des Grundbuchs liegen können, sofern sie nachprüfbar sind und mindestens in der Eintragungsbewilligung angedeutet sind. Dabei kommt es nicht darauf an, ob ein Dritter die Umstände, aus denen sich die tatsächliche Belastung in einem bestimmten Zeitpunkt ergibt, feststellen kann. Entscheidend ist, dass die höchst mögliche Belastung des Grundstücks für jeden Dritten erkennbar ist und dass der Umfang der Haftung in einem bestimmten Zeitpunkt aufgrund der in der Eintragungsbewilligung enthaltenen Voraussetzungen bestimmt werden kann (BGH, Beschluss vom 13.07.1995, a. a. O.; Schönher/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1297; Demharter, GBO, Anhang zu § 44 Rdnr. 75).

16 Das ist hier der Fall.

17 Bei den Verpflichtungen, die Photovoltaikanlage zu überwachen, auf Aufforderung die Zählerstände abzulesen, für beauftragte Reparaturen die Handwerker in das Haus und auf das Grundstück zu lassen, im Winter die Heizung einzustellen und bei festgestellten Schäden an dem Haus die Eigentümer zu informieren, handelt es sich ohne Weiteres um wiederkehrende Leistungen.

18 Auch lässt sich die höchstmögliche Leistung, wie die Beschwerde zutreffend einwendet, an den Kosten eines Hausmeisterservices orientieren. Hierfür sind die einzelnen o. a. Leistungen, die vom Hausmeisterservice abzudecken wären, hinreichend bestimmt. Welche Kosten hierfür aufzuwenden sind, lässt sich nach der Ortsüblichkeit hinreichend genau bestimmen. In diesem Sinne hat der BGH es für hinreichend bestimmt erachtet, wenn eine persönliche Pflegepflicht übernommen wird, „soweit sie den Übernehmern unter Berücksichtigung ihrer beruflichen und familiären Verhältnisse, insbesondere unter Berücksichtigung der Betreuung von Kindern der Übernehmer und nach deren körperlichen Fähigkeiten und ihrem Vermögen zur Pflege nach ihrer Ausbildung und ihren Kenntnissen zumutbar“ ist (BGH, Beschluss vom 13.07.1995, a. a. O.). Auch das KG (Beschluss vom 17.12.2001, 24 W 55/01, juris) hat eine Verpflichtung, „Hauswarttätigkeiten in dem erforderlichen Umfang (Reinigung des Treppenhauses) nach Maßgabe eines mit dem Verwalter abzuschließenden Hauswartdienstvertrages zu übernehmen“ als hinreichend bestimmt eingeordnet. Gemessen an diesen Vorgaben kann jedenfalls im hiesigen Fall Art und Umfang der Belastung des Grundstücks der Höhe nach erheblich genauer bestimmt werden.

19 Eine wertmäßige Bezifferung der einzelnen Verpflichtungen mag zwar wünschenswert sein, um im Falle der Nichterfüllung eine Ermittlung des Wertes zu vermeiden, erforderlich ist sie nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen jedoch nicht.

20 Danach kann das Grundbuchamt die Eintragung der Reallast nicht von der Darlegung zusätzlicher Kriterien bezüglich der Wertigkeit der Verpflichtungen – die zudem ih-

rerseits allenfalls weitere Anhaltspunkte für eine richterliche Bewertung bieten könnten – abhängig machen.

(...)

Bürgerliches Recht

FAMILIENRECHT

7. Betreuerbestellung trotz Vorsorgevollmacht bei Ungeeignetheit des Bevollmächtigten

BGH, Beschluss vom 15.06.2022, XII ZB 85/22 (Vorinstanz: LG Aurich, Beschluss vom 08.02.2022, 7 T 293/21)

BGB § 1896 Abs. 2 Satz 2 a. F. (§ 1814 Abs. 3 Satz 2 n. F.)

LEITSATZ:

Steht die Wirksamkeit einer Vorsorgevollmacht fest, kann gleichwohl eine Betreuung erforderlich sein, wenn der Bevollmächtigte ungeeignet ist, die Angelegenheiten des Betroffenen zu besorgen, insbesondere weil zu befürchten ist, dass die Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen durch jenen eine konkrete Gefahr für das Wohl des Betroffenen begründet. Letzteres ist der Fall, wenn der Bevollmächtigte mangels Befähigung oder wegen erheblicher Bedenken an seiner Redlichkeit als ungeeignet erscheint (im Anschluss an Senatsbeschlüsse vom 19.05.2021, XII ZB 518/20, FamRZ 2021, 1654 und vom 21.04.2021, XII ZB 164/20, FamRZ 2021, 1236).

8. Genehmigungspflichtigkeit des Erwerbs eines Miterbenanteils durch einen minderjährigen Miterben

KG, Beschluss vom 17.11.2022, 1 W 345/22, mitgeteilt von **Ronny Müller**, Richter am KG

BGB, §§ 107, 421, 426, 1629, 1795 a. F. (§ 1824 n. F.), 1822 a. F. (§§ 1851-1854 n. F.), 1909 a. F. (§ 1809 n. F.), 1915 a. F. (§ 1813 n. F.), 2007, 2033, 2058, 2383, 2385 GBO §§ 13, 19, 22

LEITSATZ:

Die Übertragung eines Miterbenanteils hat die gesamtschuldnerische Haftung des Erwerbers für die Nachlassverbindlichkeiten zur Folge und ist deshalb für einen Minderjährigen rechtlich nicht lediglich vorteilhaft. Daran ändert es nichts, wenn der Minderjährige bereits Miterbe ist (Anschluss an OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 18.12.2014, 20 W 172/14, NJW-RR 2015, 842 = ZEV 2015, 342)

9. Keine Ergänzungspflegerbestellung für den Immobilienerwerb eines Minderjährigen bei nicht verheirateten Eltern

OLG Köln, Beschluss vom 16.09.2022, 2 Wx 171/22

*BGB § 1629 Abs. 2 Satz 1, 3 a. F. (§ 1629 Abs. 2 Satz 1, 3 n. F.), § 1643 Abs. 1 a. F. (§ 1643 Abs. 1 n. F.), § 1795 Abs. 2 a. F. (§ 1824 Abs. 2 n. F.), §§ 1796 a. F. (§ 1789 n. F.), 1822 Nr. 10 a. F. (§ 1854 Nr. 4, 5 n. F.)
GG Art. 6 Abs. 2*

LEITSATZ:

Anknüpfend an die geänderte Rechtsprechung des BGH mit Beschluss vom 24.03.2021, XII ZB 364/19, im Rahmen eines Vaterschaftsanfechtungsverfahrens: Bei nicht (mehr) verheirateten, gemeinsam sorgeberechtigten Eltern ist nur derjenige Elternteil von der Vertretung ausgeschlossen, in dessen Person die Voraussetzungen von § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1795 BGB a. F. (§ 1824 BGB n. F.) vorliegen. Der andere Elternteil bleibt zur Vertretung des Kindes befugt, sodass die Bestellung eines Ergänzungspflegers nicht erforderlich ist. Dies gilt gleichermaßen für die Vertretung eines Minderjährigen beim Immobilienerwerb. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Beteiligte zu 1 ist der Vater der minderjährigen Beteiligten zu 2 und 3. Er ist mit der Mutter der Beteiligten zu 2 und 3, Frau A, nicht verheiratet. Sie haben das gemeinsame Sorgerecht für die Beteiligten zu 2 und 3.

2 Mit notariellem Vertrag vom 22.02.2022 hat der Beteiligte zu 1 seinen ½-Miteigentumsanteil an dem im Rubrum aufgeführten Grundbesitz zu jeweils ¼-Anteil unentgeltlich an die Beteiligten zu 2 und 3, beide vertreten durch Frau A, übertragen, wobei u. a. auch die Übernahme der an dem Objekt bestehenden Miet- und Pachtverhältnisse durch die Erwerber vereinbart worden ist. Wegen der Einzelheiten des Vertrages wird auf die notarielle Urkunde vom 22.02.2022 verwiesen. Mit Schriftsatz vom 23.02.2022 haben die Beteiligten beantragt, den Eigentumswechsel sowie die Rückauflassungsvormerkung im Grundbuch einzutragen.

3 Mit Zwischenverfügung vom 27.05.2022 hat die Rechtspflegerin des Grundbuchamtes die Beteiligten darauf hingewiesen, dass es für die Übertragung der Bestellung eines Ergänzungspflegers, alternativ der Vorlage eines Negativattestest seitens des Familiengerichtes bedürfe. Zugleich wurde zur Behebung der Eintragungshindernisse eine Frist bis zum 01.07.2022 gesetzt.

4 Hiergegen wenden sich die Beteiligten mit ihrer mit Schriftsatz vom 27.06.2022 erhobenen Beschwerde. Sie vertreten die Rechtsauffassung, mit der Entscheidung des BGH vom 24.03.2021, XII ZB 364/19, sei klargestellt worden, dass ein Vertretungsausschluss gemäß § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1795 BGB bei gemeinsamer Sorge nur bei dem Elternteil eintrete, in dessen Person die Voraussetzungen des § 1795 BGB unmittelbar vorliegen. Wegen der wei-

teren Einzelheiten der Beschwerdebegründung wird auf den Schriftsatz vom 27.06.2022 verwiesen.

5 Das AG hat der Beschwerde mit Beschluss vom 11.08.2022 nicht abgeholfen und die Sache dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

6 II. Die gemäß § 71 GBO statthafte und auch im Übrigen in zulässiger Weise eingelegte Beschwerde der Beteiligten hat auch in der Sache selbst Erfolg.

7 Die Zwischenverfügung ist in der Sache nicht gerechtfertigt. Die Eintragung des Eigentumswechsels und der Rückauflassungsvormerkung an dem im Rubrum aufgeführten Grundbesitz hängt nicht von der Zustimmung eines Ergänzungspflegers oder von der Vorlage eines Negativattestest seitens des Familiengerichtes ab. Zwar ist der Beteiligte zu 1 gemäß § 1629 Abs. 2 BGB i. V. m. § 1795 Abs. 2, § 181 BGB von der gesetzlichen Vertretung der Beteiligten zu 2 und 3 hinsichtlich des streitgegenständlichen Geschäfts sowie des grundbuchrechtlichen Verfahrens ausgeschlossen. Das gilt allerdings für die gemeinsam mit dem Beteiligten zu 1 hinsichtlich der Beteiligten zu 2 und 3 sorgeberechtigte Mutter der Beteiligten zu 2 und 3, die nicht mit dem Beteiligten zu 1 verheiratet ist, nicht. Ein entsprechender Ausschluss ergibt sich insbesondere nicht aus § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1795 Abs. 2, § 181 BGB.

8 Die abstrakt-generelle Ausgestaltung des § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB führte zwar bisher dazu, dass die Vertretung beider Eltern nach herrschender Auffassung stets auch dann ausgeschlossen wurde, wenn die Voraussetzungen der Ausschlussstatbestände von § 1795 Abs. 1, § 181 BGB nur in der Person eines Elternteils vorlagen und zwar auch dann, wenn die gemeinsam sorgeberechtigten Eltern nicht (mehr) verheiratet waren (vgl. BGH, Urteil vom 14.06.1972, IV ZR 53/71, NJW 1072, 1708; BeckOGK-BGB/*Amend-Traut*, Stand: 01.05.2022, § 1629 Rdnr. 47 m. w. N.). Dies wurde aus § 1629 Abs. 2 Satz 11. Hs. BGB a. F. (heute § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB) und der dieser Norm zugrunde liegenden Erwägung, dass es nicht im Interesse des Kindes liege, dass der nicht ausgeschlossene Elternteil die Vertretung des ausgeschlossenen übernehme, da in diesen Fällen häufig eine Befangenheit beider Elternteile vorliege (vgl. BGH, Urteil vom 14.06.1972, IV ZR 53/71, a. a. O.).

9 Der BGH hat sich nun mit dem Beschluss vom 24.03.2021, XII ZB 364/19, NZFam 2021, 547 ff., zu einer Neuausrichtung seiner bisherigen, der herrschenden Meinung entsprechenden, Rechtsprechung entschieden. Hiernach soll jedenfalls im Vaterschaftsanfechtungsverfahren bei nicht (mehr) verheirateten Eltern nur derjenige Elternteil von der Vertretung ausgeschlossen sein, in dessen Person die Voraussetzungen von § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1795 BGB vorliegen. Der andere Elternteil bliebe demnach zur Vertretung des Kindes befugt und die Bestellung eines Ergänzungspflegers sei folglich nicht mehr erforderlich.

10 Begründet wird dies damit, dass sich bereits aus dem Wortlaut des § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB keine eindeutige Festlegung des Gesetzgebers ergebe. Vielmehr könne § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB - insbesondere unter Berücksichtigung seiner Entstehungsgeschichte - neben dem Verweis

auf die Ausschlussgründe nach § 1795 BGB nicht die gesetzgeberische Entscheidung entnommen werden, dass ein in der Person eines Elternteils verwirklichter Ausschlussgrund zugleich auch den anderen, nicht davon betroffenen Elternteil erfasse. Ein Ausschluss der Mutter von der gesetzlichen Vertretung im Fall der Gesamtvertretung sei auch nicht aus Sachgründen geboten. Dass ein mit dem Vertretungsausschluss verbundener Eingriff in das Elternrecht gemäß Art. 6 Abs. 2 GG insoweit vielmehr allein auf der vom Gesetz in § 1629 Abs. 2 Satz 3, § 1796 BGB eröffneten Eingriffsgrundlage erfolgen könne, ergebe sich aus verfassungsrechtlichen Erwägungen.

11 Nach der Rechtsprechung des BVerfG und des Bundesgerichtshofs handelt es sich beim gesetzlichen Ausschluss wie der gerichtlichen Entziehung der Vertretungsbefugnis um Eingriffe in das Elternrecht, die einer gesetzlichen Eingriffsgrundlage bedürfen und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen müssen (vgl. BGH, Beschluss vom 24.03.2021, XII ZB 364/19, NZFam 2021, 547 ff. m. w. N.). § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB ergebe damit für sich genommen bereits keine taugliche Eingriffsnorm für einen Ausschluss der elterlichen Vertretungsbefugnis der Mutter. Eine allenfalls mögliche entsprechende Anwendung der genannten Vorschriften scheitere in der vom BGH zu entscheidenden Fallkonstellation schon an der mangelnden Vergleichbarkeit zwischen der Ehe von Vater und Mutter und der lediglich bestehenden gemeinsamen elterlichen Sorge. Während die Ehe nach § 1353 BGB unter anderem die gegenseitige Rücksichtnahme gebiete, sei das gemeinsame Sorgerecht damit schon deswegen nicht vergleichbar, weil der Vater im Hinblick auf die gesetzliche Vertretung von der elterlichen Sorge gerade ausgeschlossen sei, die Mutter für das Kind also in eigener Verantwortung handeln könne und müsse. Die Stellung der Mutter entspreche damit insoweit vielmehr dem Fall, dass sie – aufgrund Übertragung nach § 1628 BGB oder § 1671 BGB – allein sorgeberechtigt ist. Für diesen Fall sei aber ein gesetzlicher Ausschluss von der Vertretung – zumindest – im Vaterschaftsanfechtungsverfahren nach zutreffender, nahezu einhelliger Meinung nicht gegeben (vgl. auch § 173 FamFG). Es kommt dann allenfalls eine gerichtliche Entziehung der Vertretungsbefugnis im Einzelfall aufgrund § 1629 Abs. 2 Satz 3, § 1796 BGB in Betracht (vgl. BGH, a. a. O. m. w. N.). Insofern stehe auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einem generellen Ausschluss der Mutter von der gesetzlichen Vertretung entgegen, weil insoweit das auf den Einzelfall bezogene Verfahren gemäß §§ 1629 Abs. 2 Satz 3, 1796 BGB jedenfalls als milderer Mittel anzusehen sei (vgl. BGH, a. a. O.). Auf die Frage, ob eine Entziehung der Vertretungsbefugnis nach § 1629 Abs. 2 Satz 3, § 1796 BGB wegen eines Interessengegensatzes zwischen der Mutter und den Kindern geboten gewesen wäre, kommt es nicht an, weil die Vertretungsbefugnis erst mit der Entziehung und nicht bereits mit dem Auftreten des Interessengegensatzes entfallen würde und die Entziehung im vorliegenden Fall nicht erfolgt ist. Soweit das BVerfG für das Verfahren der Verfassungsbeschwerde bereits aus der Möglichkeit eines Interessenkonflikts einen Wegfall der Vertretungsbefugnis der Eltern kraft Gesetzes herleitet (vgl. BVerfG, Beschluss

vom 21.09.2020, 1 BvR 528/19) bezieht sich diese Rechtsprechung ausschließlich auf das Verfassungsbeschwerdeverfahren (vgl. BGH, a. a. O.).

12 An einer klaren gesetzlichen Eingriffsgrundlage fehlt es aus der Sicht des Senats jedoch auch für die Übertragung des Grundbesitzes. Denn das vorliegende Rechtsgeschäft betrifft nach § 1795 Abs. 2, § 181 BGB ausdrücklich nur den Beteiligten zu 1, nicht aber die mit dem Beteiligten zu 1 nicht verheiratete Mutter der Beteiligten zu 2 und 3. Die oben wiedergegebenen Ausführungen des BGH im Rahmen des Vaterschaftsanfechtungsverfahrens gelten gleichermaßen für die hier vorliegende Fallkonstellation (vgl. auch *Prinz*, FamRZ 2021, 554; BeckOK-BGB/*Veit*, BGH, § 1629 Rdnr. 37; BeckOGK-BGB/*Amend-Traut*, § 1629 Rdnr. 47). Bei der danach gebotenen konsequenten Anwendung der durch den BGH herangezogenen Grundsätze bleibt die Vertretungsbefugnis der Mutter der Beteiligten zu 2 und 3 daher bestehen. Denn die Entziehung der Vertretungsbefugnis würde anderenfalls mangels klarer gesetzlicher Eingriffsgrundlage einen unzulässigen Eingriff in das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG bedeuten.

13 3. Für das weitere Verfahren weist der Senat das Grundbuchamt darauf hin, dass auch zu prüfen sein wird, ob die Mutter der minderjährigen Kinder nicht der familiengerichtlichen Genehmigung gemäß § 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 10 BGB bedarf (vgl. Grüneberg/*Götz*, 81. Aufl. 2022, § 1822 Rdnr. 21).

ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Gerrit Bulgrin**, Hamburg

1. Entschiedener Sachverhalt

Dem hier behandelten Beschluss des OLG Köln liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Vater überträgt durch notarielle Urkunde seinen beiden minderjährigen Kindern unentgeltlich im Wege der vorweggenommen Erbfolge von seinem ½-Miteigentumsanteil an einem Grundstück je einen ¼-Miteigentumsanteil. Die beiden Kinder werden dabei von ihrer Mutter vertreten. Diese ist mit dem Vater nicht verheiratet. Die Eltern haben das gemeinsame Sorgerecht. Im notariellen Übertragungsvertrag ist unter anderem auch die Übernahme der an dem Objekt bestehenden Miet- und Pachtverhältnisse vorgesehen. Das Grundbuchamt erlässt daraufhin eine Zwischenverfügung, wonach die Eigentumsumschreibung im Grundbuch zunächst der Bestellung eines Ergänzungspflegers bzw. alternativ der Vorlage eines Negativattests seitens des Familiengerichts bedürfe. Die dagegen eingelegte Beschwerde hatte vor dem OLG Köln Erfolg und führte zur Aufhebung der Zwischenverfügung und zur Anweisung des Grundbuchamts, den Antrag unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

Der Entscheidung des OLG Köln ist vollumfänglich zuzustimmen. Hierzu im Einzelnen:

2. Erforderlichkeit eines Ergänzungspflegers

a) Gesetzliche Ausgangslage

Gemäß den im Entscheidungszeitpunkt maßgeblichen § 1629 Abs. 2, § 1795 BGB a. F. können die Eltern ihre Kinder insoweit nicht vertreten, als auch ein Vormund von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen ist. Die Normen gelten auch nach Inkrafttreten der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts zum 01.01.2023 unter nunmehriger Bezugnahme auf das Betreuungs- statt auf das Vormundschaftsrecht inhaltsgleich – wenn auch unter anderer „Hausnummer“ (§ 1824 BGB) – fort.¹ Die Vorschrift des § 1824 BGB (§ 1795 BGB a. F.) stellt eine Erweiterung des § 181 BGB dar und schließt die Eltern auch in Fällen, in denen typischerweise mit einem (abstrakten) Interessenkonflikt zu rechnen ist, von der gesetzlichen Vertretung gegenüber ihren Kindern aus.² In diesen Fällen ist die Vertretung durch einen vom Familiengericht gemäß § 1809 BGB (§ 1909 BGB a. F.) zu bestellenden Ergänzungspfleger erforderlich. Ein Vertrag, der ohne die erforderliche Mitwirkung des Ergänzungspflegers geschlossen wird, ist bis zu dessen Genehmigung schwebend unwirksam (§§ 177 ff. BGB). Dieser Umstand ist auch vom Grundbuchamt zu überprüfen, da diesem die rechtlich wirksame Auflassung aufgrund des materiellen Konsensprinzips (§ 20 GBO) in der Form des § 29 GBO nachzuweisen ist.

b) Anwendung auf den vorliegenden Fall

Unproblematisch ist zunächst, dass der Vater seine beiden Kinder nicht selbst vertreten konnte. Er stünde in diesem Fall auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts, sodass er gemäß § 1629 Abs. 2, § 1795 Abs. 2 a. F., § 181 BGB (§ 1824 Abs. 2 BGB n. F.) von der Vertretung ausgeschlossen war. Aufgrund der bestehenden Miet- und Pachtverhältnisse und der damit verbundenen persönlichen Haftungsrisiken war das Rechtsgeschäft aus Sicht der Minderjährigen auch nicht rechtlich lediglich vorteilhaft,³ sodass eine teleologische Reduktion des § 181 BGB nicht in Betracht kam. Deshalb war im Vertrag die Mutter als gesetzliche Vertreterin der beiden Kinder vorgesehen. Entscheidende Stellschraube für die Entscheidung des OLG Köln war demnach, ob auch bei einer Vertretung durch die Mutter die Bestellung eines Ergänzungspflegers erforderlich war. Nach bisher vorherrschender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur ist dies der Fall.⁴ Danach führte der familienrechtliche Grundsatz der Gesamtvertretung (§ 1626 Abs. 1, § 1629 Abs. 1 Satz 2 BGB) und die abstrakt-generelle Ausgestaltung des § 1629

Abs. 2 Satz 1 BGB dazu, dass beide Elternteile stets bereits dann von der Vertretung ihrer Kinder ausgeschlossen waren, wenn die Ausschlussstatbestände des § 1824 BGB (§ 1795 BGB a. F.) nur in der Person eines Elternteils vorlagen, und zwar auch dann, wenn die gemeinsam sorgeberechtigten Eltern zum Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts nicht (mehr) verheiratet sind. Die vertretungsrechtliche Infektion des einen Elternteils führt somit gewissermaßen immer auch zur Infektion des anderen Elternteils. Dieses Ergebnis wurde jahrelang auch von der (notariellen) Praxis ohne größere Gegenwehr hingenommen.

c) Aktuelle Entscheidung des BGH

Neue Bewegung in die Diskussion brachte jedoch eine jüngst ergangene Entscheidung des BGH,⁵ welche bisher (wohl zu Unrecht) noch ein Schattendasein fristet. Darin hat der XII. Zivilsenat des BGH im Rahmen eines Vaterschaftsanfechtungsverfahrens entschieden, dass eine mitsorgeberechtigte Mutter, die mit dem ebenfalls mitsorgeberechtigten rechtlichen Vater nicht (mehr) verheiratet ist, nicht gemäß § 1795 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. Nr. 1 BGB a. F. von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen ist, wenn für den Vater ein entsprechender Vertretungsausschluss eingreift. An einer früheren Entscheidung, wonach bei Vorliegen des gemeinsamen Sorgerechts (und damit verbundener Gesamtvertretungsbefugnis) auch die nicht mit dem rechtlichen Vater verheiratete Kindesmutter kraft Gesetzes von der Vertretung des minderjährigen Kindes ausgeschlossen war, hält der XII. Zivilsenat des BGH ausdrücklich nicht mehr fest.⁶ Zur Begründung trägt der BGH vor, sowohl dem Wortlaut des § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB als auch der Gesetzeshistorie könne eine derartige Einschränkung nicht entnommen werden. Vielmehr stelle die Beschränkung der Vertretungsbefugnis der Eltern, in Fällen, in denen nur das andere Elternteil von den Ausschlussgründen des § 1795 BGB a. F. betroffen ist, einen vom Gesetz nicht gedeckten Eingriff in das verfassungsmäßig garantierte Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 GG) des nicht betroffenen Elternteils dar.⁷

d) Neuland durch das OLG Köln

Die Besonderheit der hier besprochenen Entscheidung des OLG Köln liegt nun darin, dass der Senat – soweit ersichtlich – erstmals obergerichtlich die vorgenannte BGH-Entscheidung auf Konstellationen außerhalb eines Vaterschaftsanfechtungsverfahrens überträgt und das Erfordernis einer Ergänzungspflegerbestellung ablehnt. In der Literatur war dies zuvor teilweise bereits befürwor-

1 Siehe dazu etwa *Siegel/Kraus*, DNotZ 2022, 906, 917 f.; *Everts*, MittBayNot 2022, 523 (526).

2 Statt aller MünchKomm-BGB/*Spickhoff*, 8. Aufl. 2020, § 1795 Rdnr. 1.

3 Dies folgt unabhängig von der hier vertraglich vorgesehenen Übernahme ebenfalls aus §§ 566, 578, 581 Abs. 2 BGB.

4 Statt vieler BeckOGK-BGB/*Amend-Traut*, Stand: 15.08.2022, § 1629 Rdnr. 47; BeckOK-BGB/*Veit*, Stand: 01.05.2022, § 1629 Rdnr. 37; *Staudinger/Lettmaier*, Stand: 16.05.2021, § 1629 Rdnr. 200, jew. m. w. N.

5 BGH, Beschluss vom 24.03.2021, XII ZB 364/19, NJW 2021, 1875.

6 BGH, Beschluss vom 24.03.2021, XII ZB 364/19, NJW 2021, 1875, 1876.

7 BGH, Beschluss vom 24.03.2021, XII ZB 364/19, NJW 2021, 1875, 1877 f.

tet worden.⁸ Auch aus Sicht der notariellen Praxis kann dies nur begrüßt werden, stellt doch die Bestellung von Ergänzungspflegern insbesondere im Rahmen von Immobilienübertragungen an minderjährige Kinder einen zusätzlichen Kosten auslösenden Bremsklotz dar, der aufgrund des damit verbundenen Zeitverlusts – wie etwa jüngst bei der durch das Jahressteuergesetz 2022 ausgelösten „Überlassungswelle“ – auch schmerzliche steuerliche Konsequenzen für die Beteiligten zur Folge haben kann.⁹

Zudem vermag die Entscheidung des OLG Köln inhaltlich zu überzeugen. So lässt sich der zitierten Entscheidung des BGH bereits kein Vorbehalt dahin gehend entnehmen, dass diese aufgrund spezifischer Besonderheiten auf die Konstellation der Vaterschaftsanfechtung beschränkt sein soll.¹⁰ Vielmehr setzt sich der XII. Zivilsenat grundlegend mit dem Verständnis von § 1629 Abs. 2, § 1795 BGB a. F. auseinander. Zwar kann der Wortlaut des § 1629 Abs. 2 BGB („Der Vater *und* die Mutter können das Kind insoweit nicht vertreten [...]“) für die herkömmliche Auffassung in Stellung gebracht werden, welche beide Elternteile hinsichtlich eines gesetzlichen Vertretungsausschlusses als Einheit behandeln möchte. Wie der BGH jedoch in seinem Beschluss darlegt, ist der Wortlaut nur der Ausgangspunkt des Rechtsfindungsprozesses und kann insbesondere durch die Gesetzeshistorie (welche vom BGH mustergültig dargestellt wird und daher hier nicht nochmals referiert werden soll)¹¹ überlagert werden. Auch die normative Erwägung, es liege nicht im Interesse des Kindes, dass der nicht ausgeschlossene Elternteil die Vertretung des ausgeschlossenen übernehme, da in diesen Fällen häufig eine Befangenheit beider Elternteile vorliege,¹² trifft jedenfalls in dieser Generalität nicht zu. Des Weiteren darf – wie auch das OLG Köln darlegt – die verfassungsrechtliche Dimension nicht unberücksichtigt bleiben: Ein Vertretungsausschluss der Eltern und das damit verbundene Erfordernis der Bestellung eines Ergänzungspflegers stellt einen Eingriff in deren durch Art. 6 Abs. 2 GG garantiertes Elternrecht dar, welcher einer hinreichend bestimmten Gesetzesgrundlage bedarf und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 20 Abs. 3 GG) genügen muss. Dabei erscheint schon fraglich, ob der Gesetzgeber durch die Regelung des § 1629 Abs. 2 BGB überhaupt einen derartigen Eingriff vornehmen wollte.¹³ Umgekehrt wird man der von man-

chen bereits befürchteten Öffnung von Tür und Tor für Missbrauch¹⁴ im Einzelfall durch das mildere Mittel der Entziehung der Vertretungsmacht durch das Familiengericht gemäß § 1629 Abs. 2 Satz 3, § 1789 Abs. 2 Satz 3 und 4 BGB n. F. begegnen können. Bei besonders risikobehafteten Rechtsgeschäften wird ergänzend ohnehin regelmäßig eine familiengerichtliche Genehmigung einzuholen sein (dazu noch sogleich unter 3.).

e) Dogmatischer Anknüpfungspunkt

Zur dogmatischen Kernfrage, wie die bei gemeinsamer Sorge grundsätzlich bestehende Gesamtvertretungsbefugnis (§ 1626 Abs. 1, § 1629 Abs. 1 BGB) beider Eltern im Falle des gesetzlichen Ausschlusses gemäß § 1824 BGB (§ 1795 BGB a.F.) zur Einzelvertretungsbefugnis erstarken kann, schweigen die beiden Entscheidungen.¹⁵ Allenfalls cursorisch wird auf die Vergleichbarkeit mit der gerichtlichen Übertragung der Alleinsorge (§§ 1628, 1671 BGB) abgestellt.¹⁶ Aufgrund des hierfür erforderlichen gerichtlichen Zwischenakts sind jedoch andere gesetzliche Anknüpfungspunkte naheliegender. Am überzeugendsten erscheint es für die Fälle der „rechtlichen Verhinderung“ gemäß § 1824 BGB auf eine Gesamtanalogie zu §§ 1673, 1674 BGB (Ruhens der elterlichen Sorge bei rechtllichem bzw. tatsächlichem Hindernis) zurückzugreifen.¹⁷ Rechtsfolge des Ruhens der elterlichen Sorge eines zuvor Mitsorgeberechtigten ist, dass die Alleinsorge beim anderen Elternteil automatisch kraft Gesetzes anfällt, ohne dass es eines weiteren gerichtlichen Übertragungsaktes bedarf (§ 1678 Abs. 1 BGB). Alternativ wird in der Literatur vorgeschlagen, die Einzelvertretungsbefugnis des anderen Elternteils systematisch direkt aus § 1626 Abs. 1 BGB herzuleiten.¹⁸ Es bleibt abzuwarten, welche Linie sich dogmatisch letzten Endes durchsetzen wird.

3. Zusätzliches Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung

Streng von der Notwendigkeit der Bestellung eines Ergänzungspflegers zu unterscheiden ist weiterhin die Frage, ob Rechtsgeschäfte insbesondere betreffend die Übertragung von Immobilien zusätzlich einer familiengerichtlichen Genehmigung bedürfen. Dies war schon nach bisheriger Rechtslage – worauf auch das OLG Köln das Grundbuchamt in seiner Entscheidung hinweist – jedenfalls beim Erwerb von nach dem WEG begründeten Wohnungs- und Teileigentum gemäß § 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 10 BGB a. F. häufig der Fall und wurde durch die Re-

8 So beispielsweise *Prinz*, NZFam 2021, 552, 554; BeckOGK-BGB/*Amend-Traut*, § 1629 Rdnr. 47; BeckOK-BGB/*Veit*, § 1629 Rdnr. 37.1 ff.; *Klosky*, RNotZ 2022, 357, 364 f.; zweifelnd dagegen noch *Everts*, MittBayNot 2022, 523, 526 Fn. 26.

9 Dazu ausführlich DNotI-Report 23/2022, 177 ff.

10 In diese Richtung auch *Prinz*, NZFam 2021, 552, 554; *Dressler-Berlin*, FGPrax 2022, 249, 251.

11 BGH, Beschluss vom 24.03.2021, XII ZB 364/19, NJW 2021, 1875, 1877.

12 So noch BGH, Urteil vom 14.06.1972, IV ZR 53/71, NJW 1972, 1708.

13 Hierzu auch der BGH, Beschluss vom 24.03.2021, XII ZB 364/19, NJW 2021, 1875, 1877 f.

14 Auf das Missbrauchspotential hinweisend *Milzer*, NZFam 2022, 1148.

15 Hierzu kritisch insbesondere auch *Zorn*, FamRZ 2002, 334 (335).

16 BGH, Beschluss vom 24.03.2021, XII ZB 364/19, NJW 2021, 1875, 1878).

17 Anders dagegen MünchKomm-BGB/*Huber*, 8. Aufl. 2020, § 1629 Rdnr. 43 der aus der fehlenden Regelung durch den Gesetzgeber für den gesetzlichen Ausschluss gerade einen Gegenschluss ziehen möchte.

18 In diese Richtung BeckOK-BGB/*Veit*, Stand: 01.05.2022, § 1629 Rdnr. 37.2.

form des Vormundschafts- und Betreuungsrechts weiter verschärft.¹⁹ Danach bedarf nun ebenfalls der unentgeltliche Erwerb von Wohnungs- und Teileigentum gemäß § 1643 Abs. 1, § 1850 Nr. 4 und 5 BGB n. F. ausnahmslos einer familiengerichtlichen Genehmigung. Deren Vorliegen ist vom Grundbuchamt im Rahmen von § 20 GBO gleichermaßen zu prüfen. Woraus konkret das OLG Köln die Genehmigungsbedürftigkeit in seiner Entscheidung ableitet, kann dem Sachverhalt nicht eindeutig entnommen werden. Vermutlich dürfte es jedoch auch insoweit um Wohnungs- und Teileigentum nach dem WEG gegangen sein.

4. Weitere Schlussfolgerungen für die Praxis

Aus Sicht der Praxis werfen die Entscheidungen des BGH sowie des OLG Köln die spannende Folgefrage auf, ob die darin aufgestellten Grundsätze auch auf weitere Anwendungsfälle übertragbar sind.²⁰ Im Falle der (a) fortbestehenden Ehe und (b) der unmittelbaren Beteiligung des anderen Ehegatten an dem zugrunde liegenden Rechtsgeschäft wird man eine „Infektion“ des nicht beteiligten Ehegatten im Rahmen des Vertretungsausschlusses gemäß § 1824 BGB wohl auch weiterhin annehmen müssen. Begründet werden kann diese Differenzierung zur Entscheidung des OLG Köln mit den aus § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB folgenden besonderen Rücksichtnahmepflichten, welche während der Ehezeit eine erhöhte Wahrscheinlichkeit für eine abstrakte Interessenkollision begründen.²¹ Auch der Wortlaut des § 1824 BGB (§ 1795 BGB a. F.) ist insoweit eindeutig („zwischen seinem Ehegatten“). Ob diese vertretungsrechtliche „Schlechterstellung“ während der Ehe mit Art. 6 Abs. 1 GG vereinbar ist, steht auf einem anderen Blatt,²² unterliegt jedoch im Ergebnis wohl der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers.

Diese Einschränkung der Vertretungsbefugnis gilt allerdings nur für Fälle, in denen sich (a) die beiden verheirateten Elternteile im Rahmen des Rechtsgeschäfts (b) unmittelbar (formell) gegenüberstehen. Dagegen wird man Rechtsgeschäfte zwischen Großeltern und dem Enkelkind vertreten durch den mit den Großeltern nicht verwandten Ehegatten (Überkreuzbeteiligung) wohl zukünftig ebenfalls ohne Ergänzungspfleger vornehmen können. Dies gilt im Lichte der Entscheidung des OLG Köln jedenfalls dann, wenn die beiden Elternteile nicht (mehr) mitei-

einander verheiratet sind. Möglicherweise reichen die neu geschaffenen Gestaltungsmöglichkeiten – wie auch bereits von einigen Stimmen in der Literatur vertreten²³ – jedoch auch in den Bereich der fortbestehenden Ehe hinein. Zumindest dem Wortlaut des § 1824 Abs. 1 BGB (§ 1795 Abs. 1 BGB a. F.) lässt sich in Konstellationen, in denen lediglich Verwandte in gerade Linie, nicht jedoch der Ehegatte selbst, formell unmittelbar auf der anderen Seite des Rechtsgeschäfts beteiligt sind, keine Einschränkung der Vertretungsbefugnis des anderen Ehegatten entnehmen. Und auch die ehelichen Rücksichtnahmepflichten des § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB werden in derartigen Konstellationen regelmäßig derart mediatisiert sein, dass der von der Vorschrift des § 1824 BGB verlangte Interessengegensatz selbst bei der gebotenen abstrakten Betrachtung nicht mehr ernsthaft angenommen werden kann. Diese Wertung müsste dann auch im Rahmen von § 1629 Abs. 1 und 2 BGB Berücksichtigung finden, sodass die Gesamtvertretungsbefugnis in diesen Fällen zur Einzelvertretungsbefugnis des anderen Ehegatten aufgewertet wird.

Als dogmatischer Anknüpfungspunkt für diese Ausnahme vom Grundsatz der Gesamtvertretung könnte für die Fälle der rechtlichen Verhinderung gemäß § 1824 BGB beispielsweise eine Gesamtanalogie zu §§ 1673, 1674 BGB (Ruhe der elterlichen Sorge bei rechtlichem bzw. tatsächlichem Hindernis) fruchtbar gemacht werden, wonach gemäß § 1678 BGB Abs. 1 BGB die ansonsten bestehende gemeinsame elterliche Sorge beim verbliebenen Elternteil zur alleinigen Sorge (und damit auch zur Einzelvertretungsbefugnis) erstarkt.²⁴ Alternativ kann die Einzelvertretungsbefugnis des anderen Elternteils systematisch auch unmittelbar aus § 1629 Abs. 1 Satz 3 BGB abgeleitet werden.²⁵

Trotz der verbliebenen Restunsicherheiten ist zu hoffen, dass die (notarielle) Praxis von den durch den BGH und das OLG Köln geschaffenen Möglichkeiten ausgiebig Gebrauch macht, um durch weitere gerichtliche Entscheidungen zusätzliche Rechtssicherheit in den genannten Konstellationen zu schaffen. Dies ist auch deswegen angezeigt, weil in der Übergangszeit die Gefahr besteht, dass es aufgrund unterschiedlicher Ansichten von Grundbuchamt und Familiengericht zu einer gespaltenen Ausübungspraxis und damit zu zusätzlichen Vollzugshindernissen kommt.

19 Nach herrschender Auffassung war dies jedenfalls beim Erwerb von Bruchteilseigentum der Fall, während beim Erwerb zu Alleineigentum bislang keine Genehmigungsbedürftigkeit bestand. Siehe hierzu etwa *Siegel/Kraus*, DNotZ 2022, 906, 919 f.

20 Die Übertragbarkeit ist dabei zudem nicht lediglich auf das Immobilienrecht beschränkt, sondern auch im Erbrecht sind weitere Anwendungsfälle denkbar. Siehe hierzu *Klosky*, RNotZ 2022, 357, 364 f.; Gutachten des DNotI Abruf-Nr.: 194991.

21 So wohl auch der BGH, Beschluss vom 24.03.2021, XII ZB 364/19, NJW 2021, 1875, 1878.

22 Kritisch auch *Dressler-Berlin*, FGPrax 2022, 249, 251; BeckOK-BGB/Veit, § 1629 Rdnr. 37.1; *Zorn*, FamRZ 2022, 334, 335.

23 BeckOK-BGB/Amend-Traut, § 1629 Rdnr. 47; BeckOK-BGB/Veit, § 1629 Rdnr. 37.1; dies offenlassend *Milzer*, NZFam 2022, 1148.

24 Anders dagegen MünchKomm-BGB/Huber, § 1629 Rdnr. 43, der aus der fehlenden Regelung durch den Gesetzgeber für den gesetzlichen Ausschluss gerade einen Gegenschluss ziehen möchte.

25 In diese Richtung BeckOK-BGB/Veit, § 1629 Rdnr. 37.2.

Bürgerliches Recht

ERBRECHT

10. Verhältnis von postmortaler Vollmacht und Testamentsvollstreckung

BGH, Beschluss vom 14.09.2022, IV ZB 34/21 (Vorinstanz: OLG Rostock, Beschluss vom 18.03.2021, 10 WF 27/21)

BGB §§ 133, 2197, 2224

LEITSATZ:

Das Verhältnis von postmortaler Vollmacht zu einer vom Erblasser angeordneten Testamentsvollstreckung kann nicht allgemein, sondern nur im Einzelfall aufgrund einer Auslegung der Vollmachtsurkunde und der letztwilligen Verfügung unter Berücksichtigung des Erblasserwillens ermittelt werden.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligten streiten über die Wirksamkeit einer von der Enkeltochter der am 27.04.2020 verstorbenen ursprünglichen Antragstellerin (im Folgenden: Erblasserin) erklärten Antragsrücknahme in einem Güterrechtsverfahren.

2 In diesem Verfahren beehrte die Erblasserin von ihrem getrenntlebenden Ehemann (im Folgenden: Antragsgegner) die Übertragung von Miteigentumsanteilen an näher beschriebenen Grundstücken, Zahlung und Herausgabe von bestimmten Unterlagen.

3 Die Erblasserin erteilte am 31.01.2020 ihrer Enkeltochter eine Vorsorgevollmacht, die auch nach dem Tod der Erblasserin in Kraft bleiben sollte und die Enkelin unter anderem bevollmächtigte, die Erblasserin in allen persönlichen Angelegenheiten sowie in Vermögensangelegenheiten gerichtlich zu vertreten.

4 Mit eigenhändigem Testament vom 11.02.2020 setzte die Erblasserin ihre Enkeltochter zu ihrer Alleinerbin ein, ordnete Testamentsvollstreckung bis zur Vollendung des 25. Lebensjahres der Erbin an und bestellte die Beschwerdeführerin zur Testamentsvollstreckerin. Am selben Tag erteilte die Erblasserin der Beschwerdeführerin eine Vollmacht auf den Todesfall, um sie nach ihrem Tod „in allen persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten gegenüber jedermann und in jeder Weise zu vertreten“.

5 Außerdem existiert eine Kopie einer handschriftlichen „Letztwillige(n) Verfügung“ mit Datum vom 22.02.2020, in der die Erblasserin unter anderem anordnete:

„Meine Enkelin (...) soll meine Alleinerbin sein.

Wegen der Geltendmachung und Durchsetzung meiner Ansprüche gegen (...) [den Antragsgegner], die derzeit beim AG (...) rechtshängig sind, ordne ich Testamentsvollstreckung an. (...) Ich weise den Testamentsvollstreckter an, den Rechtsstreit durch die von mir beauftragte Kanzlei (...) nach deren pflichtgemäßem Ermessen fortführen zu lassen. (...)

Zum Testamentsvollstreckter für die vorgenannten Aufgaben ernenne ich Rechtsanwalt (...) [den Antragsteller], der das Recht hat, einen Nachfolger zu bestimmen. (...) Für die von der vorstehenden Testamentsvollstreckung nicht betroffenen Aufgabenkreise und Vermögenswerte bleibt es im Übrigen bei der von mir angeordneten Testamentsvollstreckung durch die (...) [die Beschwerdeführerin].“

6 Nach dem Tod der Erblasserin hat ihre Enkelin als Alleinerbin durch von ihr beauftragte Rechtsanwälte mit am 05.05.2020 beim AG eingegangenen Schriftsatz die Antragsrücknahme erklärt. Dieser hat der Antragsgegner am selben Tag zugestimmt und beantragt, der Erblasserin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen. Das AG hat mit Beschluss der „Antragstellerin“, als die noch die Erblasserin im Rubrum genannt ist, die Kosten des Verfahrens auferlegt und zur Begründung ausgeführt, dass die Antragsrücknahme mit Blick auf die der Enkelin erteilte transmortale Vollmacht wirksam sei.

7 Diesen ihm zugestellten Beschluss hat der mit der letztwilligen Verfügung vom 22.02.2020 zum Testamentsvollstreckter ernannte Antragsteller, der frühere Verfahrensbevollmächtigte der Erblasserin, an die Beschwerdeführerin weitergeleitet. Die von dieser eingelegte sofortige Beschwerde hat das OLG mit dem angefochtenen Beschluss verworfen. Hiergegen wendet sich die Beschwerdeführerin mit der vom OLG zugelassenen Rechtsbeschwerde.

(...)

10 III. Die hiergegen gerichtete Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

11 1. Die Rechtsbeschwerde ist zulässig.

12 a) Sie ist aufgrund der Zulassung durch das Beschwerdegericht statthaft.

(...)

17 2. Die Rechtsbeschwerde ist jedoch unbegründet. Das Beschwerdegericht hat ohne Rechtsfehler die Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführerin verneint.

18 a) Diese macht ohne Erfolg geltend, dass sie als Testamentsvollstreckerin zur Einlegung der sofortigen Beschwerde berechtigt gewesen sei, weil sie im Sinne von § 2224 Abs. 1 BGB hinsichtlich der streitgegenständlichen Ansprüche gemeinsam mit dem Antragsteller zur Testamentsvollstreckung berufen sei.

19 aa) Wenn der Erblasser – wie hier – mehrere Testamentsvollstreckter ernannt, kann er jedem Testamentsvollstreckter einen bestimmten Wirkungsbereich zuweisen, innerhalb dessen er ohne Mitwirkung der anderen selbständig handeln kann, oder Gegenstände von der gemeinschaftlichen Verwaltung ausschließen und ihre Verwaltung einem besonderen Testamentsvollstreckter übertragen (vgl. Staudinger/Dutta, Neub. 2021, § 2224 Rdnr. 7). Ebenso wie für die Anordnung der Testamentsvollstreckung und deren Reichweite ist auch im Hinblick auf die Bestellung mehrerer Testamentsvollstreckter, deren Aufgabenbereiche und die Art deren Amtsführung der Wille des Erblassers maßgebend



(vgl. BeckOGK-BGB/*Tolksdorf*, Stand: 01.03.2022, § 2224 Rdnr. 3; Staudinger/*Dutta*, a. a. O. Rdnr. 4). Dieser Wille ist im Wege der Auslegung der letztwilligen Verfügung(en), mit der bzw. denen der Erblasser Testamentsvollstreckung angeordnet hat, zu ermitteln.

20 Bei der Testamentsauslegung ist vor allem der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks festzuhalten. Dieser Aufgabe kann der Richter nur dann voll gerecht werden, wenn er sich nicht auf eine Analyse des Wortlauts beschränkt. Der Wortsinn der benutzten Ausdrücke muss gewissermaßen „hinterfragt“ werden, wenn dem wirklichen Willen des Erblassers Rechnung getragen werden soll. Dafür muss der Richter auch alle ihm aus dem Inbegriff der mündlichen Verhandlung zugänglichen Umstände außerhalb der Testamentsurkunde heranziehen (Senatsbeschluss vom 19.06.2019, IV ZB 30/18, ErbR 2019, 642 Rdnr. 15 m. w. N.). Die Auslegung obliegt in erster Linie dem Tatrichter. Seine Auslegung kann nur angegriffen werden, soweit sie gegen gesetzliche Auslegungsregeln, allgemeine Denk- und Erfahrungsgrundsätze oder Verfahrensvorschriften verstößt (vgl. Senatsbeschluss vom 19.06.2019, a. a. O. Rdnr. 21 m. w. N.). Unter anderem ist eine Testamentsauslegung dann rechtsfehlerhaft, wenn in Betracht kommende andere Auslegungsmöglichkeiten nicht in Erwägung gezogen worden sind (vgl. Senatsurteile vom 24.06.2009, IV ZR 202/07, ZEV 2009, 459 Rdnr. 26; vom 24.02.1993, IV ZR 239/91, BGHZ 121, 357 unter III. 2., juris Rdnr. 18). Wenn der Wortlaut eines Testaments mehrere Deutungen zulässt, aber der (mögliche) Wille des Erblassers in dem Testament auch nicht andeutungsweise oder versteckt zum Ausdruck gekommen ist, ist der unterstellte, aber nicht formgerecht erklärte Wille des Erblassers unbeachtlich (vgl. Senatsbeschlüsse vom 10.11.2021, IV ZB 30/20, BGHZ 231, 377 Rdnr. 18; vom 19.06.2019, a. a. O. Rdnr. 17; jew. m. w. N.).

21 bb) Bei der Auslegung der letztwilligen Verfügung vom 22.02.2020 sind dem Beschwerdegericht keine Rechtsfehler unterlaufen. Es hat sich am klaren Wortlaut des Testaments orientiert und daraus entnommen, dass die Erblasserin für die im Ausgangsverfahren streitbefangenen Rechte allein den Antragsteller zum Testamentsvollstrecker ernannt und sie einer Verwaltung durch die Beschwerdeführerin wieder entzogen hat, indem sie das Testament vom 11.02.2020 teilweise gemäß § 2258 Abs. 1 BGB widerrufen hat. Die Möglichkeit einer Gesamtvollstreckung durch die Beschwerdeführerin und den Antragsteller im Sinne von § 2224 Abs. 1 Satz 1 BGB hat das Beschwerdegericht in Betracht gezogen, aber hinsichtlich der streitgegenständlichen Ansprüche abgelehnt, weil es nach der Formulierung des Testaments vom 22.02.2020 ausdrücklich nur für die von der Testamentsvollstreckung durch den Antragsteller nicht betroffenen Aufgabenbereiche und Vermögenswerte bei der zuvor von der Erblasserin angeordneten Testamentsvollstreckung durch die Beschwerdeführerin habe bleiben sollen. Dem hält die Rechtsbeschwerde nur ihre eigene abweichende Auslegung entgegen, ohne aufzeigen zu können, dass die letztwillige Verfügung vom 22.02.2020 andere Auslegungsmöglichkeiten überhaupt zulässt und bejahendenfalls einen abweichenden Willen der Erblasser-

in zumindest versteckt oder andeutungsweise zum Ausdruck bringt.

22 b) Vergeblich beruft sich die Beschwerdeführerin erstmals in der Rechtsbeschwerdeinstanz darauf, dass sich ihre Beschwerdebefugnis aus § 2224 Abs. 2 BGB ergebe, weil die Einlegung der sofortigen Beschwerde eine notwendige Erhaltungsmaßnahme gewesen sei. Damit kann sie schon deshalb nicht durchdringen, weil nach der rechtsfehlerfreien Auslegung des Beschwerdegerichts hinsichtlich der streitbefangenen Ansprüche schon kein von § 2224 Abs. 2 BGB vorausgesetzter gemeinsamer Wirkungskreis des Antragstellers und der Beschwerdeführerin besteht (vgl. Grüneberg/*Weidlich*, 81. Aufl., § 2224 Rdnr. 8; jurisPK-BGB/*Heintz*, 9. Aufl., § 2224 Rdnr. 23). Selbst wenn man mit der Gegenansicht die Befugnis zur Vornahme von Notmaßnahmen auch im Falle einer – hier anzunehmenden – Nebenvollstreckung anerkennt (so MünchKomm-BGB/*Zimmermann*, 9. Aufl. § 2224 Rdnr. 3, 18; BeckOK-BGB/*Lange*, Stand: 01.05.2022, § 2224 Rdnr. 12), fehlt es an einer notwendigen Erhaltungsmaßnahme, da die Beschwerdeführerin jedenfalls nicht befugt ist, ihre eigene Entscheidung über die Einlegung eines Rechtsmittels an die Stelle derjenigen des hierfür zuständigen Antragstellers zu setzen, der hiervon bewusst abgesehen hat. Überdies muss der Streit über die Notwendigkeit einer Maßnahme gemäß § 2224 Abs. 2 BGB vor dem Prozessgericht ausgetragen werden (vgl. MünchKomm-BGB/*Zimmermann*, a. a. O. Rdnr. 17) und kann von der Beschwerdeführerin hier nicht erstmals im Rechtsbeschwerdeverfahren geltend gemacht werden.

23 c) Schließlich verweist die Beschwerdeführerin erfolglos darauf, dass sie aufgrund der ihr erteilten postmortalen Generalvollmacht vom 11.02.2020 zur Einlegung der sofortigen Beschwerde befugt gewesen sei.

24 aa) Wie das Beschwerdegericht richtig gesehen hat, kann eine postmortale Vollmacht, die unwiderruflich oder – wie hier – nicht widerrufen worden ist, grundsätzlich auch im Außenverhältnis selbstständig neben der Testamentsvollstreckung stehen und dem Vollmachtnehmer eigenständige, vom Erblasser und nicht vom Testamentsvollstrecker abgeleitete Befugnisse verleihen (vgl. OLG München, ErbR 2013, 33, juris Rdnr. 8; ErbR 2012, 93, juris Rdnr. 9 m. w. N.; Erman/*Schmidt*, BGB, 16. Aufl., Vor § 2197 Rdnr. 9; Grüneberg/*Weidlich*, Vor § 2197 Rdnr. 12; Staudinger/*Dutta*, Vor §§ 2197 ff. Rdnr. 76; Firsching/*Graf/Krätzschel*, Nachlassrecht, 11. Aufl., § 19 Rdnr. 4; *Amann*, MittBayNot 2013, 367; *Merkel*, WM 1987, 1001, 1004; krit. *Kollmeyer*, ZEV 2021, 557, 558). Dabei kann das Verhältnis der postmortalen Vollmacht zur Testamentsvollstreckung nicht losgelöst vom jeweiligen Einzelfall bestimmt werden. Zwar wird es im Allgemeinen, wie das Beschwerdegericht zutreffend angenommen hat, dem maßgeblichen Willen des Erblassers entsprechen, dass keine voneinander unabhängigen Machtbefugnisse verschiedener Personen mit gegenseitiger Störungsmöglichkeit nebeneinander bestehen (OLG München, ErbR 2012 a. a. O.; MünchKomm-BGB/*Zimmermann*, Vor § 2197 Rdnr. 15). Die einem Dritten erteilte postmortale Vollmacht betrifft aber nicht generell im Außenverhältnis nur Vermögensteile, die nicht unter die Testamentsvollstre-

ckung fallen, auch wenn der vom Erblasser Bevollmächtigte nach dem Erbfall als Bevollmächtigter des Erben anzusehen ist (vgl. dazu Senatsurteil vom 23.02.1983, IVa ZR 186/81, BGHZ 87, 19 unter 2., juris Rdnr. 20; MünchKomm-BGB/*Zimmermann*, a. a. O. Rdnr. 14; Staudinger/*Dutta*, a. a. O. Rdnr. 71 m. w. N.) und dessen Verfügungsmacht durch die Rechte eines Testamentsvollstreckers gemäß § 2211 Abs. 1 BGB beschränkt wird (vgl. Staudinger/*Dutta*, a. a. O. Rdnr. 80; Staudinger/*Reimann*, Vor §§ 2197 ff. Rdnr. 80; *Weidlich*, MittBayNot 2013, 196).

Ebenso wenig kann allgemein angenommen werden, dass im Umfang der postmortalen Bevollmächtigung der Machtbereich des Testamentsvollstreckers nach § 2208 Abs. 1 Satz 1 BGB eingeschränkt ist (vgl. MünchKomm-BGB/*Zimmermann*, a. a. O. Rdnr. 15).

25 Vielmehr ist der wirkliche Wille des Vollmachtgebers und Erblassers ausgehend vom jeweiligen Wortlaut der Vollmachtsurkunde und der Anordnung der Testamentsvollstreckung durch Auslegung der beiden Urkunden – unabhängig von ihrer zeitlichen Reihenfolge – nach den Maßstäben des § 133 BGB zu erforschen. Auf diese Weise ist zu ermitteln, ob und inwieweit der Erblasser voneinander unabhängige Machtbefugnisse des Bevollmächtigten und des Testamentsvollstreckers begründen wollte (vgl. OLG München, a. a. O.; MünchKomm-BGB/*Zimmermann*, a. a. O. Rdnr. 15; NK-BGB/*Kroiß*, 6. Aufl., Vor §§ 2197-2228 Rdnr. 12; Staudinger/*Dutta*, a. a. O. Rdnr. 79; Staudinger/*Reimann*, a. a. O. Rdnr. 79; *Krätzschel*, a. a. O.; Mayer/*Bonefeld/Tanck/Mayer/Bonefeld*, Testamentsvollstreckung, 5. Aufl., § 15 Rdnr. 3; *Zimmermann*, a. a. O.; *Becker*, ZEV 2018, 692, 693 m. w. N.; *Strobel*, ZEV 2020, 449, 453; *Weidlich*, ZEV 2016, 57, 62; *ders.*, MittBayNot 2013, 196 f., 197; *ders.*, MittBayNot 2012, 228, 229). Bei der Auslegung können auch Begleitumstände sowie der verfolgte Zweck und die bestehende Interessenlage berücksichtigt werden (vgl. Bengel/*Reimann/Dietz*, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 7. Aufl., § 1 Rdnr. 38a).

26 bb) Von diesen Maßstäben ist das Beschwerdegericht, wie die Rechtsbeschwerde einräumt, zutreffend ausgegangen. Es hat gesehen, dass eine postmortale Generalvollmacht selbstständig neben der Testamentsvollstreckung stehen und dem Bevollmächtigten eigenständige Befugnisse verleihen kann. Allerdings hat es die der Beschwerdeführerin erteilte postmortale Vollmacht schon anhand ihres mit dem Testament vom 11.02.2020 identischen Datums so ausgelegt, dass der Beschwerdeführerin die Vollmacht im inneren Zusammenhang mit ihren Aufgaben als Testamentsvollstreckerin erteilt worden ist, sodass ihr von vornherein keine über ihr diesbezügliches Amt hinausgehenden Befugnisse verliehen worden waren. Dies hat das Beschwerdegericht auch daraus entnommen, dass die Vollmacht nach ihrem ausdrücklichen Wortlaut nicht zu Rechts-handlungen berechtigt, zu denen ein Testamentsvollstreckter nicht befugt ist. Dem hält die Rechtsbeschwerde wiederum nur ihre abweichende Auffassung entgegen, ohne Auslegungsfehler aufzuzeigen. Sie verweist zwar zutreffend darauf, dass die der Beschwerdeführerin erteilte Vollmacht nach ihrem Wortlaut umfassend ausgestaltet war

und demnach auch die streitgegenständliche Verfahrensführung erfassen könnte. Dabei bedenkt sie aber nicht, dass die Vollmacht – anders als die Anordnung der Testamentsvollstreckung in der letztwilligen Verfügung vom 22.02.2020 – nicht ausdrücklich auf die Durchsetzung der Ansprüche gegen den Antragsgegner bezogen ist. Einen Willen der Erblasserin, die Fortführung des Verfahrens gerade durch die Beschwerdeführerin zu sichern, musste das Beschwerdegericht aus der allgemein formulierten Vollmacht nicht entnehmen.

11. Pflichtteilergänzungsanspruch bei schenkweiser Zuwendung der Todesfalleistung aus Lebensversicherungsvertrag

OLG Saarbrücken, Beschluss vom 05.08.2022, 5 W 48/22

BGB § 2325
VVG §§ 159, 169

LEITSÄTZE:

- Zur Berechnung des Pflichtteilergänzungsanspruchs bei schenkweiser Zuwendung der Todesfalleistung aus einem Lebensversicherungsvertrag über ein widerrufliches Bezugsrecht (im Anschluss an BGH, Urteil vom 28.04.2010, IV ZR 73/08, BGHZ 185, 252 = VersR 2010, 895).**
- Für die Anwendung dieser Grundsätze macht es keinen Unterschied, ob es sich bei dem Versicherungsvertrag um eine Risiko-Lebensversicherung handelt, die nur im Todesfall Leistungen an den Bezugsberechtigten erbringt, oder ob der Vertrag auch eine Leistung im Erlebensfall vorsah.**

AUS DEN GRÜNDEN:

11. Die Antragstellerin beabsichtigt, gegenüber der Antragsgegnerin klageweise Pflichtteils- bzw. Pflichtteilergänzungsansprüche geltend zu machen. Sie ist das einzige Kind des am 01.12.1957 geborenen und am 13.05.2017 verstorbenen V W B (im Folgenden: Erblasser), die Antragsgegnerin ist dessen zweite Ehefrau, sie wurde durch letztwillige Verfügung vom 12.03.2017 zur alleinigen Erbin eingesetzt. Nach dem Tode forderte die Antragstellerin die Antragsgegnerin zunächst unter Fristsetzung auf den 15.04.2019 zur Erstellung eines Nachlassverzeichnisses und zur Auszahlung des Pflichtteiles auf (...). In der Folge wurde ein notarielles Nachlassverzeichnis (UR Nr. 8[...]/20[...]) des Notars Dr. B. (...) angefertigt, das als Aktiva u. a. Bankguthaben in Höhe von insgesamt 4.907,97 € und ein fremdfinanziertes Fahrzeug ausweist, die Passiva mit 9.048,59 € beziffert und unter dem Oberbegriff „Forderungen“ den Hinweis auf eine „Risiko-Lebensversicherung Nr. 1(...)4“ bei der (...) Lebensversicherung AG enthält, aus der die Beklagte auf die Todesfallsumme in Höhe von 50.000 € bezugsberechtigt gewesen sei. Der Versicherungsschein zu diesem Vertrag wurde nicht vorgelegt, stattdessen der vom Erblasser unter

dem 25.05.2010 unterzeichnete Antrag zur vorgenannten Versicherungsnummer im Tarif RISIKO-LEBEN, die Versicherungsbedingungen dieses Tarifs sowie zwei Schreiben des Versicherers, aus denen hervorgeht, dass es sich bei dem Vertrag um eine „reine Risikoversicherung“ gehandelt habe und ein Rückkaufswert zum Zeitpunkt des Todes nicht vorhanden gewesen sei.

2 Die Antragstellerin, die sich Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche in Höhe von $\frac{1}{4}$ aus der Summe von 53.569,29 € errechnet, meint, es müsse neben einem Aktivnachlass in Höhe von 5.824,49 € und Passiva in Höhe von 8.048,59 € auch ein fiktiver weiterer Nachlass in Höhe von 55.793,39 € berücksichtigt werden, der sich aus der als Schenkung zugunsten der Antragsgegnerin anzusehenden Lebensversicherungssumme über 50.000 € sowie weiteren, in Ziffer B. II. des Nachlassverzeichnisses aufgeführten unentgeltlichen Verfügungen über insgesamt 5.793,39 € zusammensetze. Die Lebensversicherung müsse mit ihrer Versicherungssumme bei der Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruches Berücksichtigung finden. Selbst für den Fall, dass es sich um eine reine Risikoversicherung gehandelt habe, worauf trotz unterlassener Vorlage des Versicherungsscheines durch die Antragsgegnerin „einiges“ hindeute, habe die Antragsgegnerin von der Versicherung erheblich profitiert und hätten zumindest die monatlichen Raten den Nachlass geschmälert. Die Antragsgegnerin ist dem Begehren unter Hinweis auf die von der neueren Rechtsprechung vertretenen Grundsätze zur Bewertung von Lebensversicherungen im Pflichtteilsrecht entgegengetreten: der Erblasser habe die „reine Risikoversicherung“ abgeschlossen, um ihr eine gewisse Absicherung im Falle seines Vorversterbens zu gewähren, diese habe bis zum Eintritt des Leistungsfalles keinen Liquidationswert aufgewiesen. Der Versicherungsschein, der im Leistungsfall vorgelegt werden müsse, sei nicht mehr vorhanden, der Versicherer habe ihr diesen Sachverhalt aber wiederholt schriftlich bestätigt. Auch den anderen Zuwendungen hätten Gegenleistungen ihrerseits gegenübergestanden.

3 Mit dem angefochtenen Beschluss (Beiheft) hat das LG der Antragstellerin ratenfreie Prozesskostenhilfe zur Geltendmachung eines Betrages in Höhe von 521,76 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 16.04.2019 sowie außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten in Höhe einer 1,3 Gebühr aus einem Wert von 521,76 € zuzüglich Auslagen und Mehrwertsteuer gewährt; den weitergehenden Antrag hat es zurückgewiesen. Ausgehend von Nachlassaktiva in Höhe von 4.907,97 € und Passiva in Höhe von 9.048,52 € hat es die Notwendigkeit gesehen, über vermeintliche Zuwendungen in Höhe von 6.227,65 € Beweis zu erheben, sodass ein fiktiver Nachlasswert von 2.087,03 € und ein Pflichtteilsergänzungsanspruch in Höhe von 521,76 € denkbar sei. Dagegen habe die von der Antragstellerin angesetzte Versicherungssumme unberücksichtigt zu bleiben, nachdem ausweislich der vorgelegten Korrespondenz eine Risikolebensversicherung vorgelegen habe, aus der bis zum Tode des Erblassers kein Rückkaufswert zu realisieren gewesen wäre, der als Zuwendung das Nachlassvermögen vermindert habe.

4 Gegen diese Teilabweisung ihres Antrages richtet sich die sofortige Beschwerde der Antragstellerin, die den Vortrag der Antragsgegnerin mangels Vorlage des Versicherungsscheines weiterhin für nicht hinreichend glaubhaft gemacht erachtet und im Übrigen die Auffassung vertritt, es müssten jedenfalls die vom Erblasser geleisteten Versicherungsbeiträge berücksichtigt werden, um die dieser entreichert worden sei, nachdem die Antragsgegnerin aufgrund des Todes die Versicherungssumme erlangt habe.

5 Das LG hat der sofortigen Beschwerde mit Beschluss vom 15.07.2022 nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung über das Rechtsmittel vorgelegt.

6 II. Die gemäß § 127 Abs. 2 Satz 2 und 3, §§ 567 ff. ZPO zulässige, insbesondere fristgerecht eingelegte sofortige Beschwerde der Antragstellerin bleibt in der Sache ohne Erfolg. Die Antragstellerin wendet sich nach teilweiser Bewilligung von Prozesskostenhilfe mit ihrer sofortigen Beschwerde vergeblich gegen die Zurückweisung ihres weitergehenden Antrages. Für die von ihr beabsichtigte Klage besteht im Übrigen, richtigerweise aber auch insgesamt, keine hinreichende Erfolgsaussicht (§ 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

71. (...)

8 2. Danach kann der beabsichtigten Klage der Antragstellerin, soweit diese zur Berechnung eines Pflichtteilsergänzungsanspruches (§ 2325 Abs. 1 BGB) auch das der Antragsgegnerin zugewandte Bezugsrecht heranziehen und daraus einen den Betrag von 521,76 € übersteigenden Anspruch errechnen will, keine hinreichende Erfolgsaussicht im vorgenannten Sinne beigemessen werden. Sofern hier überhaupt eine pflichtteilsrelevante Schenkung i. S. d. § 516 Abs. 1 BGB (auch: ehebedingte Zuwendung, vgl. BGH, Urteil vom 27.11.1991, IV ZR 164/90, BGHZ 116, 167, 169) vorlag, was angesichts des von der Antragsgegnerin hervorgerufenen Versorgungscharakters der Versicherung schon gewissen Zweifeln begegnet, die die Antragstellerin ggf. ausräumen müsste (zur Behandlung von Zuwendungen unter Ehegatten auch Palandt/*Weidlich*, 80. Aufl., § 2325 Rdnr. 10 m. w. N.), könnte dafür jedenfalls nach Lage der Dinge kein gesonderter Wert angesetzt und insbesondere, entgegen der Beschwerde, weder auf die ausgezahlte Todesfallsumme noch auf die vom Erblasser entrichteten Beiträge abgestellt werden.

9 a) Ausweislich der vorgelegten Unterlagen (...) hat die Antragsgegnerin die Todesfallsumme aufgrund eines nach Maßgabe von Ziffer 3.1 AVB i. V. m. § 159 Abs. 1 VVG widerruflichen Bezugsrechts aus dem vom Erblasser unterhaltenen Lebensversicherungsvertrag erlangt. Die Grundsätze, nach denen sich der Wert einer solchen Zuwendung beurteilt, sind in der Rechtsprechung geklärt und vom LG rechtsfehlerfrei zur Anwendung gebracht worden. Wendet der Erblasser die Todesfallleistung aus einem von ihm auf sein eigenes Leben abgeschlossenen Lebensversicherungsvertrag einem Dritten über ein widerrufliches Bezugsrecht schenkweise zu, so berechnet sich ein Pflichtteilsergänzungsanspruch weder nach der Versicherungsleistung noch nach der Summe der vom Erblasser gezahlten Prämien. Es kommt vielmehr allein auf den Wert an, den der

Erblasser aus den Rechten seiner Lebensversicherung in der letzten – juristischen – Sekunde seines Lebens nach objektiven Kriterien für sein Vermögen hätte umsetzen können. In aller Regel ist dabei auf den Rückkaufswert abzustellen. Je nach Lage des Einzelfalls kann ggf. auch ein – objektiv belegter – höherer Veräußerungswert heranzuziehen sein (zum Ganzen: BGH, Urteil vom 28.04.2010, IV ZR 73/08, BGHZ 185, 252; ebenso etwa: Senat, Urteil vom 12.02.2020, 5 U 59/19, ZEV 2020, 767). Der Grund dafür ist, dass der Bezugsberechtigte hier vor dem Eintritt des Todes noch keinen Anspruch auf die Versicherungsleistung, nicht einmal eine Anwartschaft erwirbt, sondern lediglich eine Erwerbshoffnung, die der Erblasser jederzeit durch eine Änderung der Bezugsberechtigung vernichten kann (BGH, a. a. O., BGHZ 185, 252, 257; Beschluss vom 20.12.2018, IX ZB 8/17, VersR 2019, 571; Prölss/Martin/Schneider, VVG, 31. Aufl., § 159 Rdnr. 15). Die Todesfallsumme, um die das Vermögen des Bezugsberechtigten vermehrt wird (Bereicherungsgegenstand), gelangt folglich erst mit Eintritt des Todes und damit zu einem Zeitpunkt zur Entstehung, in dem das Vermögen des Erblassers und dieser selbst nicht mehr existieren; sie wird dem Empfänger also nicht unmittelbar aus dem Erblasservermögen zugewandt, wie es § 2325 Abs. 1 BGB voraussetzt (BGH, Urteil vom 28.04.2010, IV ZR 73/08, BGHZ 185, 252, 257; Bruck/Möller/Winter, VVG, 9. Aufl., § 159 Rdnr. 545). Ebenso steht erst, wenn die Zuwendung des Bezugsrechts mit dem Eintritt des Todes unwiderruflich wird, erstmalig fest, dass die vom Erblasser geleisteten Prämien das Vermögen seinerzeit entreichert haben (BGH, Urteil vom 28.04.2010, IV ZR 73/08, BGHZ 185, 252, 267). Daher sind diese keine „Vermögensopfer“ des Erblassers und können ebenfalls nicht zur Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs herangezogen werden (BGH, a. a. O. unter ausdrücklicher Aufgabe der anders lautenden früheren Rechtsprechung, dazu etwa: RG, Urteil vom 25.03.1930, VII 440/29, RGZ 128, 187; BGH, Urteil vom 14.07.1952, IV ZR 74/52, BGHZ 7, 134).

10 b) Das LG ist zutreffend von diesen gefestigten Grundsätzen ausgegangen, die auch im Streitfall zur Anwendung gelangen; danach hat es die von der Antragstellerin vorrangig unter Heranziehung der Todesfallsumme von 50.000 € vorgenommene Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs zu Recht für un schlüssig erachtet, weil auf diesen Betrag schon aus Rechtsgründen mangels lebzeitiger Zuwendung nicht abgestellt werden darf. Entsprechendes gilt aber auch für die vom Erblasser gezahlten – bis zuletzt auch nicht einmal konkret bezifferten – Versicherungsbeiträge, um die dieser zu Lebzeiten nicht entreichert wurde; die abweichende Auffassung der Beschwerde ist seit der dargestellten Rechtsprechungsänderung im Jahre 2010 (vgl. BGH, Urteil vom 28.04.2010, IV ZR 73/08, BGHZ 185, 252, 267) überholt. Dass der Erblasser in der Lage gewesen wäre, den streitgegenständlichen Vertrag in der letzten juristischen Sekunde seines Lebens zu verwerten, ist nicht erkennbar und wird von der Antragstellerin auch nicht behauptet. Nach sämtlichen vorliegenden Unterlagen, insbesondere den beiden Schreiben des Versicherers vom 04.11.2019 und vom 02.11.2021, deren inhaltliche Richtigkeit sie nicht in Zweifel zieht, wies der Vertrag – als „reine Risiko-

versicherung“ – keinen Rückkaufswert auf, den der Verstorbene zuletzt durch Kündigung hätte realisieren können und der dann den Wert einer etwaigen Zuwendung an die Antragsgegnerin widerspiegeln würde. Objektiv belegte Anhaltspunkte dafür, dass eine andere werthaltige Veräußerung möglich gewesen wäre, sind nicht ersichtlich, nachdem für Verträge ohne Rückkaufswert bekanntermaßen kein Zweitmarkt existiert (vgl. MünchKomm-BGB/Lange, 8. Aufl., § 2325 Rdnr. 45), und werden von der Antragstellerin auch mit der Beschwerde nicht vorgetragen. Ihr bloßer erneuter Verweis auf die unterbliebene Vorlage des Versicherungsscheins, die von der Antragsgegnerin wiederholt – nachvollziehbar – mit der Verpflichtung zur Rückgabe bei Auszahlung der Versicherungsleistung erläutert worden ist, die sich aus der besonderen Funktion des Versicherungsscheins als „qualifiziertes Legitimationspapier“ ergibt (Ziffer 3.4 AVB; § 4 VVG; § 808 Abs. 2 BGB; vgl. BGH, Urteil vom 20.05.2009, IV ZR 16/08, VersR 2009, 1061; Senat, Urteil vom 30.07.2014, 5 U 73/13, VersR 2015, 306), ist dazu nicht geeignet.

11 c) Entgegen von der Antragstellerin wiederholt geäußelter Zweifel macht es für die Bewertung des Bezugsrechts im Rahmen des Pflichtteilsergänzungsanspruchs aus § 2325 Abs. 1 BGB auch keinen Unterschied, ob es sich bei dem Versicherungsvertrag – wie hier zuletzt unstreitig – um eine Risiko-Lebensversicherung handelt, die nur im Todesfall Leistungen an den Bezugsberechtigten erbringt, oder ob im Vertrag auch eine Erlebensfalleistung vorgesehen war. Wie in der bereits mehrfach erwähnten Leitentscheidung des BGH im Einzelnen dargestellt wird, hätte Letzteres (nur) zur Folge, dass dann nicht lediglich ein, sondern zwei unterschiedliche Versicherungsfälle – Todesfall während der versicherten Zeit sowie Erleben eines vereinbarten Endalters – vereinbart worden wären; dies führte zu zwei Ansprüchen auf die für den jeweiligen Versicherungsfall versprochene Leistung, die jeweils durch den Eintritt des entsprechenden Versicherungsfalles (Todes- oder Erlebensfall) aufschiebend bedingt sind (BGH, Urteil vom 28.04.2010, IV ZR 73/08, BGHZ 185, 252, 265; Bruck/Möller/Winter, VVG, § 159 Rdnr. 546). Im Gegensatz zur reinen Risikoversicherung wird bei Lebensversicherungen, die auch eine Leistung im Erlebensfall vorsehen (Kapital-, Rentenversicherung), ein Rückkaufswert gebildet, dessen Höhe freilich von unterschiedlichen Parametern, insbesondere der Vertragslaufzeit abhängt (§ 169 VVG; zum Ganzen Prölss/Martin/Reiff, VVG, § 169 Rdnr. 20 ff.); in folgedessen besteht für den Versicherungsnehmer hier unter Umständen die Möglichkeit einer – freilich immer mit finanziellen Nachteilen verbundenen – lebzeitigen Verwertung seiner Rechte (BGH, Urteil vom 28.04.2010, IV ZR 73/08, BGHZ 185, 252, 268). Für das Bezugsrecht eines widerruflich begünstigten Dritten ändert sich bei all dem aber nichts; denn im einen wie im anderen Fall entsteht sein Anspruch auf die Todesfalleistung unter denselben rechtlichen Voraussetzungen mit dem Eintritt des Todes originär in der Person des Bezugsberechtigten (vgl. BGH, Urteil vom 28.04.2010, IV ZR 73/08, BGHZ 185, 252, 266; zur uneingeschränkten Geltung der §§ 159, 160 VVG für alle Arten von Lebensversicherungsverträgen auch Prölss/Martin/Schneider, VVG, § 159 Rdnr. 2;

BT-Drucks. 16/3945, S. 98). Dementsprechend unterliegt dieser Anspruch auch im einen wie im anderen Fall denselben Modalitäten für die Berechnung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen (vgl. auch MünchKomm-BGB/Lange, § 2325 Rdnr. 45).

(...)

ANMERKUNG:

Von Notarassessor **Constantin Federle, Roth**

1. Sachverhalt

Das OLG Saarbrücken beschäftigte sich in zweiter Instanz mit einem Antrag auf Prozesskostenhilfe, der durch das LG Saarbrücken teilweise abgewiesen wurde. In der Sache verlangte die enterbte Tochter gegenüber der Erbin und zweiten Ehefrau des Erblassers einen Pflichtteilsanspruch, in dessen Höhe sie unter anderem eine „reine Risikolebensversicherung“ einbezog. Als deren Bezugsberechtigte erhielt die Erbin eine Todesfalleistung i. H. v. 50.000 €. Der Nachlass im Übrigen war überschuldet.

Die Antragstellerin stellte sich zur Begründung ihrer Ansprüche maßgeblich auf den Standpunkt, die Antragsgegnerin habe von der Versicherung erheblich profitiert und die monatlichen lebzeitigen Raten des Erblassers hätten den Nachlass geschmälert.

Das Gericht wies die Beschwerde der Antragstellerin zurück.

2. Grundsätze aus BGH IV ZR 73/08

In dem Urteil vom 28.04.2010, IV ZR 73/08 befasste sich der BGH mit der Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs in Bezug auf die schenkweise Zuwendung einer Lebensversicherung. Die Lebensversicherung im Fall des BGH war kapitalbildend.¹

- a) Durch den Erblasser hypothetisch realisierbarer Wert

Für die Zuwendung eines widerruflichen Bezugsrechts auf die Todesfalleistung aus einem Lebensversicherungsvertrag kommt es danach allein auf den objektiven Wert an, den der Erblasser in der letzten juristischen Sekunde seines Lebens aus dieser Versicherung für sein Vermögen hätte umsetzen können.²

Denn nur auf der Aufgabe dieses hypothetisch realisierbaren Wertes beruhe die Bereicherung des Bezugsberechtigten. Der Erblasser, der in der letzten juristischen Sekunde seines Lebens die Verwertung unterlässt, tut dies zugunsten der Entstehung des Anspruchs des Bezugsberechtigten, der so um den entsprechenden Betrag eine Bereicherung erfährt.³

1 So jedenfalls die Berufungsinstanz: OLG Düsseldorf, Urteil vom 22.02.2008, 7 U 140/07, BeckRS 2008, 12390.
2 BGH, Urteil vom 28.04.2010, IV ZR 73/08, NJW 2010, 3232 Rdnr. 14, 46; vgl. auch Mayer, DNotZ 2011, 89.
3 BGH, Urteil vom 28.04.2010, IV ZR 73/08, NJW 2010, 3232 Rdnr. 15, 33.

- b) In der Regel: Rückkaufwert

In aller Regel entspricht dieser Wert dem Rückkaufwert der Versicherung.⁴ Der Rückkaufwert einer Risikoversicherung bestimmt sich in Grund und Umfang nach § 169 VVG. Zentrale Tatbestandsvoraussetzung für das Vorliegen eines Rückkaufswerts ist dabei, dass der Eintritt der Verpflichtung des Versicherers, also der Versicherungsfall, gewiss ist, § 169 Abs. 1 VVG.

Die Höhe des jeweiligen Rückkaufswertes ergibt sich aus dem sog. Deckungskapital der Versicherung, § 169 Abs. 3 Satz 1 VVG. Das Deckungskapital wird versicherungsmathematisch bestimmt und entspricht demjenigen Teil der gezahlten Beiträge, der beim Versicherer zu einem bestimmten Zeitpunkt angesammelt und zurückgelegt werden muss, um zusammen mit den künftigen Prämien die noch zu erwartenden Verpflichtungen erfüllen zu können.⁵

- c) Nur im Einzelfall: objektiver Wert

Im Einzelfall kann ein objektiv zu belegender Verkaufswert der Versicherung diesen Rückkaufswert übersteigen, mit dem BGH ist dann dieser Wert maßgeblich. Die Akteure auf dem Zweitmarkt für Lebensversicherungen werben damit, dass dort regelmäßig eine über dem Rückkaufswert liegende Ankaufsumme gezahlt wird.⁶ Eingeschränkt wird die Bedeutung des Verkaufswertes für die Berechnung des Pflichtteilsanspruchs jedoch dahin gehend, dass der BGH bei nachträglicher Bestimmung des objektiven (Zweit-)Marktwertes durch einen Sachverständigen eine streng objektive Beurteilung fordert, die subjektive, individuelle Faktoren des Erblassers und demnach insbesondere eine schwindende Lebenserwartung nicht berücksichtigen darf. Gerade diese Faktoren dürften jedoch wegen der erhöhten Wahrscheinlichkeit des Versicherungseintritts im Einzelfall den Ankaufwert erhöhen.

- d) Nicht relevant: Summe der Versicherungsprämien oder Versicherungssumme

Der BGH schloss sich in seinem Urteil ausdrücklich nicht den in der Literatur vertretenen Meinungen an, nach denen entweder die Summe der Versicherungsprämien oder die gesamte zur Auszahlung gelangende Versicherungssumme für die Wertbestimmung maßgeblich sein sollte.

3. Konsequente Anwendung der Grundsätze bei Risikolebensversicherungen

Das OLG Saarbrücken hatte nunmehr den besonderen Fall der Bewertung einer reinen Risikolebensversicherung zu entscheiden. Eine reine Risikolebensversicherung zeichnet sich dadurch aus, dass die Versicherungsleistung nur dann zur Auszahlung gelangt, wenn der

4 BGH, Urteil vom 28.4.2010, IV ZR 73/08, NJW 2010, 3232 Rdnr. 14, 50.
5 Langheid/Rixecker/Grote, VVG, 7. Aufl. 2022, § 169 Rdnr. 25; HK-VVG/Brambach, 4. Aufl. 2020, § 169 Rdnr. 20.
6 Vgl. nur: Marktüberblick Deutschland des Bundesverbands Vermögensanlagen im Zweitmarkt Lebensversicherungen (BVZL) e. V., <https://bvzl.de/de/marktueberblick/deutschland/>, abgerufen am 13.12.2022.

Versicherungsnehmer vor einem bestimmten Ablaufdatum verstirbt.⁷

Der BGH traf im zuvor genannten Urteil keine eindeutige Aussage zur Anwendbarkeit der Bewertungsgrundsätze auf Risikolebensversicherungen. Gleichwohl ist sich die Literatur weitgehend einig, dass auch bei reinen Risikolebensversicherungen eine Pflichtteilsanrechnung nunmehr nur nach den Vorgaben des BGH erfolgen kann.⁸

Angesichts der klaren Abkehr von entsprechenden Literaturmeinungen durch den BGH scheint es daher wenig beachtlich, dass die Antragstellerin in beiden Instanzen mit ihren Argumenten eines „erheblichen Profits“ der Antragsgegnerin durch die Versicherungsleistung und einer Nachlassschmälerung durch die monatlichen Raten der Lebensversicherung ungehört blieb. Das OLG wandte vielmehr die Rechtsprechung des BGH folgerichtig an und stellte allein auf eine Verwertbarkeit des Versicherungsvertrages durch den Erblasser in dessen letzter juristischen Lebenssekunde ab.

Unter Zugrundelegung der klaren Bewertungsgrundsätze des BGH musste das OLG wohlgleich schon nach zivilprozessualen Maßgaben (§ 138 Abs. 3, § 288 Abs. 1 ZPO) zu seinem klaren Ergebnis kommen. Denn in Bezug auf die fragliche Risikolebensversicherung wurde von Seiten der Antragstellerin weder ein Rückkaufwert im Sinne des § 169 VVG noch ein Wert auf einem Zweitmarkt behauptet. Dass die Risikolebensversicherung im Fall keinen Rückkaufwert aufwies, ergab sich zudem bereits positiv aus einem – inhaltlich unbestrittenen – Schreiben der betroffenen Versicherung.

- a) Kein Rückkaufwert für Risikolebensversicherungen im Sinne des § 169 VVG

Dies entspricht aber auch der gesetzlichen Bestimmung des § 169 VVG. Denn durch die tatbestandsmäßige Einschränkung der Gewissheit des Versicherungsfalls sind reine Lebensversicherungen, die sich gerade durch die Ungewissheit des Eintritts des Versicherungsfalls auszeichnen, bereits qua gesetzlicher Definition vom Anwendungsbereich des § 169 VVG ausgeschlossen.⁹

- c) Kein Zweitmarkt für Risikolebensversicherungen

Das Gericht wies in diesem Zusammenhang ebenfalls darauf hin, dass „für Verträge ohne Rückkaufwert bekanntermaßen kein Zweitmarkt existiert“.¹⁰

⁷ Vgl. Definition bei MünchKomm-VVG/Heiss/Mönnich, 2. Aufl. 2017, Vor §§ 150 bis 171 Rdnr. 13.

⁸ BeckOGK-BGB/Schindler, Stand: 01.11.2022, § 2325 Rdnr. 108; MünchKomm-BGB/Lange, 9. Aufl. 2022, § 2325 Rdnr. 49; Mayer, DNotZ 2011, 89, 97; Kesseler, NJW 2010, 3232, 3239 (Anm. zu BGH, Urteil vom 28.04.2010, IV ZR 73/08); Herrler, ZEV 2010, 333, 338; nunmehr auch Gröneberg/Weidlich, 82. Aufl. 2023, § 2325 Rdnr. 13 unter Verweis auf das hier besprochene Urteil.

⁹ Langheid/Rixecker/Grote, VVG, § 169 Rdnr. 18; HK-VVG/Brambach, § 169 Rdnr. 8; MünchKomm-VVG/Mönnich, § 169 Rdnr. 41; Herrler, ZEV 2010, 333, 338.

¹⁰ OLG Saarbrücken, Beschluss vom 05.08.2022, BeckRS 2022, 24229, Ziffer 2 b) unter Verweis auf MünchKomm-BGB/Lange, 8. Aufl. 2020, § 2325 Rdnr. 45.

Diese Feststellung findet sich nicht nur in der juristischen Literatur wieder.¹¹ Sie scheint auch der tatsächlichen Marktlage zu entsprechen. Jedenfalls die Internetauftritte von sechs auf den Lebensversicherungszweitmarkt spezialisierten Ankäufern, die zur Beurteilung des Marktangebotes untersucht wurden, stützen dieses Ergebnis.¹² Alle Ankäufer benennen auf ihren Internetseiten einen Rückkaufwert der Lebensversicherung, meist verbunden mit dem Verlangen nach einer Mindesthöhe dieses Wertes zwischen 1.000 € und 10.000 €, als unabdingbare Voraussetzung für einen Ankauf. Damit scheiden aber all diese Angebote für eine reine Risikolebensversicherung ohne Rückkaufwert bereits von vornherein aus.

4. Teleologische Bewertung

Die Wertlosigkeit der Risikolebensversicherung im Rahmen des Pflichtteilsanspruchs entspricht auch dem Telos des Urteils des BGH. Die reine Risikolebensversicherung ist für den Erblasser stets eine Wette auf den Eintritt des Versicherungsfalls. Anders als eine kapitalbildende Lebensversicherung bleibt diese für ihn zeitlebens wertlos. Es kann aber dann nach der Logik des BGH auch keine Entreicherung des Erblasservermögens darstellen, wenn der Erblasser den für ihn stets wertlosen Gegenstand an den Bezugsberechtigten weggibt.

5. Fazit

Das Gericht wendet die vom BGH aufgezeigten Grundsätze zur Bewertung von Lebensversicherungen im Rahmen von Pflichtteilsansprüchen konsequent auf die reine Risikolebensversicherung an, indem es dieser keinen pflichtteilsrelevanten Wert zumisst. Die Beurteilung war angesichts des klaren Sachverhalts so einleuchtend wie richtig.

Der Zweitmarkt für Lebensversicherungen fixiert sich klar auf Lebensversicherungen mit Kapitalbildung und Rückkaufwert. Unter Berücksichtigung der Einschränkungen des BGH zur streng objektiven Bewertung des erzielbaren Verkaufswertes ist auch über die konkrete Marktlage hinaus davon auszugehen, dass es kaum gelingen wird, einen solchen Verkaufswert in einem Gerichtsverfahren begründet darzulegen.

¹¹ MünchKomm-BGB/Lange, § 2325 Rdnr. 45; Mayer, DNotZ 2011, 89, 97; DNotl-Report 2013, 130, 131; BeckOGK-BGB/Schindler, § 2325 Rdnr. 108; Ruby/Schindler, ZEV 2010, 545, 547; a. A. Herrler, ZEV 2010, 333, 336, der abstrakt von einem „Verkehrswert“ der reinen Risikoversicherung spricht.

¹² Untersucht wurden die Angebote der folgenden Unternehmen, die mit Ausnahme der ProLife GmbH Mitglied im BVZL e. V. sind: Winner AG, <https://winner.de/faq/>; ProLife GmbH, <https://www.prolife-gmbh.de/fuer-endkunden/lebensversicherung/>; Policen Direkt Versicherungsvermittlung GmbH, <https://www.policendirekt.de/lebensversicherung-verkaufen-info/?a=1074>; Cumerius Management GmbH, <https://www.cfi-fairpay.de/lebensversicherung-verkaufen/>; cash.life AG, <https://www.cashlife.de/>; Partner in Life S. A., <https://partnerinlife.com/lebensversicherung-verkaufen/>; sämtlich abgerufen am 13.12.2022.

Abschließend bleibt festzuhalten, dass für die Gestaltungspraxis zwar zunächst die theoretische Möglichkeit der Verringerung von Pflichtteilsansprüchen ins Auge springt. Wegen des erheblichen Risikoelements der reinen Risikolebensversicherung dürfte diese für die Nachlasssteuerung jedoch trotz allem auch in Zukunft eine deutlich untergeordnete Rolle einnehmen.

12. Auslegung der Klausel „bei einem gemeinsamen Tode“

OLG München, Beschluss vom 01.12.2021, 31 Wx 314/19

BGB §§ 133, 2269

LEITSÄTZE:

1. Zur Auslegung der von den Ehegatten – neben ihrer letztwilligen Verfügung der gegenseitigen Einsetzung als Alleinerben – verwendeten Klausel „bei einem gemeinsamen Tode zum Beispiel Unfall fällt der gesamte Nachlass an unsere Nichte (...)“. (vgl. bereits OLG München, Beschluss vom 13.08.2018, 31 Wx 49/17).
2. Eine solche Formulierung kann im Einzelfall auch die Auslegung ergeben, dass die Ehegatten nicht nur den Fall des gleichzeitigen Todes geregelt wissen wollten, sondern auch ein zeitliches Nacheinanderversterben unter der Voraussetzung, dass der überlebende Ehegatte nach dem Tod des Vorversterbenden nicht mehr in der Lage ist, eine (weitere) letztwillige Verfügung von Todes wegen zu errichten (vgl. bereits OLG München, Beschluss vom 13.08.2018, 31 Wx 49/17).
3. Eine Hinderung des überlebenden Ehegatten an der Errichtung einer (weiteren) letztwilligen Verfügung von Todes wegen kann auch darin liegen, dass er aufgrund einer dementiellen Erkrankung nicht mehr in der Lage ist, eine letztwillige Verfügung zu treffen (im Anschluss an OLG München, Beschluss vom 13.08.2018, 31 Wx 49/17).

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. 1. Die Erblasserin war deutsche Staatsangehörige mit letztem gewöhnlichem Aufenthalt im Bundesgebiet. Ihr Ehegatte, mit dem sie in einziger kinderloser Ehe verheiratet war, verstarb nur zehn Tage vor der Erblasserin. Die Erblasserin hatte keine außerhalb der Ehe geborenen Kinder und niemanden als Kind angenommen. Die Beteiligte zu 1 ist eine Nichte der Erblasserin. Die übrigen Beteiligten sind die weiteren gesetzlichen Erben.

2 2. Die Erblasserin hinterließ ein mit ihrem Ehemann errichtetes, gemeinschaftliches, handschriftliches Testament vom 05.06.1992, in dem sich die Eheleute gegenseitig als Alleinerben einsetzten. Weiter heißt es:

„Der überlebende Teil bestimmt den Nacherben allein.“

Bei einem gemeinsamen Tode zum Beispiel Unfall fällt der gesamte Nachlass an unsere Nichte M S (...), die damit auch alle Folgekosten, wie Begräbnis und Pflege der Grabstätte auf Lebenszeit zu tragen hat. (...)“

3 Daneben liegt ein weiteres handschriftliches Testament vom 01.09.2012 vor, unterzeichnet nur vom Ehemann der Erblasserin, in dem es heißt:

„F (= Ehemann der Erblasserin) und K (= Erblasserin) erklären das hinterlegte Testament für ungültig. Ein neues Testament wird geschrieben und hat letzte Gültigkeit.“

4 Das Nachlassgericht erteilte im Nachlassverfahren bezüglich des Ehegatten der Erblasserin einen Alleinerbschein zugunsten der Erblasserin.

5 3. Die Beteiligte zu 1 beantragte am 01.09.2016 auf der Grundlage des gemeinschaftlichen Testaments einen Alleinerbschein betreffend die Erbfolge nach der Erblasserin.

6 4. Mit Beschluss vom 21.12.2016 erachtete das Nachlassgericht die Voraussetzungen für die Erteilung eines Alleinerbscheins entsprechend dem gestellten Antrag für gegeben. Gegen diesen Beschluss legte die Beteiligte zu 7 am 01.02.2017 Beschwerde ein, der das Nachlassgericht nicht abhalf und am 03.02.2017 dem OLG München zur Entscheidung vorlegte.

7 5. Mit Beschluss vom 13.08.2018 hob das OLG München den Beschluss des Nachlassgerichts vom 21.12.2016 auf und verwies die Sache zur erneuten Behandlung und Entscheidung an das Nachlassgericht zurück (vgl. dazu OLG München, BeckRS 2018, 18077).

8 6. Im Nachgang traf das Nachlassgericht weitere Feststellungen und erachtete mit Beschluss vom 28.02.2019 nunmehr die Voraussetzungen für die Erteilung eines Alleinerbscheins entsprechend dem Antrag der Beteiligten zu 1 für gegeben. Gegen diesen Beschluss legte die Beteiligte zu 7 erneut Beschwerde ein. Das Nachlassgericht half der Beschwerde nicht ab und legte die Sache dem OLG München erneut zur Entscheidung vor.

9 II. Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Zutreffend ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beteiligte zu 1 aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments der Ehegatten vom 15.06.1992 Alleinerbin der Erblasserin ist.

10 1. Die (erläuternde) Auslegung des Testaments ergibt, dass nach dem für die Testamentsauslegung maßgeblichen Willen der Erblasserin und ihres vorverstorbenen Ehemannes im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments am 15.06.1992 die Beteiligte zu 1 auch für den hier vorliegenden Fall des zeitlichen Nacheinanderversterbens der Erblasserin und ihres Ehemannes unter der Prämisse als Erbin eingesetzt werden sollte, dass der überlebende Ehegatte nach dem Tod des vorversterbenden nicht mehr in der Lage ist, eine (weitere) letztwillige Verfügung von Todes wegen zu errichten.

11 a) Maßgebend für die Beurteilung der von den Ehegatten getroffenen Anordnung ist der Wille der beiden Ehe-

gatten allein im Zeitpunkt der Testamentserrichtung, also zum 15.06.1992.

12 aa) Die Ehegatten haben mit der Formulierung („Wir setzen uns gegenseitig als Alleinerben ein“) den Fall des Erstversterbens des jeweiligen Ehegatten regelt.

13 bb) Daneben haben sie mit der Formulierung („Der überlebende Ehegatte bestimmt den „Nacherben“ (richtig wohl: Schlusserben“) gerade keine Anordnung für den Fall des Todes des überlebenden Ehegatten getroffen, sondern die Regelung der Erbfolge nach dem Ableben des überlebenden Ehegatten bewusst offen gelassen.

14 Damit bleibt der Fall des Ablebens des überlebenden Ehegatten ungeregelt, sodass grundsätzlich bei einem Ableben des überlebenden Ehegatten im Falle, dass dieser keine weitere letztwillige Verfügung errichtet, gesetzliche Erbfolge nach dem überlebenden Ehegatten eintritt. Diese von den Ehegatten getroffene Anordnung hat somit im Falle der Nichterrichtung eines Testaments durch den Überlebenden zur Folge, dass die „Schlusserbfolge“ davon abhängt, welcher der Ehegatten den anderen überlebt. Ob diese Folge von den Ehegatten gewünscht ist oder nicht, ist unmaßgeblich, sondern Folge der von ihnen getroffenen letztwilligen Verfügungen. Auch ist unmaßgeblich, dass der Eintritt der gesetzlichen Erbfolge (infolge Unterlassens einer Testierung durch den überlebenden Ehegatten) etwaig nicht dem grundsätzlichen Willen der Ehegatten entspricht, sondern Konsequenz der Nichttestierung ist (vgl. OLG München, FamRZ 2010, 1941).

15 b) Da also die Ehegatten den Fall des Nacheinandersterbens bewusst nicht geregelt haben, ist vorliegend Kernfrage, welchen Fall die Ehegatten mit der Formulierung („Bei einem gemeinsamen Tode zum Beispiel Unfall“) mit ihrer Anordnung geregelt wissen wollten, mit der sie die Beteiligte zu 1 zu ihrer Alleinerbin eingesetzt haben.

16 aa) Bei der Testamentsauslegung gemäß § 133 BGB kommt es auf den wirklichen Willen des Erblassers an, ohne am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften (BGH, ZEV 1997, 376; FamRZ 2012, 26; BeckOGK-BGB/*Gierl*, § 2084 Rdnr. 10, 30; MünchKomm-BGB/*Leipold*, 8. Aufl. 2020, § 2084 Rdnr. 1). Im Hinblick auf die von den Ehegatten getroffene Erbeinsetzung zugunsten der Beteiligten zu 1 ist der gemeinsame Wille der Ehegatten maßgebend, also welche Vorstellung die Ehegatten im Zeitpunkt der Testamentserrichtung mit der von ihnen gewählten Formulierung hatten (vgl. BeckOGK-BGB/*Gierl*, § 2084 Rdnr. 12).

17 bb) Da die Ehegatten den Fall des Nacheinandersterbens bewusst nicht geregelt haben (siehe oben), steht vorliegend gerade nicht die Problematik im Vordergrund, ob die von den Ehegatten gewählte Formulierung auch die Fallgestaltung umfasst, in denen Ehegatten innerhalb eines kurzen Zeitraums nacheinander versterben (vgl. dazu näher NK-Erbrecht/*Gierl*, 6. Aufl. 2021, § 2269 Rdnr. 57). Insofern ist auch die Länge des Zeitraums zwischen den Ableben der beiden Ehegatten grundsätzlich unmaßgeblich.

18 Entscheidungserheblich ist vielmehr, welche Fallkonstellationen die Ehegatten – außer einem Nacheinandersterben – mit der von ihnen gewählten Formulierung geregelt wissen wollten.

19 (1) Der Wortlaut der Urkunde spricht dafür, dass die Eheleute den Fall des zeitgleichen Versterbens gemeint haben. Sie haben nämlich die auslegungsbedürftige Formulierung „gemeinsam“ nicht ergänzt durch die Formulierung „Nach (einem gemeinsamen Tod)“ oder – noch deutlicher – formuliert „nach unserem (gemeinsamen) Tod“, sondern mit den Worten „bei einem“, die für einen einzigen zum Tode beider Eheleute führenden Lebenssachverhalt sprechen, eine auf einen zeitgleichen Tod hindeutende Wortwahl getroffen (vgl. hierzu auch OLG Schleswig, NJW-RR 2004, 368). Ein Indiz für einen solchen Willen der Ehegatten ist auch die Nennung des Beispielfalls „Unfall“, dem ein gemeinsamer Lebenssachverhalt zugrunde liegt.

20 Hintergrund einer Regelung von Ehegatten, die sich gegenseitig zu Erben einsetzen, ohne diese Regelung mit einer Erbeinsetzung für den Tod des Längerlebenden von ihnen (Schlusserbeinsetzung) zu verbinden, ist, dass dem Überlebenden der Nachlass des Erstversterbenden zufällt und dass er über das Gesamtvermögen – auch von Todes wegen – frei verfügen kann. Ein zusätzlicher Regelungsbedarf besteht dann aber für den Fall, in dem es nicht zu einer Beerbung des einen Ehegatten durch den anderen – und zu einer weiteren Verfügung von Todes wegen des überlebenden Ehegatten – kommt, wie auch in Fällen, in denen die Ehegatten innerhalb eines kürzeren Zeitraums nacheinander sterben, sei es aufgrund ein und derselben Ursache, zum Beispiel eines Unfalls, sei es aufgrund verschiedener Ursachen, wenn der Überlebende nach dem Tod des Erstversterbenden praktisch keine Möglichkeit mehr hat, ein Testament zu errichten. In diesem Fall des Versterbens kurz nacheinander würde zwar die gegenseitige Erbeinsetzung greifen, doch hinge es vom Zufall der Reihenfolge des Versterbens ab, ob – wenn keine entsprechende letztwillige Verfügung getroffen wurde – den gesetzlichen Erben des Ehemanns oder den gesetzlichen Erben der Ehefrau das gesamte Vermögen beider Eheleute zufließt. Es ist daher sinnvoll und naheliegend, wenn die Ehegatten die gegenseitige Beerbung anordnen und im Übrigen dem Überlebenden freie Hand lassen wollen, eine zusätzliche Regelung jedenfalls für den Fall zu treffen, dass keiner den anderen überlebt oder der Überlebende wegen zeitnahen Nachversterbens zu einer letztwilligen Verfügung nicht mehr in der Lage ist (vgl. dazu OLG München, NJW-RR 2014, 71).

21 (2) Die Benennung eines Beispielfalles (hier: „Unfall“) legt hier aber auch den Schluss nahe, dass die Ehegatten nicht nur (abschließend) den Fall ihres „gleichzeitigen Todes“ geregelt wissen wollten, sondern auch ein zeitliches Nacheinandersterben unter der Prämisse, dass der überlebende Ehegatte nach dem Tod des Vorversterbenden nicht mehr in der Lage ist, eine (weitere) letztwillige Verfügung von Todes wegen zu errichten, also für diesen Fall eine abschließende Regelung ihrer Erbfolge in ihrem gemeinschaftlichen Testament getroffen haben.

22 2. Der Senat teilt aufgrund der Nachermittlungen des Nachlassgerichts dessen Auffassung, dass die Erblasserin nicht mehr in der Lage war, selbst zu testieren und daher die von den Ehegatten getroffene Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 zum Tragen kommt.

23 a) Der Senat hat in seiner Entscheidung vom 13.08.2018 herausgestellt, dass an die Feststellung, dass der überlebende Ehegatte nach dem Tod des erstversterbenden nicht mehr in der Lage war, selbst zu testieren, strenge Anforderungen zu stellen sind, da sichergestellt werden muss, dass die von den Ehegatten gerade bewusst unterlassene Testierung für den Fall eines Nacheinanderversterbens nicht durch eine Ausdehnung der Voraussetzungen für die von ihnen als Ausnahmefall geregelte Testierung zugunsten der Beteiligten zu 1 konterkariert wird. Ob die Verhinderung des überlebenden Ehegatten betreffend eine eigene Testierung im Nachgang zu dem Ableben des Vorverstorbenen tatsächlich vorliegt, ist eine Frage des Einzelfalls und kann nicht generell beantwortet werden, sondern es bedarf der konkreten Feststellung der Lebenssituation des überlebenden Ehegatten im Zeitraum zwischen Tod des vorversterbenden Ehegatten und seines eigenen (vgl. dazu OLG München, BeckRS 2018, 18077).

24 b) Das Nachlassgericht hat im Anschluss an die Entscheidung des Senats vom 31.08.2018 zu Recht festgestellt, dass die Erblasserin nach dem Tod ihres Ehemannes aufgrund ihrer körperlich-geistigen Verfassung nicht mehr in der Lage war, eine weitere letztwillige Verfügung von Todes wegen zu errichten.

25 Nach dem in dem Betreuungsverfahren betreffend die Erblasserin eingeholten Gutachten vom 25.09.2015, das von einem Gutachter erstellt wurde, der über mehrjährige Erfahrung auf dem Gebiet der Alterspsychiatrie in einer geriatrischen Klinik verfügt, litt die Erblasserin bereits über vier Jahre vor ihrem Ableben an einem hirnorganischen Psychosyndrom und einer senilen Demenz. Keiner der Verfahrensbeteiligten konnte Angaben dahin gehend machen, dass der Zustand der Erblasserin sich gegenüber dem in dem Gutachten festgestellten Zustand in irgendeiner Weise verbessert hätte; ausweislich des Gutachtens und des darin festgestellten dementiellen Syndroms bei seniler Demenz der Erblasserin war eine solche auch nicht zu erwarten. Insoweit konnte auch das von dem Senat auf der ursprünglich von dem Nachlassgericht festgestellten Tatsachenlage eingeforderte Gutachten durch einen psychiatrischen Sachverständigen mit der Zusatzweiterbildung „Geriatric“ unterbleiben.

26 Insofern steht auch nach Überzeugung des Senats fest, dass die Erblasserin nach dem Tod ihres vorverstorbenen Ehemannes nicht mehr in der Lage war, eine weitere letztwillige Verfügung von Todes wegen zu errichten.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar a. D. Dr. **Andreas Bernert**, Würzburg

1. Sachverhalt und Streitfrage

Beide Ehegatten sind, ohne Abkömmlinge zu hinterlassen, binnen zehn Tagen verstorben, zuerst der Ehemann, dann die Ehefrau. Zum Zeitpunkt ihres Todes litt die Ehefrau bereits seit über vier Jahren an einem hirnorganischen Psychosyndrom und einer senilen Demenz. Sie war seit Längerem testierunfähig. Im gemeinschaftlichen eigenhändigen Testament hatten sich die Ehegatten gegenseitig als Alleinerben eingesetzt und weiter wörtlich wie folgt (auszugsweise) geregelt:

„Der überlebende Teil bestimmt den Nacherben allein. Bei einem gemeinsamen Tode zum Beispiel Unfall fällt der gesamte Nachlass an unsere Nichte (...)“.

Bei der genannten Nichte handelt es sich um die Nichte der Ehefrau. Nach dem Tod der Ehefrau wurde der Nichte antragsgemäß ein Alleinerbschein beruhend auf gewillkürter Erbfolge erteilt, wogegen eine weitere gesetzliche Erbin der Ehefrau vorging.

Die gesetzliche Erbin trug sinngemäß vor, dass das Testament die Schlusserbfolge für den Fall des nicht gleichzeitigen Versterbens der Ehegatten generell nicht regelt und daher nach der Ehefrau gesetzliche Erbfolge eingetreten sei.

Die Nichte vertrat hingegen, dass sie Erbin geworden sei, da die Ehegatten sie auch für den eingetretenen Fall wirksam zur Erbin eingesetzt hätten.

2. Entscheidung des Gerichts

Das Gericht bestätigte die Ansicht der Nichte. Zwar hätten die Ehegatten den Fall des Ablebens des überlebenden Ehegatten generell nicht geregelt, jedoch erfasse die Anordnung im Testament den eingetretenen Sachverhalt, sodass die Nichte Alleinerbin der Ehefrau geworden sei. Das Gericht untersucht die getroffenen Anordnungen zunächst einzeln (Rdnr. 12-19), bevor es sie einer Gesamtschau unterzieht (Rdnr. 20-22). Erst bei letzterer ergibt sich das von der Nichte erhoffte Ergebnis.

Die Ehegatten hätten mit der getroffenen Formulierung „Der überlebende Ehegatte bestimmt den Nacherben allein“ zum Ausdruck gebracht, dass sie gerade keine Regelung für den Tod des zweiten von ihnen treffen wollten. „Kernfrage“ sei jedoch, ob die Ehegatten mit der gewählten Formulierung „Bei einem gemeinsamen Tode zum Beispiel Unfall“ und der Alleinerbeinsetzung der Nichte für diesen Fall auch den zu entscheidenden Sachverhalt erfassen wollten. Dies hänge von der Auslegung der Klausel ab.

Für die Testamentsauslegung sei nach § 133 BGB der wahre Wille des Erblassers zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung entscheidend, wobei nicht am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften sei. Zunächst verbiete es sich, die Klausel so zu verstehen, als sei die Nichte schlicht generell zur Schlusserbin eingesetzt.

Denn den Fall des Nacheinanderversterbens hätten die Ehegatten ja bewusst nicht geregelt und zwar unabhängig davon, in welchem zeitlichen Abstand sie versterben.

Der Wortlaut der Klausel „Bei einem gemeinsamen Tode zum Beispiel Unfall“ deutet darauf hin, dass der Fall des zeitgleichen Versterbens gemeint sei. Maßgeblich sei hierfür die Verwendung des Wortes „bei“ anstelle etwa von „nach einem“ oder „nach unserem gemeinsamen Tode“. Die Anführung des Beispiels „Unfall“ deutet zudem darauf hin, dass die Erbeinsetzung der Nichte ebenso für den Fall gewollt sei, in dem der Tod beider Ehegatten auf einem einheitlichen Lebenssachverhalt beruhe.

Der zu erforschende wahre Wille der Ehegatten ergebe sich aus der Gesamtregelung, wonach zunächst der überlebende Ehegatte über sein eigenes und das geerbte Vermögen frei verfügen können solle. Die genannte Klausel sei für den Fall gedacht, dass keine „freie“ Schlusserbenbestimmung mehr vorgenommen werden könne. Denkbar hierfür seien zwei Konstellationen:

1. Beide Ehegatten versterben gleichzeitig, sodass der eine den anderen gar nicht beerbe.
2. Die Ehegatten versterben innerhalb eines kürzeren Zeitraums nacheinander entweder aufgrund ein und derselben Ursache oder auch aufgrund verschiedener Ursachen, jedoch in beiden Fällen so, dass der überlebende Ehegatte praktisch keine Möglichkeit mehr habe, ein Testament zu errichten.

Würde man die Klausel – eng dem Wortlaut folgend – so verstehen, dass der zweitgenannte Fall nicht erfasst sei, da die Ehegatten nicht gleichzeitig verstarben, so griffe zunächst die gegenseitige Erbeinsetzung. Allerdings käme es dann zur gesetzlichen Erbfolge nach dem (zufällig) überlebenden Ehegatten, ohne dass hieran überhaupt etwas geändert werden könne.

Es sei jedoch „sinnvoll und naheliegend“, dass die Ehegatten mit ihrer Wortwahl nicht nur die unter vorstehend 1. genannte Konstellation, sondern auch den unter 2. genannten Fall regeln wollten. Das Gericht findet hierzu auch eine Andeutung im Testament, da der Beispielfall „Unfall“ erkennen lasse, dass nicht nur der exakt gleichzeitige Tod, sondern auch ein Nacheinanderversterben unter der Prämisse, dass keine weitere letztwillige Verfügung von Todes wegen errichtet werden könne, erfasst sein solle.

An den Nachweis, dass der überlebende Ehegatte nicht mehr in der Lage gewesen sei, selbst zu testieren, seien strenge Anforderungen zu stellen. Es müsse sichergestellt sein, dass kein Fall des bewussten Nichttestierens trotz entsprechender Fähigkeit hierzu vorliege. Dieser Nachweis könne im Fall aufgrund eines Gutachtens über den Zustand der Ehefrau geführt werden. Die Ehefrau sei nicht in der Lage gewesen, erneut zu testieren. Die Klausel greife daher und die Nichte sei testamentarisch zur Alleinerbin der Ehefrau berufen.

3. Bewertung der Entscheidung

Der Entscheidung ist zuzustimmen. Sie liegt auf der Linie der bislang zu vergleichbaren Fällen ergangenen Rechtsprechung, die sich bereits mit zahlreichen Einzelkonstellationen und Klauselvarianten zu befassen hatte.¹³ Zweifellos bietet sie Anlass zur Wiederholung einiger Aspekte von sog. „Katastrophenklauseln“.¹⁴

Viele Paare regeln in gemeinschaftlichen Testamenten bzw. Erbverträgen gerade in jungen Jahren häufig zunächst nur den ersten Todesfall. Motivation hierfür ist oft der erste gemeinsame Immobilienerwerb, daneben auch die jedenfalls gewünschte gegenseitige Absicherung im Alter. Die Bestimmung der Schlusserben verbleibt in diesen Fällen dem Längerlebenden, der später frei und flexibel entscheiden soll.

Eine Lücke enthielten solche Anordnungen jedoch, wenn die Schlusserbenbestimmung nicht mehr stattfinden kann. Eine solche Unmöglichkeit ist denkbar, wenn entweder beide Partner im Wortsinn gleichzeitig, also im selben Sekundenbruchteil versterben (oder dies nach § 11 VerschG vermutet wird) oder zwar zeitlich versetzt, aber in solchen Umständen, dass der Längerlebende von seiner Testierfreiheit keinen Gebrauch mehr machen kann. Mangels einer Regelung käme es im ersten (sehr seltenen) Fall zur gesetzlichen Erbfolge nach jedem einzelnen Partner.¹⁵ Im zweiten (häufigeren) Fall griffe die gesetzliche Erbfolge nach dem Partner, der länger gelebt hat. Im Zeitpunkt der Errichtung einer letztwilligen Verfügung kann nicht mit Gewissheit vorhergesagt werden, welcher Partner zuerst verstirbt. In aller Regel wollen Paare es jedoch für den Fall, dass der Überlebende zur Bestimmung des Schlusserben nicht mehr in der Lage ist, nicht dem Zufall überlassen, ob das gemeinsame Vermögen bei den gesetzlichen Erben des einen oder des anderen Partners landet.

Diese unerwünschte Lücke sollte durch eine sog. Katastrophenklausel geschlossen werden, mit der die Testierenden eine Regelung für den Fall treffen, dass es nicht mehr zur primär gewünschten freien Bestimmung des Schlusserben durch den Überlebenden kommt. Die am

- 13 OLG Stuttgart, Beschluss vom 29.12.1993, 8 W 583/92, NJW-RR 1994, 592 ff. (Nachversterben binnen eines Tages aufgrund natürlichen Todes); BayObLG, Beschluss vom 30.09.1996, 1 Z BR 42/96, NJW-RR 1997, 329 ff. (Suizid beider Erblasser binnen 30 Minuten); OLG München, Beschluss vom 16.07.2007, 31 Wx 35/07, NJW-RR 2008, 1327 ff. (mit Angaben zu Motiven einer Enterbung); Beschluss vom 24.10.2013, 31 Wx 139/13, NJW-RR 2014, 71 ff. (Wechselbezüglichkeit der Katastrophenklausel); OLG Brandenburg, Beschluss vom 31.01.2019, 3 W 37/18, ZEV 2019, 278 (Schlusserbeneinsetzung bei Formulierung „bei einem gemeinsamen Tod“); BGH, Beschluss vom 19.06.2019, IV ZB 30/18, NJW 2019, 2317 ff. (Schlusserbeneinsetzung mittels Formulierung „bei gleichzeitigem Ableben“).
- 14 Hierzu umfassend auch zu den materiell- und verfahrensrechtlichen Folgen *van Rens/Wolffskeel v. Reichenberg*, ZErB 2015, 116 ff.
- 15 Grüneberg/*Weidlich*, 82. Aufl. 2023, § 2269 Rdnr. 9.

häufigsten anzutreffenden Formulierungen haben ein eindeutig zeitliches Element. Sie lauten etwa „im Falle unseres gleichzeitigen Versterbens“ oder „bei einem gleichzeitigen Tod“. Daneben gibt es solche Klauseln, die nicht unmittelbar durch ein zeitliches Element geprägt sind, zum Beispiel „im Falle eines gemeinsamen Todes“ oder „für den Fall, dass uns beiden etwas zustößt“.

Zumeist sind die Klauseln auslegungsfähig. Über die erläuternde Testamentsauslegung¹⁶ gelangt man in der Regel zu dem Ergebnis, dass auch bei Klauseln mit einem zeitlichen Element über den Wortlaut hinaus ebenso die vorstehend zweitgenannte Konstellation erfasst sein soll, in der die Bestimmung eines Schlusserebenben durch den Überlebenden unmöglich ist. Dieses Ergebnis entspricht regelmäßig dem maßgeblichen, durch Auslegung im Einzelfall zu ermittelnden gemeinsamen wirklichen Willen der Testierenden.¹⁷

In Fällen, in denen der überlebende Ehegatte nicht mehr testieren kann, verstirbt der Überlebende entweder im kurzen zeitlichen Abstand zum Erstversterbenden oder er lebt noch eine signifikante Zeit weiter.¹⁸ Überlebt der Längerlebende den Erstverstorbenen deutlich und haben die Erblasser eine Klausel mit einem eindeutig zeitlichen Element gewählt („gleichzeitig“), so ist durchaus problematisch, ob die Katastrophenklausel greift.¹⁹ Denn obwohl auch in diesen Fällen die Gelegenheit zur Neutestierung nicht gegeben sein mag, so wird die Grenze der Auslegung doch durch den Wortlaut gezogen. Das im Wege der Auslegung gefundene Ergebnis muss darin, um mit den Formvorschriften zur Errichtung letztwilliger Verfügungen in Einklang zu sein, zumindest angedeutet sein.²⁰ Außerdem müssen – wie das OLG München zu Recht betont – an den Nachweis, dass der Überlebende nicht mehr testieren konnte und nicht etwa von seiner negativen Testierfreiheit Gebrauch gemacht hat, hohe Anforderungen gestellt werden.

Klauseln, die kein unmittelbar zeitliches Element beinhalten, bieten hier in der Regel etwas mehr Raum zur Ausle-

gung²¹ und werden teilweise auch so verstanden, als enthielten sie im Sinne der Andeutungstheorie geeignete Anhaltspunkte für eine generelle Schlusserebenbenbestimmung.²² Was auf den ersten Blick aussieht wie eine Katastrophenklausel, kann sich also nach Auslegung als Schlusserebenbenben einsetzung entpuppen. Hätten die Ehegatten im besprochenen Fall des OLG München anstelle von „bei einem gemeinsamen Tod zum Beispiel Unfall“ die Formulierung „nach einem“ oder „im Falle eines“²³ gemeinsamen Tod gewählt, so hätte die Klausel auch unabhängig von der Länge des Zeitraums zwischen den beiden Toden und unabhängig davon, ob die Ehefrau zur Testierung in der Lage war, als Schlusserebenbenben einsetzung der Nichte ausgelegt werden können. In gewisser Weise hat die Nichte also wohl Glück gehabt: Die Ehegatten hatten eine eher weite Formulierung gewählt („gemeinsamer Tod“), dieser jedoch ein zeitliches Element („bei“ sowie „zum Beispiel Unfall“) hinzugefügt und sie damit eingeschränkt. Verstorben sind sie dann binnen eines kurzen Zeitraums. Ob das OLG München ebenso entschieden hätte, wenn der Tod der Ehefrau deutlich später eingetreten wäre, ist ungewiss. Der Auslegung der Klausel durch das Gericht, wonach durch die Nutzung von „bei“ ein zeitliches Element gewählt wurde, überzeugt, gerade aufgrund der Nennung des Beispielsfalls „Unfall“. Dass man in jedem Fall, in dem das Wort „bei“ verwendet wird, nun von einer Klausel mit einem zeitlichen Element ausgehen muss, ist hiermit meines Erachtens jedoch nicht gesagt. Das OLG Brandenburg hat die Formulierung „bei einem gemeinsamen Tod“ ohne den Zusatz „zum Beispiel Unfall“ als allgemeine Schlusserebenbenben einsetzung verstanden.²⁴ Es kommt also stets auf den Einzelfall an.

Die Entscheidung fügt sich ein in die bislang entwickelte Dogmatik zur Auslegung von Katastrophenklauseln, zeigt allerdings auch, welche große Vorsicht bei deren Formulierung geboten ist. Der häufig erst durch Auslegung zu ermittelnde Inhalt reicht von den Fällen des wahrlich gleichzeitigen Versterbens bis hin zu einer allgemeinen Schlusserebenbenben einsetzung. Für die notarielle Praxis sollte die Entscheidung Mahnung sein, gerade in komplizierteren letztwilligen Verfügungen nicht ungeprüft in den Abschnitt sonstiger Bestimmungen eine allgemein gehaltene Klausel aufzunehmen, wonach „Vorstehendes für den Fall des gleichzeitigen Versterbens entsprechend gilt“. Auch sollte bei der gelegentlich zwischen Tür und Angel nachgefragten Prüfung von handschriftlichen gemeinschaftlichen Testamenten der Katastrophenklausel Aufmerksamkeit geschenkt werden. Eine missglückte Formulierung kann durchaus Gelegenheit bieten, die Erblasser von den Vorzügen notarieller Verfügungen zu überzeugen.

16 Hierzu Grüneberg/Weidlich, § 2084 Rdnr. 1 ff. sowie MünchKomm-BGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, § 2084 Rdnr. 8 ff., dort als „einfache“ Auslegung in Abgrenzung zur „erläuternden“ Auslegung bezeichnet.

17 MünchKomm-BGB/Musielak, § 2269 Rdnr. 25; Grüneberg/Weidlich, § 2269 Rdnr. 9; OLG Brandenburg, Beschluss vom 31.01.2019, 3 W 37/18, ZEV 2019, 278, 279.

18 So etwa im Fall des OLG Nürnberg, Beschluss vom 23.01.2014, 15 W 2060/13, ZErB 2015, 130 ff., in welchem zwischen den beiden Todesfällen 15 Wochen und vier Tage lagen; zu Recht kritisch hierzu *van Rens/Wolffskeel v. Reichenberg*, ZErB 2015, 116 ff.

19 BGH, Beschluss vom 19.06.2019, IV ZB 30/18, NJW 2019, 2317, 2318; *van Rens/Wolffskeel v. Reichenberg*, ZErB 2015, 116 (118).

20 BGH, Beschluss vom 09.04.1981, IVa ZB 6/80, NJW 1981, 1736 ff.; OLG Brandenburg, Beschluss vom 31.01.2019, 3 W 37/18, ZEV 2019, 278 ff.; BGH, Beschluss vom 19.06.2019, IV ZB 30/18, NJW 2019, 2317, 2318; st. Rspr.

21 Grüneberg/Weidlich, § 2269 Rdnr. 9a; MünchKomm-BGB/Musielak, § 2269 Rdnr. 25.

22 Grüneberg/Weidlich, § 2269 Rdnr. 9a.

23 KG, Beschluss vom 15.01.2019, 6 W 45/19, ErbR 2020, 407 ff.

24 OLG Brandenburg, Beschluss vom 31.01.2019, 3 W 37/18, ZEV 2019, 278 ff.

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

13. Keine (analoge) Anwendung des § 179a AktG auf Gesamtvermögensgeschäfte einer KG

BGH, Urteil vom 15.02.2022, II ZR 235/20 (Vorinstanz: OLG Stuttgart, Urteil vom 22.04.2020, 20 U 19/18)

AktG § 179a

LEITSATZ:

§ 179a AktG ist auf die Kommanditgesellschaft nicht analog anwendbar (Aufgabe von BGH, Urteil vom 09.01.1995, II ZR 24/94, ZIP 1995, 278, 279).

SACHVERHALT:

1 Die Klägerin ist eine Kommanditgesellschaft, die sich seit 27.04.1998 in Liquidation befindet. Kommanditisten der Klägerin waren die Streithelfer der Beklagten Dr. G B und Dr. J B mit einer Einlage von jeweils 30.000 DM, E B mit einer Einlage von 60.000 DM, A S mit einer Einlage von 24.000 DM und F S mit einer Einlage von 16.000 DM. Komplementärin der Klägerin war die L-Beteiligungs GmbH, deren Geschäftsführer die Streithelfer der Beklagten waren. Die Beklagte, an der die Klägerin einen Kommanditanteil von 15.600 DM hielt, ist die Herausgeberin der S Zeitung.

2 Die Parteien schlossen am 10.02.1949 einen als solchen bezeichneten „Druckvertrag“, mit dem die Beklagte die Klägerin mit der Herstellung und dem Vertrieb der Lokalausgabe der S Zeitung für den Bereich S beauftragte. Am 26.01.1989 wurde die M GmbH & Co. KG V (im Folgenden: V) gegründet. Komplementärin war die M Verwaltungs-GmbH (im Folgenden: Verwaltungs-GmbH), deren einzige Gesellschafterin mit einem Anteil von 50.000 DM die Klägerin war. Den einzigen Kommanditanteil an der V von 500.000 DM hielt ebenfalls die Klägerin. In der Folgezeit bediente sich die Klägerin der V, um ihre Verpflichtungen aus dem Druckvertrag gegenüber der Beklagten zu erfüllen.

3 In der Gesellschafterversammlung der Klägerin vom 23.02.1998 wurde gegen die Stimme des A S ein Beschluss zur Sanierung der L-Gruppe gefasst, der auszugsweise wie folgt lautet:

„Eine Sanierung der L-Gruppe soll dadurch erfolgen, dass die Geschäftsführung der M GmbH & Co. KG [Klägerin] bzw. (...) auf der Basis der vorliegenden Angebote Vermögenswerte insgesamt oder einzeln veräußern:

– (...)

– Verkauf der Beteiligungen am S Verlag, (...)⁴

4 A S ging im einstweiligen Verfügungsverfahren hiergegen vor. Am 25.02.1998 stimmte er in einem zwischen den Gesellschaftern der Klägerin unter Beitritt der V geschlossenen gerichtlichen Vergleich dem Gesellschafterbeschluss zu.

5 Am 02.04.1998 schlossen die Parteien einen Kauf- und Übertragungsvertrag mit Entschuldungsvereinbarung. Darin wurden unter anderem der Kommanditanteil der Klägerin an der Beklagten über 15.600 DM an die Beklagte verkauft, der Kommanditanteil der Klägerin an der V über 500.000 DM an die Beklagte verkauft und abgetreten, der Geschäftsanteil an der Verwaltungs-GmbH an die Beklagte verkauft, sowie vereinbart, dass die V anstelle der Klägerin mit Wirkung zum 01.04.1998 in sämtliche Rechte und Pflichten des zwischen der Klägerin und der Beklagten am 10.02.1949 abgeschlossenen Druckvertrags eintritt. Als Kaufpreis für die drei Beteiligungen wurden 6.400.000 DM vereinbart. Der Kauf- und Übertragungsvertrag wurde von allen Gesellschaftern der Klägerin mit

Ausnahme von A S und für die Beklagte von deren einzelvertretungsberechtigten Prokuristen unterschrieben.

6 Mit notarieller Urkunde vom selben Tag wurde der Geschäftsanteil an der Verwaltungs-GmbH an die Beklagte abgetreten. In einem als „Zustimmungsvereinbarung“ bezeichneten Vertrag zwischen der Klägerin, der Beklagten, der V und Rechtsanwalt Dr. F wurde der Kommanditanteil an der Beklagten, der nach den Vorstellungen der Parteien von Dr. F treuhänderisch für die Klägerin gehalten wurde, nach Auflösung des Treuhandverhältnisses an die V abgetreten. Nach dem Vertragstext nahm die V die Abtretung an.

7 Am 27.04.1998 fasste die Gesellschafterversammlung der Klägerin einen Liquidationsbeschluss. Ein hiergegen von A S eingeleitetes einstweiliges Verfügungsverfahren blieb in zweiter Instanz erfolglos. Als Liquidatorin der Klägerin war zunächst die Komplementärin der Klägerin bestellt. Durch Gerichtsbeschluss vom 08.12.2006 wurde diese abberufen. Am 31.05.2007 wurde ein neuer Liquidator bestellt.

8 Das Begehren der Klägerin ist im Wesentlichen auf die Feststellung des Fortbestands der übertragenen Beteiligungen bzw. auf Rückübertragung gerichtet. Darüber hinaus macht sie Auskunftsansprüche in Bezug auf gezogene Nutzungen geltend und verlangt die Feststellung des Fortbestands des Druckvertrags. Das LG hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung hatte keinen Erfolg. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre zuletzt gestellten Anträge weiter.

AUS DEN GRÜNDEN:

9 Die Revision der Klägerin hat keinen Erfolg.

10 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, ausgeführt:

11 Die Klägerin sei nicht mehr Kommanditistin der V und könne auch nicht Rückübertragung des Kommanditanteils und der Anteile an der Verwaltungs-GmbH verlangen, denn der Kauf- und Übertragungsvertrag vom 02.04.1998 sei wirksam.

12 Der Kauf- und Übertragungsvertrag sei nicht analog § 179a Abs. 1 Satz 1 AktG nichtig. Es könne offenbleiben, ob beim Abschluss des Kauf- und Übertragungsvertrags von einer Übertragung des gesamten Gesellschaftsvermögens im Sinne der Vorschrift ausgegangen werden könne. Auch habe die im Sinne der Vorschrift erforderliche Zustimmung der Gesellschafterversammlung gefehlt, weil diese sich auf den vollständigen schriftlich ausformulierten Vertragsentwurf beziehen müsse, der zum Zeitpunkt der Fassung des Sanierungsbeschlusses am 23.02.1998 nicht vorgelegen habe. Hierauf komme es aber nicht an, weil eine analoge Anwendung der Vorschrift auf die Kommanditgesellschaft abzulehnen sei, was sich aus der zur GmbH ergangenen Entscheidung des BGH vom 08.01.2019 ergebe, mit der dessen frühere zur Kommanditgesellschaft ergangene Rechtsprechung aufgegeben worden sei.

13 Es liege auch kein zur Unwirksamkeit des Kauf- und Übertragungsvertrags führender erkennbarer Missbrauch der Vertretungsmacht durch die Streithelfer als Vertreter der Klägerin vor. Es könne offenbleiben, ob die Beschlussfassung vom 23.02.1998 über den Verkauf der Beteiligungen und Grundstücke als Zustimmung zum späteren Kauf- und Übertragungsvertrag vom 02.04.1998 genügt habe. Offenbleiben könne auch, ob die Beklagte oder der sie bei

den Vertragsverhandlungen vertretende Rechtsanwalt Dr. F das Erfordernis und das Fehlen einer Beschlussfassung erkannt habe oder habe erkennen müssen. Denn die Klägerin habe das Rechtsgeschäft mit dem Liquidationsbeschluss vom 27.04.1998 genehmigt, dem vier von fünf Gesellschaftern zugestimmt hätten. Den Beteiligten sei bei der Beschlussfassung bekannt gewesen, dass der Liquidationsbeschluss zwingend die Wirksamkeit des Kauf- und Übertragungsvertrags vorausgesetzt habe, weshalb in dem Beschluss eine konkludente Genehmigung zu sehen sei.

14 Da weder in Bezug auf den Kommanditanteil an der V noch auf den Geschäftsanteil an der Verwaltungs-GmbH Ansprüche der Klägerin bestünden, seien auch Ansprüche auf Auskunftserteilung über daraus gezogene Nutzungen und daraus folgende Zahlungsansprüche zu verneinen.

15 Der Fortbestand des Druckvertrags zwischen den Parteien könne nicht festgestellt werden, weil mit dem Kauf- und Übertragungsvertrag eine Vertragsübernahme vorliege und die V an dem Abschluss des Vertrags jedenfalls insoweit beteiligt gewesen sei, auch wenn sie im Rubrum nicht erwähnt werde. Außerdem habe im nachvertraglichen Verhalten der V eine konkludente Genehmigung der von der Klägerin vorgenommenen Verfügung gelegen.

16 Es könne nicht festgestellt werden, dass die Klägerin den Kommanditanteil an der Beklagten noch halte oder diese zu einer Rückübertragung verpflichtet sei. Die dingliche Übertragung sei wirksam, wobei offenbleiben könne, ob die Sicherungsabtretung der Klägerin vom 25./27.02.1998 an Dr. F als Treuhänder wirksam sei. Denn jedenfalls habe dieser aufgrund der in der Zustimmungsvereinbarung vom 02.04.1998 zu sehenden Anweisung der Klägerin wirksam über die Anteile an der Beklagten verfügt. Die für den Anteilsübergang auf die V erforderliche Zustimmung der Gesellschafter der Beklagten habe vorgelegen, was sich aus dem Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 30.03.1998 ergebe.

17 II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Prüfung stand.

18 1. Ohne Erfolg macht die Revision geltend, der Kauf- und Übertragungsvertrag vom 02.04.1998 sei unwirksam, weil es an einer analog § 179a Abs. 1 Satz 1 AktG erforderlichen Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung der Klägerin über den Vertrag fehle, weshalb die Abtretung des Kommanditanteils an der V unwirksam sei, die Klägerin Rückübertragung der in Umsetzung des Vertrags übertragenen weiteren Gesellschaftsanteile verlangen könne und Partei des Druckvertrags geblieben sei. § 179a Abs. 1 Satz 1 AktG ist auf die Kommanditgesellschaft nicht analog anwendbar.

19 a) Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob mit dem Abschluss des Kauf- und Übertragungsvertrags von einer Übertragung des gesamten Gesellschaftsvermögens im Sinne von § 179a AktG ausgegangen werden müsse. Für die Revisionsinstanz ist das zu unterstellen.

20 b) Nachdem der BGH zunächst offengelassen hatte, ob § 361 Abs. 1 AktG a. F. als Vorgängervorschrift von § 179a

AktG auf die Kommanditgesellschaft entsprechende Anwendung findet (BGH, Urteil vom 08.07.1991, II ZR 246/90, ZIP 1991, 1066, 1067), hat er den Rechtsgedanken der Norm später auf eine Kommanditgesellschaft, die das von ihr betriebene, ihr gesamtes Vermögen darstellende Unternehmen veräußerte, erstreckt (BGH, Urteil vom 09.01.1995, II ZR 24/94, ZIP 1995, 278, 279). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat der Senat diese Rechtsprechung in seinem Urteil vom 08.01.2019 (BGH, Urteil vom 08.01.2019, II ZR 364/18, BGHZ 220, 354) nicht aufgegeben, sondern lediglich entschieden, dass § 179a AktG nicht auf die GmbH anwendbar ist. Mit der Frage, was bei der Kommanditgesellschaft gilt, befasst sich die Entscheidung nicht.

21 Die entsprechende Anwendung von § 179a AktG auf die Kommanditgesellschaft wird in Teilen der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung und des Schrifttums befürwortet (OLG Düsseldorf, ZIP 2018, 72, 75 f.; *Fink/Chilevych*, NZG 2017, 1254; *Goette*, DStR 1995, 425, 426; *Heinze*, NJW 2019, 1995, 1997; *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 88 f.; *K. Schmidt*, ZGR 1995, 675, 679 f.; *Stellmann/Stoeckle*, WM 2011, 1983 f.; *Weber*, DNotZ 2018, 96, 122 f.; *Widder/Feigen*, NZG 2018, 972, 973; *Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Haas*, HGB, 5. Aufl., § 126 Rdnr. 4; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Hillmann*, HGB, 4. Aufl., § 126 Rdnr. 9; *Staub/Habersack*, HGB, 5. Aufl., § 126 Rdnr. 16; *Heidel/Wagner*, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl., § 179a AktG Rdnr. 20; a. A. OLG Stuttgart, ZIP 2010, 131, 133; *Bredol/Natterer*, ZIP 2015, 1419, 1421 f.; *Bredthauer*, NZG 2008, 816, 819; *Eschwey*, MittBayNot 2018, 299, 309 f.; *Hadding* in FS Lutter, 2000, S. 851, 862 ff.).

22 Nach der Ablehnung der entsprechenden Anwendung des § 179a AktG auf die GmbH durch den Senat mehrten sich die Stimmen, die eine Analogie auch für die Kommanditgesellschaft verneinen (*Bergmann* in FS Vetter, 2019, S. 79, 86 f.; *Berkefeld*, DNotZ 2020, 85, 94; *Götze*, NZG 2019, 695, 696; *Heckschen*, AG 2019, 420, 422; *Mack*, MittBayNot 2019, 491, 495; *Meier*, DNotZ 2020, 246, 249 f.; *Meyer*, GmbHR 2019, 973, 978 f.; *Wachter*, DB 2019, 1078, 1079; *Hüffer/Koch*, AktG, 15. Aufl., § 179a Rdnr. 1; *BeckOGK-AktG/Holzborn*, Stand: 01.09.2021, § 179a Rdnr. 14; *MünchKomm-AktG/Stein*, 5. Aufl., § 179a Rdnr. 14).

23 c) Der Senat hält an seiner Rechtsprechung nicht fest. § 179a AktG ist auf die Kommanditgesellschaft nicht analog anwendbar.

24 aa) Die Gesetzgebungsgeschichte von § 179a AktG gibt keinen Anhaltspunkt für eine analoge Anwendung der Norm auf die Kommanditgesellschaft. Die aktienrechtliche Gesetzesentwicklung zeigt lediglich einen auf die Aktionäre ausgerichteten Schutzzweck der Vorschrift (BGH, Urteil vom 08.01.2019, II ZR 364/18, BGHZ 220, 354 Rdnr. 17 ff.).

25 bb) Eine Analogie setzt voraus, dass das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke aufweist und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Er-

lass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (BGH, Urteil vom 08.01.2019, II ZR 364/18, BGHZ 220, 354 Rdnr. 14 m. w. N.). Jedenfalls ein solcher vergleichbarer Sachverhalt liegt nicht vor.

26 (1) Dem Schutzanliegen von § 179a AktG, die gesellschaftsinterne Kontrolle der Geschäftsführung bei Gesamtvermögensgeschäften durch die Beteiligung der Gesellschafter zu gewährleisten, wird bei der Kommanditgesellschaft auch ohne entsprechende Anwendung der Norm durch einen gesetzlich verankerten Beschlussvorbehalt Rechnung getragen. Deshalb fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke und eine systemfremde Beschränkung der Vertretungsmacht des Geschäftsführers mit Außenwirkung und die damit einhergehende Beeinträchtigung des redlichen Rechtsverkehrs, mit der Rechtsunsicherheit hervorgerufen und Haftungsrisiken geschaffen werden, verbietet sich.

27 Zur Vornahme eines über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehenden Geschäfts muss die Geschäftsleitung gemäß § 116 Abs. 2, § 119 Abs. 1, § 161 Abs. 2, § 164 HGB bei der Kommanditgesellschaft einen zustimmenden Beschluss sämtlicher Gesellschafter unter Einschluss der Kommanditisten einholen, sofern nicht nach dem Gesellschaftsvertrag eine Mehrheitsentscheidung zulässig ist (RGZ 158, 305, 307; BGH, Urteil vom 11.02.1980, II ZR 41/79, BGHZ 76, 160, 164; Urteil vom 19.04.2016, II ZR 123/15, ZIP 2016, 1332 Rdnr. 29; Urteil vom 11.09.2018, II ZR 307/16, ZIP 2018, 2024 Rdnr. 15, 17, 20). Die rechtzeitige Beteiligung der Gesellschafter wird dadurch sichergestellt, dass die Geschäftsleitung das Geschäft den Kommanditisten gegenüber vor dem Abschluss offenzulegen und deren Stellungnahme abzuwarten hat (BeckOGK-HGB/Notz/Zinger, Stand: 15.01.2021, § 164 Rdnr. 24; Heidel/Schall/Eberl, HGB, 3. Aufl., § 164 Rdnr. 7; Oetker/Oetker, HGB, 7. Aufl., § 164 Rdnr. 12; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Weipert, HGB, § 164 Rdnr. 9; Münch-Komm-HGB/Grunewald, 4. Aufl., § 164 Rdnr. 11; Staub/Casper, HGB, § 164 Rdnr. 12).

28 Außergewöhnlich im Sinne des § 116 Abs. 1 und 2 HGB sind Geschäfte dann, wenn sie nach ihrem Inhalt und Zweck oder nach ihrer Bedeutung und den mit ihnen verbundenen Gefahren über den gewöhnlichen Rahmen des Geschäftsbetriebs der Gesellschaft hinausgehen (vgl. BGH, Urteil vom 13.01.1954, II ZR 6/53, BB 1954, 143; Urteil vom 11.02.1980, II ZR 41/79, BGHZ 76, 160, 162 f.). Die Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens einer Kommanditgesellschaft erfüllt in aller Regel diese Voraussetzungen (RGZ 162, 370, 372; Bergmann in FS Vetter, 2019, S. 79, 91; Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 311 f.; Götze, NZG 2019, 695, 696; Hadding in FS Lutter, 2000, S. 851, 861; Mack, MittBayNot 2019, 491, 495; Meier, DNotZ 2020, 246, 255).

29 Nichts anderes würde gelten, wenn man ein Gesamtvermögensgeschäft als Grundlagengeschäft einordnen würde (so Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Weipert, HGB, § 164 Rdnr. 10 f.; Staub/Schäfer, HGB, § 116 Rdnr. 8; ablehnend Bergmann in FS Vetter, 2019, S. 79, 87; Eschwey, MittBayNot

2018, 299, 311 f.; Hadding in FS Lutter, 2000, S. 851, 861; Meier, DNotZ 2020, 246, 254 f.; BFH, HFR 2009, 129, 130). Auch ein Grundlagengeschäft setzt einen Beschluss aller Gesellschafter voraus, sofern nicht nach dem Gesellschaftsvertrag eine Mehrheitsentscheidung zulässig ist (vgl. BGH, Urteil vom 11.02.1980, II ZR 41/79, BGHZ 76, 160, 164; Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 310; Götze, NZG 2019, 695, 696; Mack, MittBayNot 2019, 491, 495; BeckOGK-HGB/Scholl/Fischer, Stand: 15.07.2021, § 114 Rdnr. 24, § 116 Rdnr. 7; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Drescher, HGB, § 116 Rdnr. 2).

30 Das Beschlusserfordernis sichert nicht nur das Kontrollrecht der Gesellschafterversammlung in ihrer Gesamtheit, sondern schützt zudem Minderheitsgesellschafter vor einer unangemessenen Vertragsgestaltung oder einer Selbstbedienung des Mehrheitsgesellschafters. Der Minderheitsgesellschafter kann einen vom Mehrheitsgesellschaftler gefassten Beschluss durch Klage gerichtlich überprüfen lassen und versuchen, den Vollzug eines nachteiligen Geschäfts zu verhindern.

31 (2) Die Einflussmöglichkeiten der Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft auf die Geschäftsleitung sind für die Beantwortung der Frage nach der analogen Anwendung von § 179a AktG nachrangig. Selbst wenn man dies anders sehen wollte, sind die strukturellen Unterschiede zur Aktiengesellschaft derart ausgeprägt, dass dies ebenfalls gegen eine entsprechende Anwendung von § 179a AktG auf die Kommanditgesellschaft spricht. Im Unterschied zu der auf Machtbalance der einzelnen Organe abzielenden und die Aktionäre von der unmittelbaren Einflussnahme auf die Geschäftsführung der Gesellschaft ausschließenden Verfassung der Aktiengesellschaft ist der unmittelbare Einfluss der Kommanditisten auf die Geschäftsführung erheblich. Im Hinblick auf die hieraus folgende geringere Schutzbedürftigkeit der Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft ist eine Analogie abzulehnen.

32 Bei einem Vergleich der Kontroll- und Informationsrechte der Gesellschafter lässt sich allerdings keine geringere Schutzbedürftigkeit der Kommanditisten feststellen. Das Kontroll- und Informationsrecht des Aktionärs beschränkt sich im Wesentlichen auf die Hauptversammlung und die Gegenstände der Tagesordnung (BGH, Beschluss vom 06.03.1997, II ZB 4/96, BGHZ 135, 48, 54). Das Auskunftsrecht wird unter anderem durch das Kriterium der Erforderlichkeit in § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG und durch das Auskunftsverweigerungsrecht des Vorstands aus § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AktG begrenzt (vgl. BGH, Beschluss vom 14.01.2014, II ZB 5/12, ZIP 2014, 671 Rdnr. 25 f. - Porsche SE; Beschluss vom 05.11.2013, II ZB 28/12, BGHZ 198, 354 Rdnr. 20 f.). In diesen Grenzen ist es aber umfassend und bezieht sich auch auf Angelegenheiten der laufenden Geschäftsführung. Dem Kommanditisten steht neben seinem gegenständig beschränkten Informationsrecht nach § 166 Abs. 1 HGB ein Kontrollrecht nach § 166 Abs. 3 HGB bei Vorliegen eines wichtigen Grunds zu. Dieses umfasst zwar neben den Auskünften, die der Prüfung des Jahresabschlusses dienen oder zum Verständnis des Jahresabschlusses erforderlich sind, auch Auskünfte über die Geschäftsführung des Kom-

plementärs allgemein und die damit im Zusammenhang stehenden Unterlagen (BGH, Beschluss vom 14.06.2016, II ZB 10/15, BGHZ 210, 363 Rdnr. 13). Es handelt sich aber um kein allgemeines Auskunfts- und Einsichtsrecht des Kommanditisten, sondern rechtfertigt von vornherein nur die Zuerkennung solcher Informations- und Aufklärungsrechte, die zur Durchsetzung gesellschaftsvertraglicher Rechte bzw. zur Wahrung berechtigter Interessen des Kommanditisten geeignet und angemessen sind. Das außerordentliche Informationsrecht wird insoweit durch das Informationsbedürfnis des Kommanditisten begrenzt, das sich aus dem wichtigen Grund ergibt (BGH, Beschluss vom 14.06.2016, II ZB 10/15, BGHZ 210, 363 Rdnr. 23 m. w. N.).

33 Gegen die entsprechende Anwendung von § 179a AktG spricht aber die stärkere Einflussmöglichkeit von Gesellschaftern einer Kommanditgesellschaft auf die Geschäftsführung und die hieraus folgende geringere Schutzbedürftigkeit. Das Aktienrecht enthält in §§ 76 ff. und 111 ff. AktG Kompetenzzuweisungen hinsichtlich der Wahrnehmung der Leitungs- und der Überwachungsaufgaben der Gesellschaft, auf die die Aktionäre in sehr beschränktem Maße Einfluss nehmen können (vgl. BGH, Beschluss vom 06.03.1997, II ZB 4/96, BGHZ 135, 48, 53 f.; Urteil vom 08.01.2019, II ZR 364/18, BGHZ 220, 354 Rdnr. 34). Vor allem über Fragen der Geschäftsführung kann die Hauptversammlung für den Vorstand bindend nach § 119 Abs. 2 AktG nur entscheiden, wenn der Vorstand es verlangt (BGH, Urteil vom 08.01.2019, II ZR 364/18, BGHZ 220, 354 Rdnr. 34 m. w. N.). Ob der Vorstand dies verlangt, steht grundsätzlich in seinem Ermessen (BGH, Urteil vom 25.02.1982, II ZR 174/80, BGHZ 83, 122, 131; Henssler/Strohn/Liebscher, GesR, 5. Aufl., § 119 AktG Rdnr. 9; BeckOGK-AktG/Hoffmann, § 119 Rdnr. 17; Hüffer/Koch, AktG, § 119 Rdnr. 13; K. Schmidt/Lutter/Spindler, AktG, 4. Aufl., § 119 Rdnr. 17; MünchKomm-AktG/Kubis, § 119 Rdnr. 22; KK-AktG/Tröger, 3. Aufl., § 119 Rdnr. 62; Grobkomm. AktG/Mülbert, 5. Aufl., § 119 Rdnr. 119). Demgegenüber hat die Komplementärin stets nach § 116 Abs. 2 HGB die Zustimmung der Gesellschafter zu Fragen der Geschäftsführung einzuholen, wenn ein Geschäft über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgeht. Darüber hinaus kann der Gesellschaftsvertrag der Gesellschafterversammlung die Befugnis einräumen, der Geschäftsführung Weisungen in Angelegenheiten der Geschäftsführung zu erteilen (BGH, Urteil vom 11.09.2018, II ZR 307/16, ZIP 2018, 2024 Rdnr. 34).

34 cc) Gegen eine Analogie spricht auch bei der Kommanditgesellschaft zudem, dass diese ohne unmittelbare gesetzliche Grundlage ein tragendes Prinzip des Rechts der Handelsgesellschaften gefährden würde. § 126 Abs. 2 HGB, der die Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers im Außenverhältnis statuiert, ist wie die parallelen Vorschriften § 37 Abs. 2 GmbHG, § 82 Abs. 1 AktG, § 27 Abs. 2 GenG oder § 50 Abs. 1 HGB Ausdruck des Prinzips, dass der Handelsverkehr auf dem Gebiet der rechtsgeschäftlichen und organschaftlichen Vertretungsbefugnis klare Verhältnisse erfordert. Für den Dritten, der mit einem Vertreter einer Handelsgesellschaft ein Rechtsgeschäft abschließt oder Erklärungen

entgegennimmt, ist es, wenn nicht praktisch undurchführbar, so jedenfalls unzumutbar, sich in jedem Einzelfall über den Umfang der Vertretungsbefugnis des anderen Teils zu informieren. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber gerade bei den Handelsgesellschaften den Umfang der organschaftlichen Vertretungsbefugnis zwingend festgelegt (BGH, Urteil vom 20.09.1962, II ZR 209/61, BGHZ 38, 26, 33; Urteil vom 23.06.1997, II ZR 353/95, ZIP 1997, 1419, 1420; Urteil vom 18.10.2017, I ZR 6/16, ZIP 2018, 214 Rdnr. 21 – media control m. w. N.; Urteil vom 08.01.2019, II ZR 364/18, BGHZ 220, 354 Rdnr. 31).

35 Dieser Gedanke erlangt bei der Kommanditgesellschaft besonderes Gewicht, weil der jeweilige Vertragspartner der Gesellschaft das Vorliegen eines Gesamtvermögensgeschäfts in der Regel nicht zuverlässig beurteilen kann. Eine quantitative Abgrenzung nach dem Wertverhältnis des zu übertragenden und des verbleibenden Vermögens der Gesellschaft ist erschwert, weil die Vermögenssituation der Personengesellschaft und der Wert ihrer Vermögensgegenstände aufgrund der geringeren Bilanzpublizität nur eingeschränkt offengelegt wird. Hinzu kommt, dass der Rechtsverkehr bei den Personengesellschaften typischerweise von einer engeren internen Abstimmung zwischen Geschäftsführern und Gesellschaftern als bei einer Aktiengesellschaft ausgehen kann, was in die Abwägung mit dem Schutzbedürfnis der Gesellschafter einzustellen ist (Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 311; Grunewald, JZ 1995, 577, 578).

36 dd) Ob eine entsprechende Anwendung von § 179a AktG auf die Kommanditgesellschaft auch bei Publikumspersonengesellschaften ausscheidet, bei denen die Struktur einer Aktiengesellschaft angenähert ist und die Einwirkungsmöglichkeiten des Kommanditisten denjenigen eines Aktionärs vergleichbar gering sind, bedarf keiner Entscheidung.

37 2. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht die Unwirksamkeit des Kauf- und Übertragungsvertrags nach den Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht verneint, weil die Gesellschafter der Klägerin den Vertrag mit dem Liquidationsbeschluss vom 27.04.1998 genehmigt haben.

38 a) Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass ein unter Missbrauch der Vertretungsmacht abgeschlossenes Rechtsgeschäft in entsprechender Anwendung des § 177 Abs. 1 BGB genehmigt werden kann (BGH, Urteil vom 06.05.1999, VII ZR 132/97, BGHZ 141, 357, 364; Beschluss vom 20.06.2007, IV ZR 288/06, MittBayNot 2008, 67 Rdnr. 5; Urteil vom 18.10.2017, I ZR 6/16, ZIP 2018, 214 Rdnr. 24 – media control). Dies gilt auch bei organschaftlicher Vertretung (BGH, Beschluss vom 20.06.2007, IV ZR 288/06, MittBayNot 2008, 67 Rdnr. 4; Urteil vom 18.10.2017, I ZR 6/16, ZIP 2018, 214 Rdnr. 24 – media control). Missachtet ein Geschäftsführer einen Zustimmungsvorbehalt, ist die Person bzw. das Gremium zur Erteilung der Genehmigung befugt, in dessen Kompetenz die übergangene Zustimmung fällt (vgl. BGH, Urteil vom 30.03.1953, IV ZR 176/52, GRUR 1953, 446, 447; Urteil vom 19.12.1988, II ZR 74/88, ZIP 1989, 294, 295; Urteil vom 29.11.2004, II ZR

364/02, ZIP 2005, 348 Rdnr. 16). Die gemäß § 184 Abs. 1 BGB ex tunc wirkende Genehmigung kann auch konkludent erteilt werden (BGH, Urteil vom 02.04.2004, V ZR 107/03, NJW 2004, 2382, 2383; Urteil vom 17.11.2014, I ZR 97/13, GRUR 2015, 187 Rdnr. 22, 34 f.; Urteil vom 25.03.2015, VIII ZR 125/14, NJW 2015, 2584 Rdnr. 49; Urteil vom 09.01.2018, XI ZR 17/15, BGHZ 217, 178 Rdnr. 53; Urteil vom 15.04.2021, III ZR 139/20, BGHZ 229, 299 Rdnr. 25).

39 b) Das Berufungsgericht hat eine konkludente Genehmigung des allen Gesellschaftern bekannten Kauf- und Übertragungsvertrags durch den mit qualifizierter Mehrheit allein gegen die Stimme des A S gefassten Liquidationsbeschluss angenommen. Die Auslegung des Berufungsgerichts ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Ob konkludent genehmigt wurde, ist durch eine im Revisionsverfahren nur eingeschränkt überprüfbare Auslegung der Umstände zu ermitteln (BGH, Urteil vom 07.11.2001, VIII ZR 13/01, BGHZ 149, 129, 134; Urteil vom 15.04.2021, III ZR 139/20, BGHZ 229, 299 Rdnr. 25).

40 Eine Genehmigung schwebend unwirksamer Geschäfte durch schlüssiges Verhalten setzt allerdings regelmäßig voraus, dass der Genehmigende die Unwirksamkeit kennt oder zumindest mit ihr rechnet und in seinem Verhalten der Ausdruck des Willens zu sehen ist, das bisher als unverbindlich angesehene Geschäft verbindlich werden zu lassen (BGH, Urteil vom 16.09.2003, XI ZR 74/02, BKR 2003, 942, 944; Urteil vom 29.11.2004, II ZR 364/02, ZIP 2005, 348 Rdnr. 14; Urteil vom 22.02.2005, XI ZR 41/04, NJW 2005, 1488, 1490; Urteil vom 17.11.2014, I ZR 97/13, GRUR 2015, 187 Rdnr. 36; Urteil vom 14.01.2016, III ZR 107/15, NJW 2016, 3027 Rdnr. 29; Urteil vom 09.01.2018, XI ZR 17/15, BGHZ 217, 178 Rdnr. 53; offengelassen Urteil vom 19.12.1988, II ZR 74/88, ZIP 1989, 294, 295). Entgegen der Auffassung der Revision weicht das Berufungsgericht von dieser Rechtsprechung nicht ab, wenn es ausführt, der Liquidationsbeschluss habe zwingend die Wirksamkeit des Kauf- und Übertragungsvertrags vorausgesetzt und dies sei den Beteiligten bekannt gewesen. Die von der Revision in diesem Zusammenhang erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet. Von einer Begründung wird abgesehen (§ 564 ZPO).

41 3. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler den Antrag auf Feststellung, dass der Druckvertrag vom 10.02.1949 zwischen den Parteien fortbestehe, zurückgewiesen, weil die V durch die Vereinbarung im Kauf- und Übertragungsvertrag wirksam an Stelle der Klägerin in den Vertrag eingetreten ist.

42 Dabei kann dahinstehen, ob, was die Revision in Abrede stellt, die V bei Abschluss des Kauf- und Übertragungsvertrags wirksam vertreten war. Das Berufungsgericht hat angenommen, dass im nachvertraglichen Verhalten der V jedenfalls eine konkludente Genehmigung der Übertragung der Rechte und Pflichten aus dem Druckvertrag auf die V lag. Diese Auslegung des Berufungsgerichts darf vom Revisionsgericht nur eingeschränkt daraufhin überprüft werden, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind, wesentlicher Auslegungstoff

außer Acht gelassen worden ist oder die Auslegung auf mit der Revision gerügten Verfahrensfehlern beruht (BGH, Urteil vom 13.01.2021, VIII ZR 66/19, NZM 2021, 218 Rdnr. 29; Urteil vom 03.03.2021, XII ZR 92/19, NZM 2021, 507 Rdnr. 8; Beschluss vom 15.06.2021, II ZB 35/20, ZIP 2021, 1514). Solche Fehler sind nicht ersichtlich. Die Revision wendet ohne Erfolg ein, es fehle an Feststellungen zum Genehmigungsbewusstsein der V.

(...)

43 Ein Genehmigungsbewusstsein ist indes nicht stets erforderlich. Nach der Rechtsprechung des BGH liegt eine, auch schlüssige, Willenserklärung trotz fehlenden Erklärungsbewusstseins vor, wenn der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Äußerung oder sein Verhalten nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte, und wenn der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat (BGH, Urteil vom 07.06.1984, IX ZR 66/83, BGHZ 91, 324; Urteil vom 02.11.1989, IX ZR 197/88, BGHZ 109, 171, 177; Urteil vom 07.11.2001, VIII ZR 13/01, BGHZ 149, 129, 136; Urteil vom 14.05.2002, XI ZR 155/01, WM 2002, 1273, 1275; Urteil vom 16.09.2003, XI ZR 74/02, BKR 2003, 942, 944 f.; Urteil vom 16.12.2009, XII ZR 146/07, BGHZ 184, 35 Rdnr. 19; Urteil vom 17.11.2014, I ZR 97/13, GRUR 2015, 187 Rdnr. 36). Das gilt auch für eine nach § 185 BGB erforderliche Einwilligung oder Genehmigung (BGH, Urteil vom 02.11.1989, IX ZR 197/88, BGHZ 109, 171, 178).

44 Dies vorausgesetzt, hat das Berufungsgericht auf der Grundlage seiner Feststellungen ohne Rechtsfehler die Genehmigung der Vertragsübernahme durch die V angenommen. Es ist anerkannt, dass eine Zustimmung durch schlüssiges Handeln in der Regel dann anzunehmen ist, wenn der Zustimmungsberechtigte das Rechtsgeschäft als gültig behandelt (BGH, Urteil vom 15.05.1990, X ZR 82/88, NJW-RR 1990, 1251, 1252; Grüneberg/*Ellenberger*, 81. Aufl., § 182 Rdnr. 3; *Ermann/Maier-Reimer/Finkenauer*, BGB, 16. Aufl., § 182 Rdnr. 11; MünchKomm-BGB/*Bayreuther*, 9. Aufl., § 182 Rdnr. 15). In dem Umstand, dass die V seit Abschluss des Kauf- und Übertragungsvertrags, mithin seit über zwanzig Jahren, den Druckvertrag mit der Beklagten als Vertragspartner durchführt, diesen entsprechend abrechnet und dies in ihren Jahresabschlüssen ausweist, durfte das Berufungsgericht daher jedenfalls eine schlüssige Genehmigung der Übertragung der Rechte und Pflichten aus dem Druckvertrag sehen.

45 4. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler den Antrag auf Feststellung, dass die Klägerin weiterhin den Kommanditanteil im Nennwert von 15.600 DM an der Beklagten halte, einschließlich der Hilfsanträge zurückgewiesen. Entgegen der Auffassung der Revision ist die dingliche Übertragung dieses Kommanditanteils auf die V wirksam.

46 a) Im Kauf- und Übertragungsvertrag vom 02.04.1998 wurde der Kommanditanteil der Klägerin an der Beklagten an die Beklagte verkauft. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wurde der Kommanditanteil parallel zum Abschluss dieses Vertrags mit der Zustimmungsvereinba-

nung vom selben Tag übertragen. Der Gesellschafter einer Personengesellschaft kann seinen Gesellschaftsanteil mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter auf einen Mitgesellschafter oder auf eine dritte Person durch Verfügungsgeschäft (§ 413 BGB) mit der Wirkung übertragen, dass der Erwerber, wenn nichts anderes geregelt ist, ohne Weiteres in die Rechtsstellung eintritt, die bis dahin der Veräußerer innehatte (BGH, Urteil vom 29.06.1981, II ZR 142/80, BGHZ 81, 82, 84; Urteil vom 21.10.2014, II ZR 84/13, BGHZ 203, 77 Rdnr. 18; Urteil vom 15.09.2020, II ZR 20/19, ZIP 2020, 2236 Rdnr. 9). Der Kauf- und Übertragungsvertrag wurde jedenfalls mit Wirkung ex tunc genehmigt, so dass die Übertragung des Kommanditanteils mit Rechtsgrund erfolgte.

47 Ausgehend davon, dass Dr. F den Anteil an der Beklagten nach einer Sicherungsabtretung zum Zeitpunkt der Zustimmungsvereinbarung zunächst als Treuhänder für die Klägerin hielt, wurde in dieser Vereinbarung bestimmt, dass der Kommanditanteil vom Treuhänder auf Weisung der Beklagten als neuer Treugeberin unter Beendigung dieses Treuhandverhältnisses an die V abgetreten werden soll. Dr. F trat den Kommanditanteil an die V ab, diese nahm die Abtretung an.

48 b) Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht die Übertragung des Kommanditanteils auf die V auch für den Fall als wirksam erachtet, dass die Sicherungsabtretung an Dr. F unwirksam gewesen sein sollte. In diesem Fall hätte Dr. F mit Einwilligung der Klägerin über den Anteil verfügt.

49 Das Berufungsgericht ist aufgrund seiner aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstandenden Auslegung der zwischen den Parteien, der V und Dr. F geschlossenen Zustimmungsvereinbarung vom 02.04.1998 zu dem Ergebnis gelangt, dass die Klägerin für den Fall der Unwirksamkeit der Abtretung an Dr. F als Inhaberin des Kommanditanteils diesen zum Zweck des Vollzugs des Kauf- und Übertragungsvertrags angewiesen hat, den Anteil zunächst als Treuhänder für die Beklagte zu halten, um dann unter Beendigung des Treuhandverhältnisses die Inhaberschaft der V zu begründen. Die Anweisung an Dr. F hat das Berufungsgericht unmittelbar dem in der Zustimmungsvereinbarung zum Ausdruck kommenden Willen der Beteiligten entnommen, der darauf gerichtet war, den Kommanditanteil unter Aufgabe sämtlicher Berechtigungen der Klägerin auf die V als künftiger Tochter der Beklagten zu übertragen. Es hat sich dabei erkennbar und zutreffend von dem Gedanken leiten lassen, Erklärungen der Parteien nach Möglichkeit so auszulegen, dass deren Vorstellungen Wirksamkeit erlangen können, sofern sich ein übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien mit hinreichender Sicherheit feststellen lässt (vgl. BGH, Urteil vom 04.07.1988, II ZR 370/87, juris Rdnr. 4).

50 c) Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht die Zustimmung der Gesellschafter der Beklagten zur Übertragung des Kommanditanteils auf die V festgestellt.

51 Hierzu hat es ausgeführt, auf der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 30.03.1998 habe Einvernehmen bestanden, dass der „Lokalverlag S übernommen“ werden solle, wozu ausdrücklich auch gehört habe, dass die

Beklagte die Beteiligung der Klägerin an der V übernehmen solle. Die V habe als neue Tochter der Beklagten den Kommanditanteil an der Beklagten halten sollen. Damit habe eine Einwilligung der Gesellschafter der Beklagten zur Übertragung des Gesellschaftsanteils auf die V als neuer Gesellschafterin vorgelegen. Die Beklagte habe durch Vorlage des Protokollauszugs vom 30.03.1998 nachgewiesen, dass es sich dabei um einen einstimmigen Gesellschafterbeschluss gehandelt habe. Die Klägerin habe dies nur pauschal bestritten, aber nicht in erheblicher Weise den detaillierten Vortrag der Beklagten zur Beteiligung und Abstimmung der Gesellschafter in dieser Versammlung in Abrede gestellt. Diese Ausführungen sind aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Die von der Revision in diesem Zusammenhang erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet. Von einer Begründung wird abgesehen (§ 564 ZPO).

52 Daneben weist die Beklagte zutreffend darauf hin, dass sich die Klägerin nicht mehr auf einen fehlenden Beschluss der Gesellschafter der Beklagten berufen könnte, weil die Übertragung des Kommanditanteils mit der einstimmigen Feststellung der Jahresabschlüsse der Beklagten zum 31.12.1998 und zum 31.12.1999 bestätigt wurde. Dem ist die Revision nicht entgegengetreten. Die Zustimmung der Mitgesellschafter zur Übertragung eines Kommanditanteils kann durch schlüssiges Verhalten, wie etwa einer entsprechenden Anmeldung zum Handelsregister erfolgen (vgl. BGH, Urteil vom 17.09.1984, II ZR 208/83, WM 1984, 1605; Urteil vom 22.04.1985, II ZR 151/84, WM 1985, 1143). Sie kann auch dadurch erteilt werden, dass die Gesellschafter einstimmig den die Übertragung ausweisenden Jahresabschluss der Gesellschaft billigen.

ANMERKUNG:

Von Rechtsanwalt Dr. **Andreas Hitzel**, LL.M. (Cambridge), Frankfurt a. M.

1. Problem

Die Frage nach dem Anwendungsbereich des § 179a AktG gehört zu den klassischen Problemen der Transaktionspraxis. Nicht zuletzt seit dem grundlegenden Urteil des II. Zivilsenats vom 08.01.2019 (II ZR 364/18) zur GmbH steht es wieder neu auf dem Prüfstand: Während früher dem § 179a AktG bzw. seiner Vorgängernorm § 361 AktG a. F. ein allgemeiner Rechtsgrundsatz dahin gehend entnommen wurde, dass Verträge, mit denen sich eine Gesellschaft zur Übertragung ihres gesamten Gesellschaftsvermögens verpflichtet, zu ihrer Wirksamkeit einer besonderen Beschlussfassung bedürfen, hat der BGH bereits mit besagtem Urteil seine bisher erkennbare Rechtssprechungslineie geändert und eine analoge Anwendung der Norm auf die GmbH abgelehnt. Unklar war indes, ob damit auch die analoge Anwendung der Norm auf andere Gesellschaftsformen zur bloßen Rechtsgeschichte geworden ist oder weiterhin zum geltenden Recht gezählt werden kann. Die Beantwortung dieser Frage ist dabei gerade aufgrund der strukturell verschiedenen Fassungen der einzelnen Gesellschaftsformen sowie der in unterschiedlichem Maße gegebenen

Schutzwürdigkeit der einzelnen gesellschaftsrechtlichen Akteure und Organe keineswegs trivial, sondern vielmehr derart differenziert, dass sich jede pauschale Beantwortung eigentlich bereits von selbst verbietet. Freilich steht diese differenzierte Gemengelage im ständigen Widerspruch zu dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit, auf das insbesondere das internationale M&A-Geschäft angewiesen ist und das einen Großteil der dem Problem innewohnenden Brisanz begründet.

2. Die Entscheidung

In diesem komplexen Spannungsfeld aus interessengerechter Einzelfallbetrachtung und Rechtssicherheit ist es dem BGH mit der vorliegenden Entscheidung grundsätzlich gelungen, weitere Rechtssicherheit zu schaffen, ohne undifferenzierten Vereinfachungen allzu starken Vorschub zu leisten: Zwar rückt der II. Zivilsenat mit seiner vorliegenden Entscheidung ausdrücklich von seiner früheren Rechtsprechung ab, die § 179a AktG auf die Kommanditgesellschaft für anwendbar erachtet hat. Diese Änderung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung erfolgt jedoch nicht ohne differenzierte Berücksichtigung jener Kernerwägungen, die von den Befürwortern einer weitreichenden, analogen Anwendung des § 179a AktG angeführt werden – nämlich der Verhinderung einer grundlegenden Umgestaltung des Geschäfts der Gesellschaft ohne Einbezug der Gesellschafter.¹

Der BGH gesteht in der vorliegenden Entscheidung zwar zu, dass es Konstellationen gibt, in denen die Gesellschafter der Kommanditgesellschaft ebenso schutzwürdig sind wie bei einer Aktiengesellschaft (Rdnr. 36), womit eine Anwendung des § 179a AktG grundsätzlich geboten erscheint. Namentlich führt der II. Zivilsenat in der vorliegenden Entscheidung die Publikums-KG an, bei der der Gesellschafterkreis gewöhnlich ebenso passiv, anonym und zersplittert ist, wie es bei Aktiengesellschaften der Fall zu sein pflegt. Im Normalfall – d. h. außerhalb der Besonderheiten der Publikumsgesellschaften – gebiete die Struktur der Kommanditgesellschaft aber keine analoge Anwendung des § 179a AktG auf Geschäfte, mit denen die Gesellschaft ihr gesamtes Gesellschaftsvermögen überträgt. Denn für eine analoge Anwendung bestehe weder eine planwidrige Regelungslücke noch ein vergleichbarer Sachverhalt.

Gegen das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke spricht nach Ansicht des II. Zivilsenats neben der Gesetzgebungshistorie bereits der Umstand, dass bei der Kommanditgesellschaft die Vornahme von Geschäften, die über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehen, durch die Regelungen der § 161 Abs. 2, § 116 Abs. 2, § 119 Abs. 1 HGB abgedeckt seien (Rdnr. 27). Denn jedenfalls nach diesen Vorschriften sei die Geschäftsleitung verpflichtet, bei Gesamtvermögensgeschäften einen Zustimmungsbeschluss der Gesellschafter einzuholen. Diese Beschlussfassung müsse gemäß § 164 HGB die Kommanditisten einschließen. Aus § 164 HGB ergebe

sich dabei insbesondere auch die Pflicht der Geschäftsleitung, das beabsichtigte Geschäft den Kommanditisten gegenüber rechtzeitig offenzulegen und deren Stellungnahme abzuwarten (Rdnr. 27), was eine Anwendung des § 179a AktG, der auf eine Beschränkung der Vertretungsmacht im Außenverhältnis hinausläuft, auch unter dem Blickwinkel des Gesellschafterschutzes nicht erforderlich mache.

Bereits aus diesem Gesichtspunkt begründe sich auch das Fehlen einer vergleichbaren Interessenlage. Denn eine Norm, die die Vertretungsmacht der organschaftlichen Vertreter im Außenverhältnis beschränkt, sei der Struktur der Kommanditgesellschaft grundsätzlich fremd: Anders als bei der Aktiengesellschaft, die in ihrer Struktur auf eine Machtbalance zwischen den einzelnen Organen und einem Ausschluss der unmittelbaren Einflussnahme der Aktionäre auf die Geschäftsführung der Gesellschaft abziele, seien die unmittelbaren Einflussmöglichkeiten der Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft auf die Geschäftsleitung und die Vertreter der Gesellschaft erheblich (Rdnr. 31). Hieraus – so der BGH – folge indes eine im direkten Vergleich deutlich herabgesetzte Schutzbedürftigkeit. Dies gilt erst recht bei Berücksichtigung des Umstandes, dass der Gesellschaftsvertrag einer Kommanditgesellschaft – anders als die Satzung einer Aktiengesellschaft – die Befugnis der Gesellschafter regeln kann, der Geschäftsleitung Weisungen zu erteilen (Rdnr. 33).

Auch der Umstand, dass die organschaftliche Vertretungsmacht nach dem gesetzlichen Leitbild des § 126 Abs. 2 HGB zum Schutze des Rechtsverkehrs im Außenverhältnis unbeschränkbar sei, spricht nach Ansicht des II. Zivilsenats gegen eine analoge Anwendung des § 179a AktG (Rdnr. 34). Denn diese Norm stelle insoweit einen eng zu verstehenden Ausnahmetatbestand dar: Die von ihr ausgehende Beschränkung einer organschaftlichen Vertretungsmacht im Außenverhältnis sei ein „Fremdkörper“ im gesellschaftsrechtlichen Gefüge, der als solcher nicht verallgemeinert werden könne.²

Gerade bei der Kommanditgesellschaft wäre der Rechtsverkehr durch eine analoge Anwendung des § 179a AktG aber übergebührlich stark belastet. Denn der für die Norm entscheidende Begriff des „ganzen Gesellschaftsvermögens“ enthalte ein quantitatives Kriterium, dessen Vorliegen der Rechtsverkehr bei Personengesellschaften umso schwerer prüfen könne, als diese nicht derselben Bilanzpublizität wie Kapitalgesellschaften unterliegen: Während bei Kapitalgesellschaften durch die veröffentlichte Bilanz überprüfbar sei, ob ein Rechtsgeschäft in den Anwendungsbereich des § 179a AktG falle, könne bei Personengesellschaften durch Außenstehende nicht ohne Weiteres bestimmt werden, ob ein Rechtsgeschäft einer Zustimmung der Gesellschafter gemäß § 179a AktG bedürfte. Da die Norm aber nicht danach unterscheide, ob der jeweilige Geschäftsgegner gut- oder bösgläubig sei, bedeute sie bei der keiner Bilanzpublizität unterlie-

¹ Vgl. *Hippeli*, jurisPR-HaGesR 5/2022 Anm. 2.

² Vgl. dazu *Ebbinghaus/Metzen*, NZG 2022, 697.

genden Personengesellschaft letztlich eine vergleichsweise noch schwerwiegendere Beeinträchtigung des gutgläubigen Rechtsverkehrs. Dieser durch die Vorschriften über die Bilanzpublizität (§ 325 Abs. 1 HGB) bedingte grundlegende Unterschied zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften, den der II. Zivilsenat mit der vorliegenden Entscheidung insgesamt wieder stärker hervorhebt,³ stehe der Annahme einer vergleichbaren Interessenlage ebenfalls entgegen.

3. Praxisfolgen

Der Entscheidung des II. Zivilsenats ist grundsätzlich zuzustimmen, auch wenn sie an ihren Randbereichen für weitere Rechtsunsicherheit sorgt, deren Ursache letztlich in dem grundlegenden Ansatz begründet liegt, den der BGH mit der vorliegenden Entscheidung verfolgt: Wie der Senat wiederholt betont, soll der gutgläubige Rechtsverkehr davor geschützt werden, dass durch eine Beschränkung der organschaftlichen Vertretungsmacht im Außenverhältnis unwirksame Rechtsgeschäfte geschlossen werden.⁴ Der BGH stellt damit insgesamt weniger auf den Gesellschafter- und Minderheitenschutz als auf den Schutz des Rechtsverkehrs ab – ein Umstand, der sich in Gestalt mehrerer Folgeprobleme bemerkbar macht:

Ein erstes Problem, das sich aus dieser grundlegenden Abwägungsentscheidung ergibt, betrifft die schon in dem Urteil selbst angelegte Frage, ob in Konstellationen, in denen eine Kommanditgesellschaft strukturell einer Aktiengesellschaft angenähert ist, eine analoge Anwendung des § 179a AktG weiterhin in Betracht kommt. Diese Möglichkeit hatte der BGH bereits in seinem Urteil vom 08.01.2019 (II ZR 364/18) zur GmbH dadurch angelegt, dass er seine Argumentationslinie hauptsächlich auf das Maß der Schutzbedürftigkeit der Gesellschafter ausgerichtet hat.⁵ Aufgrund dieser erkennbaren Argumentationslinie dürfte aber gerade bei Publikumspersonengesellschaften, wobei zu beachten ist, dass deren Definition nicht klar ist,⁶ weiterhin von einer analogen Anwendung des § 179a AktG auszugehen sein. Denn das tragende Argument, das der BGH bislang für die Verneinung einer planwidrigen Regelungslücke sowie einer vergleichbaren Interessenlage herangezogen hat – die Einwirkungsmöglichkeiten der Gesellschafter – vermag dort nicht durchzugreifen; zeichnen sich Publikumsgesellschaften doch gerade dadurch aus, dass die Stellung der Gesellschafter sich ähnlich wie die von Aktionären auf die von passiven Kapitalgebern beschränkt. Dass das vorliegende Urteil des II. Zivilsenats explizit davon spricht, dass die Publikums-KG der „Struktur einer Aktiengesellschaft angenähert ist und die Einwirkungsmöglichkeiten des Kommanditisten denjenigen eines Aktionärs vergleichbar sind“, ist insofern eine Steilvorlage für künftige Entscheidungen, in

denen der BGH seine alte Rspr. zu § 179a AktG vermutlich teilweise beibehalten wird.

Bereits anhand dieses Umstandes wird indes ersichtlich, dass die Verneinung der Anwendung des § 179a AktG auf die Kommanditgesellschafter deutlich weniger als bei der GmbH überzeugt – ist die Stellung des Kommanditisten doch wesentlich schwächer als die eines GmbH-Gesellschafters, der der Geschäftsführung gemäß § 37 Abs. 1 GmbHG bereits kraft Gesetzes Weisungen erteilen kann.⁷ Wann aber die Stellung der Kommanditisten wiederum derart schwach ist, dass sie strukturell der von Aktionären angenähert ist und insofern wieder eine analoge Anwendung des § 179a AktG zu rechtfertigen vermag, ist eine Frage des Einzelfalls, die sich nicht immer klar beantworten lassen dürfte. Auch mit der vorliegenden Entscheidung stellt der BGH keine klaren Richtlinien für diese Abgrenzung zur Verfügung, sondern lässt die Frage vielmehr ausdrücklich offen.

Rechtsunsicherheit schafft der BGH mit seiner vorliegenden Entscheidung auch dadurch, dass er die Unbeschränktheit der Vertretungsmacht gemäß § 161 Abs. 2, § 126 Abs. 2 HGB, derart stark betont, dass es wenigstens als möglich erscheint, den Schutz der Kommanditisten selbst bei Publikumsgesellschaften in Zukunft nicht durch eine analoge Anwendung des § 179a AktG und damit über eine Beschränkung der Vertretungsmacht im Außenverhältnis zu lösen.⁸ Allerdings spricht gegen diese Möglichkeit, dass der BGH bei einer künftigen Entscheidung dieses Problems zu berücksichtigen haben wird, dass jedenfalls eine Argumentation, die auf den Schutz des Rechtsverkehrs aufgrund fehlender Bilanzpublizität abstellt, im Rahmen des § 179a AktG alleine schon deshalb nicht restlos überzeugt, weil die herrschende Meinung bei der Anwendung des § 179a AktG für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals des „ganzen Gesellschaftsvermögens“ nicht nur auf quantitative, sondern auch auf qualitative Merkmale abstellt.⁹ Diese qualitativen Merkmale können aber auch durch den redlichen Rechtsverkehr von vornherein nicht anhand der Bilanz geprüft werden, was die in der vorliegenden Entscheidung des II. Zivilsenats angelegte Argumentation stark relativiert: Stellt man in Übereinstimmung mit einer gewichtigen Meinung darauf ab, dass der Begriff des „ganzen Gesellschaftsvermögens“ nach § 179a Abs. 1 AktG auch danach zu bestimmen ist, ob die Gesellschaft mit dem verbleibenden Vermögen noch ihren Unternehmensgegenstand zu verfolgen in der Lage ist,¹⁰ kann nur aufgrund einer fehlenden Bilanzpublizität ein weitreichender Schutz des Rechtsverkehrs nicht begründet werden, da die Bilanz dann keine hinreichende Bedingung für die Prüfung der Voraussetzungen des § 179a AktG darstellt.

3 Vgl. dazu *Troeger*, WuB 2022, 247, 249.

4 Vgl. *Heckschen*, GWR 2022, 174.

5 *Heckschen*, AG 2019, 420, 421; a. A. *Meier*, DNotZ 2020, 246, 252.

6 Vgl. MünchKomm-HGB/*Grunewald*, 5. Aufl. 2022, § 161 Rdnr. 111.

7 *Stumpf*, BB 2022, 1102, 1107; BGH, Urteil vom 08.01.2019, II ZR 364/18, NZG 2019, 505, 509 Rdnr. 33 f.

8 *Ebbinghaus/Metzen*, NZG 2022, 697, 701.

9 Vgl. *Ebbinghaus/Metzen*, NZG 2022, 697, 699 f. m. w. N.

10 Vgl. MünchKomm-AktG/*Stein*, 5. Aufl. 2021, § 179a Rdnr. 19 m. w. N.



Dieser Gesichtspunkt wird in der Praxis noch durch den Umstand verstärkt, dass die publizierte Bilanz nur selten die Aktualität aufweisen wird, die für eine Prüfung der Voraussetzungen des § 179a AktG erforderlich ist (vgl. § 325 Abs. 1a HGB). In der Gesamtschau dürfte damit insgesamt mehr dafür sprechen, bei Publikumpersonengesellschaften § 179a AktG weiterhin analog anzuwenden,¹¹ auch wenn diese ihre Bilanz nicht offenlegen.

Nicht unerhebliche Probleme in der Praxis wird auch der Umstand verursachen, dass durch die Verneinung der analogen Anwendung des § 179a AktG das zugrundeliegende Sachproblem nicht beseitigt, sondern nunmehr lediglich in ein anderes Rechtsregime verschoben wird: Wenn der Schutz der Gesellschafter im Außenverhältnis vor einer Veräußerung des gesamten Gesellschaftsvermögens nicht über § 179a AktG zu lösen ist, verbleibt es jedenfalls bei der Anwendung der Rechtsfigur des Missbrauchs der Vertretungsmacht, wie der BGH in seiner vorliegenden Entscheidung explizit herausstellt (Rdnr. 37). Der wesentliche Unterschied zwischen einer analogen Anwendung des § 179a AktG und den allgemeinen Regelungen über den Missbrauch der Vertretungsmacht besteht indes darin, dass bei einem Missbrauch der Vertretungsmacht das Überschreiten des Dürfens im Innenverhältnis der Vertretungsmacht nur dann schadet, wenn entweder ein Fall der Evidenz oder der Kollusion vorliegt, der Geschäftsgegner also bösgläubig ist¹² – entweder weil er positive Kenntnis hinsichtlich des Überschreitens des Dürfens im Innenverhältnis hat (Evidenz) oder mit dem Vertreter gar konspirativ zum Nachteil der Gesellschaft zusammenwirkt (Kollusion). Eine analoge Anwendung des § 179a AktG setzt damit dem Handeln der Vertretungsorgane zwar grundsätzlich engere Grenzen als das allgemeine Regime des Missbrauchs der Vertretungsmacht, weil im letzteren Fall das Problem vom Verhältnis zwischen Gesellschafter und Vertretungsorgan auf das Verhältnis zwischen Vertretungsorgan und Geschäftsgegner verlagert wird und insofern mehr Freiraum für „differenzierte Einzelfalllösungen“ eröffnet.¹³ Dieser Spielraum für Einzelfalllösungen schafft jedoch zugleich auch faktisch mehr Rechtsunsicherheit, weil er das bislang nur um das objektive Tatbestandsmerkmal des „ganzen Gesellschaftsvermögens“ kreisende Problem um das subjektive, dem Beweis schwerer zugängliche Tatbestandsmerkmal der Bösgläubigkeit erweitert wird, dessen Voraussetzungen nunmehr zusätzlich vorliegen müssen und insofern eine weitere Prüfungsebene begründen.

Ein Problem für die Praxis dürfte auch in der Frage des jeweils anwendbaren Beschlussregimes bestehen, das nunmehr für Gesamtvermögensgeschäfte zur Anwendung kommen soll. Denn der BGH hat diese umstrittene Frage mit der vorliegenden Entscheidung keiner Klärung zugeführt: Zwar überträgt der BGH mit dem vorliegenden

Urteil seine aus der Entscheidung über die GmbH entwickelte „Argumentationsschablone“ auf die Kommanditgesellschaft.¹⁴ Anders als in seinem Urteil zur GmbH, in dem der BGH ein Beschlusserfordernis letztlich im Wege der Rechtsschöpfung begründet und damit das anwendbare Regime wenigstens klar benannt hat,¹⁵ lässt er in der vorliegenden Entscheidung ausdrücklich offen, ob ein Gesamtvermögensgeschäft bei der Kommanditgesellschaft ein außergewöhnliches Geschäft im Sinne des § 116 Abs. 2 HGB oder ein Grundlagengeschäft darstellt. Die Auswirkungen, die sich aus dieser Unterscheidung ergeben, sind jedoch mitunter weitreichend: Während bei außergewöhnlichen Geschäften die fehlende Beschlussfassung die Vertretungsmacht gemäß § 126 HGB im Außenverhältnis grundsätzlich unangetastet lässt, besteht sie bei Grundlagengeschäften ohne Zustimmungsbeschluss nicht. Dass der BGH diese Abgrenzungsfrage nicht wenigstens in einem obiter dictum einer Klärung zugeführt hat (vgl. Rdnr. 28 f.), ist dabei im Ergebnis umso schwerer verständlich, als der Senat in seiner Entscheidung den Schutz des Rechtsverkehrs vor Beschränkungen der organschaftlichen Vertretungsmacht auffällig häufig betont.¹⁶

Ob aber der Rechtsverkehr durch eine Beschränkung der organschaftlichen Vertretungsmacht im Außenverhältnis beeinträchtigt wird, hängt wesentlich von dieser Unterscheidung ab. Denn im Falle einer Einordnung eines Gesamtvermögensgeschäfts als Grundlagengeschäft würde die organschaftliche Vertretungsmacht im Außenverhältnis gleichfalls nicht bestehen.¹⁷ Lediglich in dem Fall, dass der Geschäftsgegner das Gesamtvermögensgeschäft erkennt und insofern ein Fall der Evidenz vorliegt, könnte die Unterscheidung unterbleiben, weil in einem solchen Fall auch bei einem außergewöhnlichen Geschäft im Sinne des § 116 Abs. 2 HGB das fehlende Dürfen im Innenverhältnis auf die Vertretungsmacht im Außenverhältnis durchschlagen würde. In allen anderen Fällen bedarf die Frage einer Entscheidung, da von ihr – nach Verneinung des Anwendungsbereiches des § 179a AktG – nunmehr die Wirksamkeit des geschlossenen Rechtsgeschäfts abhängen wird. In welche Richtung der BGH diese Frage zukünftig entscheiden wird, erscheint offen. Indes legt die Parallelentscheidung zur GmbH, in der der BGH das Vorliegen eines Grundlagengeschäfts implizit verneint hat,¹⁸ tendenziell nahe, dass der II. Zivilsenat auch bei der KG künftig das Vorliegen eines Grundlagengeschäfts eher verneinen und stattdessen zur Annahme eines außergewöhnlichen Geschäfts im Sinne des § 116 Abs. 2 HGB neigen wird.

14 *Ebbinghaus/Metzen*, NZG 2022, 697, 698.

15 BGH, Urteil vom 08.01.2019, II ZR 364/18, NZG 2019, 505, 509 Rdnr. 37.

16 *Jerger/Goy*, NJW 2022, 1878, 1883.

17 Vgl. *EBJS/Hillmann*, HGB, 4. Aufl. 2020, § 126 Rdnr. 7 m. w. N.

18 BGH, Urteil vom 08.01.2019, II ZR 364/18, NJW 2019, 1512, 1517 Rdnr. 36 f.

11 Vgl. *Tröger*, WuB 2022, 247, 250.

12 *Schmidt*, JuS 2022, 883, 885.

13 *Schmidt*, JuS 2022, 883, 885.

Auch der Umstand, dass der BGH die Frage der analogen Anwendung des § 179a AktG auf Publikumsgesellschaften ausdrücklich offengelassen hat, erhöht die künftige Bedeutung dieser rechtlichen Unterscheidung. Da Kommanditisten von Publikumsgesellschaften regelmäßig durch den Gesellschaftsvertrag ihrer Befugnisse gemäß § 161 Abs. 2, § 116 Abs. 2, § 164 HGB enthoben sind, wären sie im Falle einer Verneinung der analogen Anwendung des § 179a AktG bei Gesamtvermögensgeschäften zukünftig überhaupt nur noch dann zur Beschlussfassung berufen, wenn das Gesamtvermögensgeschäft als Grundlagengeschäft einzuordnen wäre; nur in diesem Fall könnte ihnen das Mitwirkungsrecht nicht wirksam durch den Gesellschaftsvertrag entzogen werden.¹⁹

Wie hieran deutlich wird, lässt die vorliegende Entscheidung des II. Zivilsenats insgesamt wohl deutlich mehr Fragen offen, als dies bei der Parallelentscheidung zur GmbH der Fall war. Einzig der Umstand, dass bei der Kommanditgesellschaft die Beschlussfassung über ein Gesamtvermögensgeschäft, gleich ob es als Grundlagengeschäft oder als außergewöhnliches Geschäft im Sinne des § 116 Abs. 2 HGB einzuordnen ist, keiner besonderen Form bedarf, dürfte durch die vorliegende Entscheidung weiterhin nicht in Zweifel stehen.²⁰ Denn bei der Kommanditgesellschaft bedürfen grundsätzlich weder ein Zustimmungsbeschluss gemäß § 116 Abs. 2 HGB noch ein Beschluss über ein Grundlagengeschäft einer besonderen Form – anders als bei der GmbH, bei der weiterhin ungeklärt ist, ob § 53 Abs. 2 GmbHG bei einem Gesamtvermögensgeschäft auf die Beschlussfassung analoge Anwendung findet.²¹

Auch der Umstand, dass außergewöhnliche Geschäfte gemäß § 116 Abs. 2 HGB sowie Grundlagengeschäfte – vorbehaltlich einer abweichenden Regelung im Gesellschaftsvertrag – grundsätzlich eines einstimmigen Gesellschafterbeschlusses bedürfen, während sich aus einem Beschlusserfordernis analog § 179a AktG für sich genommen kein Einstimmigkeitserfordernis ergibt, dürfte in der Praxis für weitere Probleme sorgen. Denn hierdurch folgt aus der vorliegenden Entscheidung nicht nur das Bedürfnis, für Gesamtvermögensgeschäfte im Gesellschaftsvertrag zukünftig durch ausdrückliche Regelung vom nunmehr anwendbaren Grundsatz der Allstimmigkeit abzuweichen, sofern dieses Ergebnis gewünscht sein sollte.²² Die Entscheidung des II. Zivilsenats verschärft durch das Offenlassen der Abgrenzung zwischen außergewöhnlichem Geschäft und Grundlagengeschäft vielmehr auch insgesamt das Bedürfnis, die hierdurch bestehende Unklarheit durch eine ausdrückliche Regelung

im Gesellschaftsvertrag zu lösen²³ – ein Umstand, mit dem sich zugleich die Praxisfolgen der vorliegenden Entscheidung zusammenfassen lassen: Nicht mehr zwingendes Gesetzesrecht, sondern die aktive Mitwirkung und der Einfluss der Gesellschafter soll künftig vor Kompetenzüberschreitungen der Geschäftsleitung schützen. Ob dies aber gerade bei der Kommanditgesellschaft tatsächlich effektiv gelingen wird, wie es der II. Zivilsenat in seiner vorliegenden Entscheidung hoffungsvoll zu erwarten scheint, wird die Zukunft zeigen.

²³ Vgl. Hueck, RFamU 2022, 229, 235.

14. Verschmelzung kein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung

OLG München, Urteil vom 29.08.2022, 33 U 4846/21

BGB § 314

UmwG § 20

LEITSÄTZE:

- Zur Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund, wenn aufseiten des anderen Vertragspartners eine Verschmelzung stattgefunden hat.**
- Die Verschmelzung also solche stellt keinen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung im Sinne von § 314 Abs. 1 BGB dar. Hierfür bedarf es besonderer Umstände, die die weitere Erbringung der Dienste durch den übernehmenden Rechtsträger unzumutbar machen; insoweit sind allerdings keine hohen Anforderungen zu stellen (im Anschluss an BGH, Urteil vom 21.02.2014, V ZR 164/13, NZM 2014, 312; Urteil vom 02.07.2021, V ZR 201/20, NZG 2021, 1370).**
- Ob ein wichtiger Grund für die Kündigung vorliegt, ist aus der Sicht des betroffenen Unternehmers zu beurteilen. Seine unternehmerische Entscheidung ist der Überprüfung durch die Gerichte auf ihre sachliche Rechtfertigung und Zweckmäßigkeit grundsätzlich entzogen, solange sich das unternehmerische Handeln nicht als willkürlich darstellt (im Anschluss an BAG, Urteil vom 26.09.2002, 2 AZR 636/01, NZA 2003, 549).**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Parteien streiten über Ansprüche auf Vergütung im Zusammenhang mit einem Beratungsvertrag sowie einer „Interessentenanalyse“ für ein Fitnessstudio.

2 Die G M S GmbH schloss mit der Beklagten am 16.06.2016 einen Vertrag über eine „Interessenten-Analyse“. Vertragsbeginn war der 01.07.2016, als Vergütung waren 299 € netto/Jahr vereinbart. Die Vertragslaufzeit betrug zwölf Monate und verlängerte sich um jeweils weitere zwölf Monate, wenn der Vertrag nicht bis drei Monate vor Vertragsende schriftlich gekündigt wurde. Am 23.04.2018 schlossen die G M S GmbH und die Beklagte einen „Beratungsvertrag – Erfolgs-

¹⁹ Vgl. Oetker/Oetker, HGB, 7. Aufl. 2021, § 164 Rdnr. 62; Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht/Karrer, 3. Aufl. 2019, § 14 Rdnr. 3 m. w. N.).

²⁰ Vgl. Widder/Feigen, NZG 2018, 972.

²¹ Vgl. dazu Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 53 Rdnr. 3.

²² Jergel/Goy, NJW 2022, 1878, 1883.

pakete“. Vertragsbeginn war der 01.05.2018, die Vergütung betrug 1.535,10 € brutto/Monat, die Laufzeit 36 Monate.

3 Die Regelung über die Vertragslaufzeit sieht unter anderem vor, dass sämtliche Honorare bis zum Vertragsende „automatisch“ fällig werden, wenn der Vertragspartner mit zwei Monatsbeiträgen schuldhaft in Verzug kommt.

4 Die Beklagte kündigte außerordentlich mit Schreiben vom 05.04.2019 bzw. 08.04.2019 und gab dabei an, dass Grundvoraussetzung der Vertragsunterzeichnung der Gebietschutz vor allem hinsichtlich der konkurrierenden I-GmbH-Studios gewesen sei, sowie, dass keinerlei Berührungspunkte mit der I-GmbH bestehen sollten. Die Beklagte werde nicht mit I-GmbH-Studios, I-GmbH-Kunden oder I-GmbH-Beratern an einem Tisch sitzen. Ab dem 01.05.2019 bezahlte die Beklagte die monatlichen Beiträge aus dem Beratervertrag sowie die Vergütung aus der Interessenten-Analyse nicht mehr.

5 Mit Mail vom 09.04.2019 bestätigte die G M S GmbH den Eingang der Kündigung sowie mit Schreiben vom 12.04.2019 die Beendigung aller Verträge zum Ende der vereinbarten Laufzeit am 30.04.2021.

6 Die G M S GmbH wurde mit Verschmelzungsvertrag vom 18.07.2019 mit der G(...) GROUP GmbH verschmolzen. Die Klägerin wiederum – ursprünglich firmierend als M F D GmbH – wurde mit Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 12.02.2019 in A F H GmbH umbenannt. Auf die Klägerin wurde mit Verschmelzungsvertrag vom 05.06.2019 auch die I-GmbH sowie mit weiterem Verschmelzungsvertrag vom 18.07.2019 die G1 G2 GmbH verschmolzen.

7 Die Klägerin hat vor dem LG vorgetragen, dass sie im Wege der Verschmelzung Rechtsnachfolgerin der G M S GmbH geworden sei. Sie habe Anspruch auf Bezahlung der gesamten bis zum Ende der regulären Vertragslaufzeit anfallenden Vergütung. Die Verträge seien wirksam, ein außerordentlicher Kündigungsgrund nicht gegeben.

8 Die Beklagte hat die Unwirksamkeit einzelner Vertragsklauseln eingewandt und ein außerordentliches Kündigungsrecht behauptet.

9 Auf die tatsächlichen Feststellungen des erstinstanzlichen Urteils und die dort gestellten Anträge wird ergänzend Bezug genommen.

10 Das LG hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Es sei insbesondere kein Grund für eine außerordentliche Kündigung der streitgegenständlichen Verträge gegeben. Auch sonstige Unwirksamkeitsgründe seien nicht ersichtlich.

11 Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, die unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vortrags weiterhin die Unwirksamkeit einzelner Vertragsklauseln und das Vorliegen außerordentlicher Kündigungsgründe behauptet. Sie macht insbesondere geltend, dass von 2000 bis 2007 eine Geschäftsbeziehung mit der I-GmbH bestanden habe, die wegen ihrer Unzufriedenheit mit der Beratung und der Verletzung des Gebietsschutzes gescheitert sei.

12 Die Beklagte beantragt, unter Abänderung des Urteils des LG Münchens, verkündet am (...) zu Az.: (...), wird die Klage insgesamt abgewiesen.

13 Die Klägerin, die das landgerichtliche Urteil verteidigt, beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

14 (...)

15 II. Die zulässige Berufung hat in der Sache Erfolg.

16 Die Voraussetzungen einer außerordentlichen Kündigung der zwischen den Parteien bestehenden Vertragsverhältnisse aufgrund der aufseiten der Klagepartei stattgefundenen Verschmelzungen lagen bei Ausspruch der Kündigung durch die Beklagte vor, sodass der Vergütungsanspruch der Klägerin erloschen ist. Das Urteil des LG war aufzuheben und die Klage abzuweisen.

17 1. Gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG findet bei der Verschmelzung eine umfassende Gesamtrechtsnachfolge statt (BGH, Urteil vom 21.02.2014, V ZR 164/13, NJW 2014, 1447), mit der Eintragung ins Handelsregister gehen sämtliche Rechte und Pflichten der übertragenden Rechtsträger aus bestehenden vertraglichen Schuldverhältnissen ohne Mitwirkung der anderen Partei auf den übernehmenden Rechtsträger über (Henssler/Strohn/Heidinger, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 20 UmwG Rdnr. 11).

18 Zum Schutz des Rechtsverkehrs, insbesondere zum Ausgleich der Interessen der Gläubiger, enthält das Umwandlungsrecht ein eigenständiges und umfassendes Regelungskonzept; bei von der Gesamtrechtsnachfolge erfassten gegenseitigen Verträgen kann ein Anpassungsanspruch ähnlich wie bei der Störung der Geschäftsgrundlage oder ein Sonderkündigungsrecht aus einer entsprechenden Vertragsklausel entstehen (BGH, a. a. O.; Heidinger, a. a. O. Rdnr. 12).

19 Die Verschmelzung für sich genommen stellt keinen wichtigen Grund für eine außerordentliche Kündigung im Sinne von § 314 Abs. 1 BGB dar. Hierfür bedarf es besonderer Umstände, die die weitere Erbringung der Dienste durch den übernehmenden Rechtsträger unzumutbar machen; insoweit sind allerdings keine hohen Anforderungen zu stellen (BGH, Urteil vom 21.02.2014, V ZR 164/13, NJW 2014, 1447; Urteil vom 02.07.2021, V ZR 201/20, NZG 2021, 1370). Es reicht aus, wenn der Vertragspartner aufgrund der Umstrukturierung mit konkreten nachteiligen Änderungen in der Zusammenarbeit rechnen muss, die nicht ganz unerheblich sind (BGH, Urteil vom 21.02.2014, V ZR 164/13, NJW 2014, 1447).

20 2. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hält der Senat im vorliegenden Fall die Voraussetzungen für eine wirksame fristlose Kündigung der Verträge für gegeben, § 314 BGB.

21 a) Im Wesentlichen gleichlautende Kündigungserklärungen liegen mit den Schreiben vom 05.04.2019 bzw. 08.04.2019 vor.

22 Eines dieser Schreiben ist der G M S GmbH und damit im Ergebnis auch der Klägerin als deren Rechtsnachfolgerin zugegangen, wie sie mittels E-Mail vom 09.04.2019 bzw.

Schreiben vom 12.04.2019 bestätigt hat (...). Folge der Umwandlung ist insoweit (auch), dass die Klägerin keine Vorgänge bestreiten kann, die im Wissen einer der verschmolzenen Gesellschaften stehen.

23 b) Darüber hinaus liegt auch ein Kündigungsgrund für die außerordentliche Kündigung vor.

24 aa) Der Senat teilt insoweit die Ansicht des BGH, dass die Verschmelzung (§ 2 UmwG) als solche keinen Grund für eine fristlose Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses darstellt. Insoweit hat der Gesetzgeber die grundgesetzlich gewährleistete Vertragsfreiheit (vgl. Dürig/Herzog/Scholz/*Di Fabio*, GG, Stand: November 2021, Art. 2 Rdnr. 101), die auch das Recht einschließt, bestimmte vertragliche Bindungen nicht einzugehen, durch die Möglichkeit der Verschmelzung nach § 2 UmwG in zulässiger Weise eingeschränkt. Im Gegensatz zu §§ 414, 415 BGB, die eine Zustimmung des Gläubigers zum Schuldnerwechsel vorsehen, liefe ein vergleichbares Erfordernis bei der Verschmelzung im Zweifel auf deren Scheitern hinaus; der Vertragspartner hat die Verschmelzung im unternehmerischen Bereich grundsätzlich hinzunehmen.

25 bb) Gleichwohl ist bei der Prüfung der Frage, ob ein wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses im Zuge einer Umwandlung gegeben ist, zu berücksichtigen, dass durch die (zulässige) Umwandlung in die negative Vertragsfreiheit des anderen Vertragspartners eingegriffen wird, sodass an das Vorliegen entsprechender Gründe gemäß der Rechtsprechung des BGH keine hohen Anforderungen zu stellen sind. Anderenfalls würde das grundsätzlich bestehende Regel-Ausnahme-Verhältnis in sein Gegenteil verkehrt.

26 Vorliegend bestehen ausreichende Gründe für die außerordentliche Kündigung der hier streitgegenständlichen Vertragsverhältnisse, diese betreffen beide Vertragsverhältnisse gleichermaßen.

27 (1) Ausreichend ist im vorliegenden Falle für sich genommen bereits, dass sich die Beklagte nach der Verschmelzung einem deutlich größeren Vertragspartner gegenüber sieht als zuvor und der Wunsch der Beklagten, von einer „Boutique“, d. h. einer grundsätzlich hochspezialisierten und damit entsprechend qualifizierten Vertragspartnerin betreut zu werden, dadurch nicht mehr realisierbar war. Denn hierdurch haben sich die Grundlagen der Zusammenarbeit für die Beklagte erheblich nachteilig verändert.

28 Soweit die Klägerin einwendet, die Beklagte habe keine hinreichenden Gründe für ihren Wunsch, nur mit einer „Boutique“ zusammenzuarbeiten, vorgetragen, kommt es darauf nicht an. Bei der Frage, warum die Beklagte nur mit einer sog. „Boutique“ im Beratungsbereich zusammenarbeiten will, handelt es sich um eine rein unternehmerische Entscheidung, die einer Überprüfung durch die Gerichte auf ihre sachliche Rechtfertigung und Zweckmäßigkeit schon deswegen entzogen ist, weil es allein der Unternehmer ist, der für die Folgen dieser Entscheidung einzustehen hat (vgl. BAG, Urteil vom 26.09.2002, 2 AZR 636/01, NZA 2003, 549). Ob diese Gründe (wirtschaftlich) mithin richtig oder falsch, plausibel oder unplausibel, nachvollziehbar oder

nicht nachvollziehbar erscheinen, entzieht sich daher der gerichtlichen Überprüfung. Anderenfalls würden die Gerichte an die Stelle des Unternehmers treten und dessen Entscheidungen treffen, ohne für die damit verbundenen Risiken eintreten zu müssen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich die Entscheidung als offensichtlich willkürlich darstellt.

29 Jedenfalls aber erscheint es dem Senat auch plausibel und nachvollziehbar, dass die Beklagte ihre Geschäftsunterlagen nicht (auch) den Beratern der I-GmbH zugänglich machen wollte. Denn unabhängig von der Frage, ob durch die Verschmelzung zukünftig in direkter Konkurrenz stehende Fitnessstudios von der Klägerin beraten werden und es dadurch zu einer Verletzung des Gebietsschutzes kommt, hat die Beklagte auch ein Interesse daran, dass außerhalb des Gebietsschutzes liegende Fitnessstudios nicht auf der Grundlage ihrer eigenen Unternehmensdaten beraten werden, sodass die Größe des Vertragspartners ein erheblicher Umstand ist, den die Beklagte aus wirtschaftlicher Sicht ihren Entscheidungen zugrunde legen konnte.

30 Dagegen kann nicht eingewendet werden, dass durch eine Verschmelzung regelmäßig größere wirtschaftliche Einheiten entstehen, sodass der – gerichtlich nicht nachprüfbar – Wunsch, nur mit einer „Boutique“ zusammenzuarbeiten, auf ein allgemeines und umfassendes Kündigungsrecht hinausliefe. Vorliegend wurde schon nicht bestritten, dass es sich bei der G M S GmbH um eine „Boutique“ handelte, ebenso wenig, dass es sich bei der Klägerin gemessen an diesen Maßstäben um eine „Fabrik“ handelt, sodass mithin – aus wirtschaftlicher Sicht – eine wesentliche Änderung der Unternehmensstruktur des Gläubigers vorliegt.

31 (2) Darüber hinaus stellt der Umstand, dass im Zuge der Verschmelzung (auch) die I-GmbH auf die Klägerin verschmolzen wurde, einen eigenen, die außerordentliche Kündigung rechtfertigenden Grund dar.

32 (i) Nach dem Vortrag der Beklagten, den die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 01.08.2022 nicht mehr bestritten hat, war die Beklagte in den Jahren 2000 bis 2007 Kundin der I-GmbH und zwar in einem Vertragsverhältnis, das im Wesentlichen dieselben Gegenstände hatte wie das streitgegenständliche, mit der G M S GmbH begründete Vertragsverhältnis. Diese vertragliche Beziehung endete durch Kündigung seitens der Beklagten, ohne dass es darauf ankäme, welche Gründe im Einzelnen zu dieser Kündigung geführt haben. Sie müssen der Beklagten jedenfalls noch denkbar präsent gewesen sein, denn die Beklagte nahm in ihrer Kündigungserklärung ausdrücklich Bezug auf diesen Umstand und erklärte, nicht (wieder) mit der I-GmbH in geschäftlichen Kontakt treten zu wollen („Wir werden und möchten zukünftig nicht mit I-GmbH-Studios, I-GmbH-Kunden oder I-GmbH-Beratern an einem Tisch sitzen.“ [Kündigungserklärungen vom 05./08.04.2019]).

33 Zwar ist die I-GmbH mit der Verschmelzung auf die Klägerin gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG erloschen, sodass durch die Verschmelzung formaljuristisch keine erneuten vertraglichen Beziehungen zwischen ihr und der Beklagten

entstanden sind bzw. entstehen konnten. Losgelöst von dieser formalen Betrachtung hat jedoch die I-GmbH im Zuge der Verschmelzung ihr gesamtes Unternehmen, also auch ihre Mitarbeiter und ihre Kunden, in die Klägerin eingebracht, sodass tatsächlich die Gefahr bestünde, dass sich die Beklagte erneut von Personen beraten lassen müsste, mit denen sie in der Vergangenheit bereits vertragliche Beziehungen unterhalten hatte, wobei sie das damalige Schuldverhältnis – wie sich aus dem Kündigungsschreiben ergibt – jedenfalls aus ihrer Sicht im Unfrieden gelöst hat.

34 (ii) An dieser Bewertung ändert der Vortrag der Klägerin, wonach sich die Betreuung der Beklagten nicht geändert haben würde, nichts (vgl. zuletzt im Schriftsatz vom 25.07.2022). Denn der von der Beklagten ausgesprochenen Kündigung liegt naturgemäß eine Prognoseentscheidung zugrunde, da sie beurteilen musste, ob die Erreichung ihrer wirtschaftlichen Ziele mithilfe des (neuen) Vertragspartners möglich ist oder – wiederum aus subjektiver unternehmerischer Sicht – durch diesen gefährdet wird. Ihre unverzüglich geäußerte Sorge, zukünftig mit Kunden bzw. Beratern der „I-GmbH an einem Tisch zu sitzen“, war umso berechtigter, als es die Klägerin unterlassen hat, die Beklagte von ihrer nunmehr im Verfahren vorgetragenen Absicht, den Vertrag wie bisher, insbesondere mit demselben Personal, durchzuführen, zu unterrichten. Aus Sicht der Beklagten stellte sich die Situation vielmehr so dar, dass im Zuge der Verschmelzung auch Berater für sie tätig werden könnten oder Zugang zu ihren Unternehmensdaten erhalten würden, mit denen sie keine (erneuten) vertraglichen Beziehungen haben wollte. Ob diese unterlassene Unterrichtung der Beklagten als Pflichtverletzung einen eigenständigen, die Kündigung rechtfertigenden Grund darstellt, bedarf aus den vorliegenden Gründen keiner Entscheidung, denn jedenfalls hatte die Beklagte keinen Grund, davon auszugehen, dass früher für die I-GmbH tätige Berater nunmehr nicht auch für sie tätig werden würden.

35 (iii) Hinzu kommt, dass es für den Vertragspartner in einer derartigen Konstellation de facto weder überprüfbar noch nachvollziehbar ist, wer im Hintergrund für ihn tätig wird, wer Einblick in seine Geschäftsunterlagen nimmt und inwieweit diese Informationen wiederum genutzt werden, um andere Kunden einschließlich etwaiger Konkurrenten zu beraten.

36 (3) Jedenfalls stellen aber die beiden vorgenannten Gründe in ihrer Gesamtschau einen Grund für eine außerordentliche Kündigung dar. Angesichts der Tatsache, dass es vorliegend um Beratungsleistungen geht, kam eine von § 22 UmwG vorgesehene Sicherheitsleistung als Sicherungsmittel für den Vertragspartner, d. h. hier die Beklagte, von Anfang an nicht in Betracht.

37 c) Schließlich war die Verschmelzung auch kausal für die außerordentliche Kündigung durch die Beklagte. Zwar weist die Klägerin zutreffend daraufhin, dass die Kündigung erklärt wurde, bevor die Verschmelzung im Handelsregister eingetragen worden war.

38 Allerdings hatte die Klägerin ihre Kunden nach dem unbestrittenen Vortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 11.07.2022 nach Abschluss der notariellen Verträge von der Verschmelzung unterrichtet und damit eine ihr insoweit ohnehin obliegende vertragliche Nebenpflicht erfüllt. (Bereits) diese Information durfte die Beklagte zum Anlass für die Kündigung nehmen, ein Zuwarten bis zur Eintragung ins Handelsregister und den Eintritt der Wirkungen des § 20 UmwG bedurfte es nicht. Im Übrigen wäre es der Klägerin im Zuge dieser Unterrichtung ein Leichtes gewesen, darauf hinzuweisen, dass sich an der konkreten Situation der Beratung nichts ändern wird.

39 Dass die Beklagte zur Wahrung ihrer verfahrensmäßigen Rechte zunächst die Aktivlegitimation der Klägerin bestritten hat, steht dem nicht entgegen.

(...)

ANMERKUNG:

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

1. Der Fall

Die Entscheidung betrifft die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Dauerschuldverhältnis wegen der Verschmelzung des Vertragspartners auf einen anderen Rechtsträger nach § 314 BGB aus wichtigem Grund gekündigt werden kann. Gegenstand des Verfahrens sind Vergütungsansprüche aus einem Beratervertrag sowie einer „Interessenanalyse“ gegen die beklagte Betreiberin eines Fitnessstudios. Diese kündigte die Verträge Anfang April 2019 außerordentlich und stellte die Zahlungen ab Mai 2019 ein mit der Begründung, dass Grundvoraussetzung der Vertragsunterzeichnung der Gebietsschutz vor allem hinsichtlich der konkurrierenden I-GmbH-Studios gewesen sei. Man werde nicht mit I-GmbH-Studios, I-GmbH-Kunden oder I-GmbH-Beratern an einem Tisch sitzen. Im Juli bzw. Juni 2019 wurden mehrere Verschmelzungsverträge geschlossen, als deren Folge im Ergebnis sowohl die ursprüngliche Vertragspartnerin der Beklagten als auch die I-GmbH auf die Klägerin verschmolzen wurden.

2. Die Entscheidung

Das OLG München hebt das stattgebende Urteil des LG auf und weist die Klage ab. Gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG findet bei der Verschmelzung eine umfassende Gesamtrechtsnachfolge statt, wonach mit Eintragung in das Handelsregister sämtliche Rechte und Pflichten der übertragenden Rechtsträger aus bestehenden Schuldverhältnissen ohne Mitwirkung der anderen Partei auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen. In Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH zur Verschmelzung¹ bzw. zur Ausgliederung des WEG-Verwalters² geht das OLG München davon aus, dass die Verschmelzung für sich genommen keinen wichtigen Grund für eine außer-

1 BGH, Urteil vom 21.02.2014, V ZR 164/13, NJW 2014, 1447.

2 BGH, Urteil vom 02.07.2021, V ZR 201/20, NZG 2021, 1370.

ordentliche Kündigung im Sinne von § 314 BGB darstelle. Hierzu bedürfe es besonderer Umstände, die die Erbringung der Dienste durch den übernehmenden Rechtsträger unzumutbar machen; insoweit seien allerdings keine hohen Anforderungen zu stellen. Es reiche aus, wenn der Vertragspartner aufgrund der Umstrukturierung mit konkreten nachteiligen Änderungen in der Zusammenarbeit rechnen müsse, die nicht ganz unerheblich sind. Zwar werde durch die Möglichkeit der Verschmelzung nach § 2 UmwG die grundgesetzlich gewährleistete Vertragsfreiheit eingeschränkt, es werde aber durch die (zulässige) Umwandlung in die negative Vertragsfreiheit eingegriffen.

Im konkreten Fall sei der Wunsch der Beklagten bereits ausreichend, nicht mit einem deutlich größeren Vertragspartner, sondern nur mit einer hochspezialisierten und entsprechend qualifizierten sog. „Boutique“ zusammenzuarbeiten. Bezugnehmend auf ein Urteil des BAG zur betriebsbedingten Kündigung³ geht das OLG München von einer rein unternehmerischen Entscheidung des Vertragspartners aus, die einer Überprüfung durch die Gerichte auf ihre sachliche Rechtfertigung und Zweckmäßigkeit schon deswegen entzogen sei, weil allein der Unternehmer für diese Folgen einzustehen habe. Darüber hinaus stelle der Umstand, dass auf die Klägerin (auch) die I-GmbH verschmolzen worden sei, einen eigenständigen, die außerordentliche Kündigung rechtfertigenden Grund dar. Zu dieser habe in der Vergangenheit ein Vertragsverhältnis mit im Wesentlichen denselben Gegenständen bestanden, welches die Beklagte jedenfalls aus ihrer Sicht im Unfrieden gelöst habe. Es sei für sie de facto weder überprüfbar noch nachvollziehbar, wer im Hintergrund für sie tätig werde, wer Einblick in die Geschäftsunterlagen nehme und inwieweit diese Informationen wiederum genutzt würden, um andere Kunden einschließlich etwaiger Konkurrenten zu beraten. Die Verschmelzung sei auch kausal für die Kündigung gewesen, da die Klägerin ihre Kunden nach Abschluss der notariellen Verträge von der Verschmelzung unterrichtet habe. Ein Zuwarten bis Eintragung im Handelsregister und Eintritt der Wirkungen des § 20 UmwG sei nicht notwendig gewesen.

3. Würdigung

Die Entscheidung betrifft Umfang und Grenzen der Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG und damit eine für die Beratung von Unternehmen bei Umwandlungen zentrale Fragestellung.⁴ Sie verdient in weiten Teilen Zustimmung, kann in der Begründung aber nicht in jeder Hinsicht überzeugen. Das Umwandlungsrecht trägt mit der Universalsukzession dem praktischen Bedürfnis Rechnung, die rechtlichen Strukturen eines Unternehmens zügig und ohne große formelle und steu-

erliche Hürden an die wirtschaftlichen Verhältnisse anzupassen und enthält zum Schutz des Rechtsverkehrs, insbesondere der Gläubiger, ein eigenständiges und umfassendes Regelungskonzept.⁵ Ob und inwieweit sich ein Dritter durch Kündigung, Rücktritt oder Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage gegen den durch die Gesamtrechtsnachfolge eingetretenen Wechsel des Vertragspartners wehren kann, ergibt sich aus den allgemeinen Vorschriften.⁶ In diesem Sinne geht das OLG München zutreffend davon aus, dass die Verschmelzung für sich genommen keinen wichtigen Kündigungsgrund im Sinne von § 314 BGB darstellt.⁷ Besondere Umstände, welche die Fortführung der Rechtsbeziehungen mit dem übernehmenden Rechtsträger unzumutbar machen, können etwa dann vorliegen, wenn ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht und aufgrund der Umstrukturierung mit einem personellen Wechsel oder anderen konkreten nachteiligen Änderungen in der Zusammenarbeit zu rechnen ist.⁸

Auch wenn an die Unzumutbarkeit nach der Rechtsprechung in diesem Zusammenhang keine hohen Anforderungen zu stellen sein sollen, erscheint es zweifelhaft, wenn das OLG München den bloßen Wunsch allein, mit einer „Boutique“ zusammenzuarbeiten zu wollen, für ausreichend erachtet.⁹ Es gibt keinen allgemeinen Erfahrungssatz, dass die Mitarbeiter kleinerer Einheiten einen höheren Spezialisierungsgrad oder mehr Kompetenzen als in größeren Organisationen aufweisen. Zu weitgehend erscheint es jedenfalls, dem Vertragspartner des umgewandelten Rechtsträgers generell einen unternehmerischen Entscheidungsspielraum zuzubilligen mit der Folge, dass eine gerichtliche Prüfung ausscheidet, ob die Gründe „richtig oder falsch, plausibel oder unplausibel, nachvollziehbar oder nicht nachvollziehbar“ waren, solange sich die Entscheidung nicht als „offensichtlich willkürlich“ darstellt. Die der zitierten BAG-Entscheidung zugrunde liegende Konstellation einer betriebsbedingten Kündigung betrifft unternehmensinterne Maßnahmen,¹⁰ die zudem im Vorfeld der eigentlichen Kündigung liegen, und lässt sich nicht ohne Weiteres auf die Situation des Vertragspartners eines verschmolzenen Rechtsträgers übertragen.

3 BAG, Urteil vom 26.09.2002, 2 AZR 636/01, ZIP 2003, 733.

4 Siehe zur umwandlungsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge nach § 20 Abs. 1 Nr. 1, § 131 Abs. 1 Nr. 1, § 176 Abs. 1, 3 Satz 1, § 177 Abs. 2 UmwG sowie zum Identitätsprinzip beim Formwechsel gemäß § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG BeckOGK-UmwG/Rieckers/Cloppenburg, Stand: 01.10.2022, § 20 Rdnr. 1.

5 BGH, Urteil vom 21.02.2014, V ZR 164/13, NJW 2014, 1447 Rdnr. 17; BT-Drucks. 16/2919, S. 19; BeckOGK-UmwG/Rieckers/Cloppenburg, § 20 Rdnr. 9; Semler/Stengel/Leonard/Leonard/Simon, UmwG, 5. Aufl. 2021, § 20 Rdnr. 12.

6 BGH, Urteil vom 21.02.2014, V ZR 164/13, NJW 2014, 1447 Rdnr. 17; BT-Drucks. 16/2919, S. 19.

7 So auch BGH, Urteil vom 21.02.2014, V ZR 164/13, NJW 2014, 1447 Rdnr. 28 für den WEG-Verwaltervertrag; offenlassend im Fall der Ausgliederung des Einzelkaufmännischen Unternehmens des Verwalters hingegen BGH, Urteil vom 02.07.2021, V ZR 201/20, NZG 2021, 1370 Rdnr. 16 unter Hinweis auf § 26 Abs. 3 Satz 1 WEG in der Fassung des WEMoG.

8 BGH, Urteil vom 21.02.2014, V ZR 164/13, NJW 2014, 1447 Rdnr. 28; Urteil vom 02.07.2021, V ZR 201/20, NZG 2021, 1370 Rdnr. 15.

9 Krit. auch Schirrmacher/Spaeth, RFamU 2022, 525.

10 Siehe dazu auch Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht/Oetker, 23. Aufl. 2023, § 1 KSchG Rdnr. 239 ff.

Ob ein wichtiger Grund für eine Kündigung vorliegt, ist im Rahmen von § 314 Abs. 1 Satz 2 BGB grundsätzlich unter Abwägung sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu ermitteln.¹¹ Es unterliegt der revisionsrechtlichen Kontrolle, ob der Tatrichter den Rechtsbegriff des wichtigen Grundes richtig erfasst, ob er aufgrund vollständiger Sachverhaltsermittlung geurteilt und ob er sämtliche Umstände des konkreten Falls in seine Wertung einbezogen hat.¹² Der in der Entscheidung herangezogene Gedanke der negativen Vertragsfreiheit führt zu keiner grundsätzlich anderen Sichtweise. Vielmehr gilt, wie das OLG München zutreffend ausführt, dass der Vertragspartner „die Verschmelzung im unternehmerischen Bereich grundsätzlich hinzunehmen“ hat. Zudem bleibt es ihm unbenommen, sich zum Beispiel durch Vereinbarung einer „Change-of-control-Klausel“ vor einer nicht gewünschten umwandlungsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge seiner Vertragspartner zu schützen.¹³ Umgekehrt wäre auch eine Vereinbarung zulässig, dass die Umwandlung nicht zur Kündigung berechtigen soll.¹⁴

Demgegenüber vermag der Umstand, dass im Zuge der Verschmelzung (auch) die I-GmbH auf die Klägerin verschmelzen wurde, die außerordentliche Kündigung im Grundsatz zu rechtfertigen. Dafür spricht zum einen, dass die Beklagte sich schon einmal von der I-GmbH wegen Unzufriedenheit mit der Beratung und Gebietsschutz getrennt hat und sie daher ein nachvollziehbares Interesse daran hatte, jeglichen Kontakt zu dem Unternehmen zu vermeiden. Nicht unbegründet erscheint zudem die Sorge, dass die Klägerin vertrauliche Informationen bei der Beratung anderer, in Konkurrenz zur Beklagten stehender Kunden verwenden könnte. Dieser Sorge hätte man sicherlich begegnen können, wenn jegliche Berührungspunkte mit dem Unternehmen der vormaligen I-GmbH oder sonstigen Konkurrenten durch gezielte organisatorische Maßnahmen ausgeschlossen worden wären („Chinese Walls“), wozu sich in der Entscheidung aber keinerlei Anhaltspunkte finden. Ob die unterlassene Unterrichtung der Beklagten darüber, dass die Klägerin den Vertrag wie bisher, insbesondere mit demselben Personal durchzuführen gedachte, als Pflichtverletzung einen eigenständigen, die Kündigung rechtfertigenden Grund darstellte, wurde ausdrücklich offengelassen.

Das OLG München bejaht schließlich die Kausalität der Verschmelzung für die außerordentliche Kündigung. Die

Beklagte habe die Information über den Abschluss der notariellen Verschmelzungsverträge zum Anlass für die Kündigung nehmen dürfen. Zustimmung verdient die Auffassung, dass ein Zuwarten bis zur Eintragung im Handelsregister nicht geboten war.¹⁵ Gleichzeitig ist allerdings zu berücksichtigen, dass maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne des § 314 BGB der Zeitpunkt der Kündigung ist.¹⁶ Wie der Kündigungsgrund der bevorstehenden Verschmelzung im konkreten Fall schon bei Ausspruch der Kündigung Anfang April 2019 vorgelegen haben kann, wenn die Unterrichtung über die notariellen Verträge der Verschmelzung erst nach deren Abschluss im Juni bzw. Juli 2019 erfolgt ist, erschließt sich aus der veröffentlichten Entscheidung nicht.¹⁷

4. Konsequenzen für die Beratung

Die Entscheidung des OLG München gibt Anlass, die Grenzen der grundsätzlich umfassenden umwandlungsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge in den Blick zu nehmen.¹⁸ Nach herrschender Meinung bestehen Ausnahmen für höchstpersönliche Rechte wie ein persönliches Wohnrecht, die Stellung als Treuhänder oder Testamentsvollstrecker,¹⁹ bei Ämtern von Organmitgliedern des übertragenden Rechtsträgers (im Unterschied zu den zugrundeliegenden Anstellungsverträgen),²⁰ bei personenbezogenen und rechtsformgebundenen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen,²¹ unter Umständen bei im Ausland befindlichem Vermögen nach Maßgabe der *lex rei sitae*,²² für Unternehmensverträge, wenn der über-

15 *Leuring/Rubner*, NJW-Spezial 2022, 623.

16 BGH, Urteil vom 26.03.2008, X ZR 70/06, NJW-RR 2008, 1155; *Grüneberg/Grüneberg*, 82. Aufl. 2023, § 314 Rdnr. 7; *MünchKomm-BGB/Gaier*, § 314 Rdnr. 23.

17 Siehe auch zur Vorinstanz LG München I, Endurteil vom 23.06.2021, 15 O 1499/20, BeckRS 2021, 56678.

18 Siehe aktuell zur Gesamtrechtsnachfolge nach dem UmRUG auch *Heckschen/Knaier*, GmbHR 2022, 501, 506 f.

19 BeckOGK-UmwG/*Rieckers/Cloppenburg*, § 20 Rdnr. 20; *Henssler/Strohn/Heidinger*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 20 Rdnr. 41; *Kallmeyer/Marsch-Barner/Oppenhoff*, UmwG, 7. Aufl. 2020, § 20 Rdnr. 7. Nach überwiegender Auffassung (siehe *Henssler/Strohn/Heidinger*, Gesellschaftsrecht, § 20 Rdnr. 24a ff.; *Kallmeyer/Marsch-Barner/Oppenhoff*, UmwG, § 20 Rdnr. 7) gehen auch Vereinsmitgliedschaften und die Stellung als persönlich haftender Gesellschafter einer Personengesellschaft mangels entsprechender Regelung in der Satzung bzw. im Gesellschaftsvertrag nicht über; siehe dazu aber auch *Heckschen*, GmbHR 2014, 626, 634 ff. sowie BeckOGK-UmwG/*Rieckers/Cloppenburg*, § 20 Rdnr. 65 ff.

20 *Henssler/Strohn/Heidinger*, Gesellschaftsrecht, § 20 Rdnr. 34 f.; *Semler/Stengel/Leonard/Leonard/Simon*, UmwG, § 20 Rdnr. 20.

21 Siehe BeckOGK-UmwG/*Rieckers/Cloppenburg*, § 20 Rdnr. 105 f.; krit. dazu *Lieder/Koch*, GmbHR 2022, 389.

22 *Schmitt/Hörtnagl/Winter*, UmwG, UmwStG, 9. Aufl. 2020, § 20 UmwG Rdnr. 33; *Henssler/Strohn/Heidinger*, Gesellschaftsrecht, § 20 Rdnr. 9; *Widmann/Mayer/Vossius*, Umwandlungsrecht, 2022, § 20 UmwG Rdnr. 33 ff.

11 BeckOGK-BGB/*Martens*, Stand: 01.10.2022, § 314 BGB Rdnr. 27; *MünchKomm-BGB/Gaier*, 9. Aufl. 2022, § 314 Rdnr. 23; BeckOGK-UmwG/*Rieckers/Cloppenburg*, § 20 Rdnr. 9.

12 Siehe etwa BGH, Urteil vom 07.03.2013, III ZR 231/12, NJW 2013, 2021 Rdnr. 18; BeckOGK-BGB/*Martens*, § 314 Rdnr. 29; *MünchKomm-BGB/Gaier*, § 314 Rdnr. 23.

13 BeckOGK-UmwG/*Rieckers/Cloppenburg*, § 20 Rdnr. 8; zur Spaltung siehe *Lutter/Bayer/Lieder*, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 131 Rdnr. 29.

14 BeckOGK-UmwG/*Rieckers/Cloppenburg*, § 20 Rdnr. 8 mit Hinweis auf § 309 Nr. 10 BGB; *Lutter/Bayer/Grunewald*, UmwG, § 20 Rdnr. 53.

tragende Rechtsträger abhängiges Unternehmen war,²³ und im Grundsatz für Unterlassungsverpflichtungen,²⁴ richtiger Ansicht aber nicht bei Prokuren,²⁵ deren Fortbestand vorsorglich zur Eintragung in das Handelsregister beim übernehmenden Rechtsträger angemeldet werden sollte (§ 53 HGB). Wie die Entscheidung des OLG München zeigt, stellt die Verschmelzung als solche keinen wichtigen Grund für die außerordentliche Kündigung eines Dauerschuldverhältnisses dar, die Anforderungen für eine solche Kündigung werden aber im Übrigen nicht hoch angesetzt. In der Beratungspraxis kann es daher sinnvoll sein, auf die Möglichkeiten einer Change-of-control-Klausel oder umgekehrt des Ausschlusses der Kündigung für den Fall einer Umwandlung hinzuweisen. Vertragliche Abtretungsverbote gemäß § 399 Alt. 2 BGB hindern die Gesamtrechtsnachfolge allerdings nicht.²⁶

23 Lutter/Bayer/Grunewald, UmwG, § 20 Rdnr. 38; Kallmeyer/Marsch-Barner/Oppenhoff, UmwG, § 20 Rdnr. 21.

24 Siehe dazu BGH, Urteil vom 26.04.2007, I ZR 34/05, NJW 2008, 301; Kallmeyer/Marsch-Barner/Oppenhoff, UmwG, § 20 Rdnr. 8; zu wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüchen siehe aber OLG Hamburg, Urteil vom 09.09.2010, 3 U 58/09, NZG 2011, 75; Henssler/Strohn/Heidinger, Gesellschaftsrecht, § 20 Rdnr.40.

25 Semler/Stengel/Leonard/Leonard/Simon, UmwG, § 20 Rdnr. 17; Widmann/Mayer/Vossius, Umwandlungsrecht, § 20 UmwG Rdnr. 304; a. A. Kallmeyer/Marsch-Barner/Oppenhoff, UmwG, § 20 Rdnr. 24.

26 BGH, Urteil vom 22.09.2016, VII ZR 298/14, NJW 2017, 71.

15. Bestellung eines Notgeschäftsführers für eine führungslose Gesellschaft durch Registergericht als „ultima ratio“

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27.04.2022, 1 W 71/21 (Wx)

BGB § 29

GmbHG § 16 Abs. 1, §§ 35, 40 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. **Ist oder wird eine GmbH aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen geschäftsführerlos, also führungslos (vgl. § 35 Abs. 1 GmbHG), und ist die Gesellschafterversammlung nicht in der Lage, einen Geschäftsführer zu bestellen, so kann auf Antrag durch das Registergericht in dringenden Fällen ein Notgeschäftsführer bestellt werden. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Ein dringender Fall für die Bestellung eines Notgeschäftsführers liegt nur dann vor, wenn die Geschäftsorgane selbst nicht in der Lage sind, innerhalb einer angemessenen Frist den Mangel zu beseitigen und der Gesellschaft oder einem Beteiligten ohne Notgeschäftsführerbestellung Schaden drohen würde oder eine alsbald erforderliche Handlung nicht vorgenommen werden würde. (Leitsatz der Schriftleitung)**

3. **Nach Versterben des Alleingeschäftsführers ohne Neubestellung kann die Gesellschafterversammlung zwar gemäß § 50 Abs. 3 GmbHG durch die verbleibenden Gesellschafter einberufen werden. Eine ordnungsgemäße Ladung kann jedoch nicht erfolgen, sofern die Erben eines verstorbenen Gesellschafters nicht bekannt sind, da der nichtexistierende Gesellschafter nicht geladen werden kann. Die Ladung ist an die gemäß § 40 Abs. 1, § 16 Abs. 1 GmbHG in die Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafter zu richten. Solange die unbekannteren Erben oder der Nachlasspfleger nicht in die Gesellschafterliste eingetragen sind und eine Nachlasspflegschaft eingerichtet wurde, kann eine ordnungsgemäße Ladung zur Gesellschafterversammlung nicht erfolgen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Der Antragsteller (nachfolgend: Beteiligter zu 1) wendet sich mit seiner Beschwerde gegen den Beschluss des AG (Registergericht), mit welchem sein Antrag vom 16.08.2021 auf Bestellung eines Notgeschäftsführers für die P., H.- und Vertriebsgesellschaft mit beschränkter Haftung (nachfolgend: die Gesellschaft) zurückgewiesen wurde. Gesellschafter waren je zu gleichen Teilen die Beteiligten zu 1 bis 3 sowie Herr J D, welcher am (...) 2020 verstarb. Die Beteiligten zu 1 und 3 sind Geschwister, die Beteiligte zu 2 und Herr J D sind deren Eltern. Bis zu seinem Tod war Herr J D zuletzt Alleingeschäftsführer. Ein neuer Geschäftsführer ist bislang nicht bestellt.

2 Der Beteiligte zu 1 beantragte am 16.08.2021 sich selbst oder hilfsweise die Beteiligte zu 3 als weitere Gesellschafterin zum Notgeschäftsführer zu bestellen. Die Gesellschaft sei führungslos, da der bisherige Alleingeschäftsführer verstorben sei. Alleinerbin sei aufgrund eines gemeinschaftlichen Testaments (Berliner-Testament) die weitere Gesellschafterin und Ehefrau des Herrn J D, die Beteiligte zu 2. Die Beteiligte zu 3 erkenne die Erbenstellung jedoch nicht an. Zudem sei die Beteiligte zu 2 an Demenz erkrankt und aufgrund dessen geschäftsunfähig. Der Beteiligte zu 1 und die Beteiligte zu 3 könnten sich nicht auf einen Geschäftsführer einigen. Die Bestellung eines Notgeschäftsführers sei erforderlich, um Schaden von der Gesellschaft abzuwenden. Wegen der Einzelheiten wird auf die Antragschrift vom 16.08.2021 Bezug genommen.

3 Das AG Mannheim hat den Antrag mit Beschluss vom 16.08.2021, zugestellt am 30.09.2021, zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, ein dringender Fall im Sinne des § 29 BGB analog sei nicht dargelegt, da die Bestellung eines Betreuers für die vermeintlich geschäftsunfähige Beteiligte zu 2 ein adäquates Verfahren darstelle, durch welches die Stimmrechtsausübung und damit die Bestellung eines Geschäftsführers ermöglicht werden könnte. Zudem könne bis zur Bestellung eines Betreuers für die Beteiligte zu 2 dieser auch kein rechtliches Gehör gewährt werden.

4 Gegen diesen Beschluss hat der Beteiligte zu 1 mit Schriftsatz seines Verfahrensbevollmächtigten vom 13.10.2021

Beschwerde einlegen lassen. Er verfolgt damit sein ursprüngliches Begehren weiter.

5 Mit Beschluss vom 19.10.2021 hat das AG (Registergericht) der Beschwerde nicht abgeholfen und die Akten dem erkennenden Gericht zur Entscheidung über die Beschwerde vorgelegt.

6 Mit Beschluss des AG Sinsheim vom 11.02.2022 (Az.: [...]) wurde Frau M G als Betreuerin für die Beteiligte zu 2 bestellt. Der Aufgabenkreis umfasst die Vermögenssorge einschließlich gesellschaftsrechtlicher Angelegenheiten. Die Betreuerin hält ebenfalls die Bestellung eines Notgeschäftsführers für erforderlich, da die Beteiligte zu 3 anzweifelt, dass die Beteiligte zu 2 Erbin des verstorbenen J D geworden sei und daher keine ordnungsgemäße Ladung zur Gesellschafterversammlung zur Bestellung eines neuen Geschäftsführers erfolgen könne.

7 II. 1. Die Beschwerde ist statthaft und auch im Übrigen zulässig. Sie wurde insbesondere form- und fristgerecht eingelegt.

8 Gegen den Beschluss des AG über die Bestellung des Notvorstands bzw. Notgeschäftsführers oder die Ablehnung des Antrags findet die Beschwerde gemäß §§ 58 ff. FamFG statt (BeckOGK-BGB/*Segna*, Stand: 01.01.2022, § 29 Rdnr. 27). Der Antragsteller ist auch gemäß § 59 Abs. 1 und 2 FamFG beschwerdebefugt, da er durch die Zurückweisung seines Antrags in seinen Rechten beeinträchtigt ist (BGH, Beschluss vom 23.09.2014, II ZB 4/14, juris Rdnr. 9). Die Beschwerde wurde gemäß §§ 63 ff. FamFG form- und fristgerecht beim AG eingelegt und auch begründet.

9 2. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

10 a) Das Beschwerdegericht tritt gemäß § 68 Abs. 3 FamFG in vollem Umfang an die Stelle des Erstgerichts und entscheidet unter Berücksichtigung des Sach- und Streitstands zum Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung über die Sache neu (BeckOK-FamFG/*Obermann*, Stand: 01.01.2022, § 69 Rdnr. 2; BGH, Beschluss vom 14.08.2013, XII ZB 614/11, juris Rdnr. 43). Die Voraussetzungen für die Bestellung eines Notgeschäftsführers nach § 29 BGB analog liegen unter Berücksichtigung des Sach- und Streitstands zum Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung vor.

11 b) Ist oder wird eine GmbH aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen geschäftsführerlos, also führunglos (vgl. § 35 Abs. 1 GmbHG), und ist die Gesellschafterversammlung nicht in der Lage, einen Geschäftsführer zu bestellen, so kann auf Antrag durch das Registergericht am Sitz der Gesellschaft in dringenden Fällen ein Notgeschäftsführer bestellt werden. Ein dringender Fall für die Bestellung eines Notgeschäftsführers liegt nur dann vor, wenn die Gesellschaftsorgane selbst nicht in der Lage sind, innerhalb einer angemessenen Frist den Mangel zu beseitigen und der Gesellschaft oder einem Beteiligten ohne Notgeschäftsführerbestellung Schaden drohen würde oder eine alsbald erforderliche Handlung nicht vorgenommen werden würde (Steuerberater Rechtshandbuch/*Lutz/Voigt*, Stand: 2022, I. Der GmbH-Geschäftsführer im Gesellschaftsrecht, Rdnr. 33; OLG Zweibrücken, Beschluss

vom 30.09.2011, 3 W 119/11, juris Rdnr. 9). Die gerichtliche Bestellung eines Notgeschäftsführers ist dabei immer „ultima ratio“ und kommt nur in Betracht, wenn keine andere Möglichkeit besteht, die Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft zu beseitigen (Oppenländer/Trölitisch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, § 11 Die Bestellung des Geschäftsführers Rdnr. 25, beckonline).

12 aa) Die Gesellschaft ist derzeit führunglos, da der vorherige Geschäftsführer verstorben ist und ein neuer Geschäftsführer bislang nicht bestellt ist.

13 bb) Die Gesellschafterversammlung kann zwar gemäß § 50 Abs. 3 GmbHG durch die verbleibenden Gesellschafter, d. h. die Beteiligten zu 1, 2 und 3 einberufen werden.

14 cc) Indes kann die Ladung zur Gesellschafterversammlung derzeit nicht ordnungsgemäß erfolgen. Gemäß § 51 Abs. 1 GmbHG erfolgt die Einberufung der Gesellschafterversammlung durch Einladung aller Gesellschafter mittels eingeschriebenem Brief. Die Ladung ist an die gemäß § 40 Abs. 1, § 16 Abs. 1 GmbHG in die Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafter zu richten.

15 Die Ladung der Beteiligten zu 2 kann nunmehr, nachdem für sie eine Betreuerin bestellt wurde, erfolgen. Die Betreuerin kann diese auch in der Gesellschafterversammlung vertreten.

16 In der Gesellschafterliste ist jedoch weiterhin auch Herr J D als Gesellschafter eingetragen. Dieser kann nicht geladen werden, da er verstorben ist.

17 Sind die Erben nicht bekannt, kann eine ordnungsgemäße Ladung nicht erfolgen, da der nichtexistierende Gesellschafter nicht geladen werden kann (*Lange*, NJW 2016, 1852, 1853). Ohne Erbschein ist die Erbfolge (und damit auch die Identität der Gesellschafter) immer unbekannt (*Lange*, NJW 2016, 1852, 1853). Dies gilt auch im vorliegenden Fall. Es ist nicht völlig ausgeschlossen, dass der Verstorbene tatsächlich die Einsetzung seiner Ehefrau in dem gemeinschaftlichen Testament später widerrufen und anderweitig testiert hat, auch wenn der Widerruf gemäß § 2271 Abs. 1 Satz 1, § 2296 BGB persönlich zu notarieller Urkunde hätte erfolgen und der Ehefrau hätte zugehen müssen (Erman/S. *Kappler/T. Kappler*, BGB, 16. Aufl. 2020, § 2271 Rdnr. 5).

18 Sind die Erben unbekannt, muss eine Nachlasspflegschaft gemäß § 1960 BGB eingeleitet werden, um die unbekannteren Erben laden zu können (BeckOK-GmbHG, § 51 Rdnr. 13; MHLS/*Römermann*, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 51 Rdnr. 31; Scholz/*Seibt*, GmbHG, 12. Aufl. 2018 ff., § 51 Rdnr. 9; Lutter/Hommelhoff/*Bayer*, GmbH-Gesetz Kommentar, 20. Aufl. 2020, § 51 Rdnr. 10). Nicht entschieden werden braucht an dieser Stelle, ob der Nachlasspfleger nach seiner Bestellung selbst nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG in die Gesellschafterliste aufgenommen wird (so Lutter/Hommelhoff/*Bayer*, GmbH-Gesetz Kommentar, § 51 Rdnr. 10) oder die „unbekannteren Erben in Erbengemeinschaft“ (so *Lange*, NJW 2016, 1852, 1853), da in beiden Fällen der Nachlasspfleger die Rechte der unbekannteren Erben als Vertreter wahrnimmt.



19 Solange die unbekanntenen Erben oder der Nachlasspfleger nicht in die Gesellschafterliste eingetragen sind und eine Nachlasspflegschaft eingerichtet wurde, kann eine ordnungsgemäße Ladung zur Gesellschafterversammlung nicht erfolgen.

20 Zwar kommt grundsätzlich auch die Ladung eines über den Tod hinaus bestimmten Vertreters des Verstorbenen in Betracht (BeckOK-GmbHG/Schindler, Stand: 01.05.2021, § 51 Rdnr. 12; OLG Naumburg, Urteil vom 01.09.2016, 2 U 95/15, BeckRS 2016, 108120 Rdnr. 39; Wolff, BB 2010, 454, 456), jedoch ist die der Beteiligten zu 2 erteilte Generalvollmacht (...) durch die dauerhafte Geschäftsunfähigkeit der Beteiligten zu 2 erloschen (jurisPK-BGB/Weinland, Stand: 04.02.2022, § 168 Rdnr. 7), sodass auch insoweit eine ordnungsgemäße Ladung nicht erfolgen kann.

21 Die verbleibenden Gesellschafter sind nicht in der Lage die Gesellschafterliste gemäß § 16 Abs. 1, § 40 Abs. 1 GmbHG zu berichtigen. Hierfür ist nach § 40 Abs. 1 GmbHG allein der Geschäftsführer zuständig. Vor Änderung der Gesellschafterliste und Bestellung eines Nachlasspflegers ist, da die Erben nicht durch Erbschein festgestellt sind, eine ordnungsgemäße Einberufung der Gesellschafterversammlung nicht möglich, sodass die Gesellschafter derzeit auch keinen neuen Geschäftsführer bestimmen können. Dennoch gefasste Beschlüsse wären gemäß § 241 Nr. 1 i. V. m. § 121 Abs. 4 AktG analog nichtig (MHLS/Römermann, GmbHG, § 51 Rdnr. 101; Scholz/Seibt, GmbHG, § 51 Rdnr. 26; BGH, Urteil vom 14.12.1961, II ZR 97/59, BGHZ 36, 207-211 Rdnr. 9; Brandenburgisches OLG, Urteil vom 15.03.2005, 6 U 90/04, juris Rdnr. 54).

22 cc) Das Erbscheinsverfahren ist auch nicht vorrangig durchzuführen.

23 Auch wenn die Erbfolge durch Erteilung eines Erbscheins nachgewiesen wäre, wäre richtigerweise ebenfalls keine ordnungsgemäße Ladung zur Gesellschafterversammlung und wirksame Beschlussfassung vor Änderung der Gesellschafterliste, welche nur durch den Geschäftsführer erfolgen kann, möglich. Gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG gelten die Erben erst nach Eintragung in die Gesellschafterliste im Verhältnis zur Gesellschaft als teilnahmeberechtigte Gesellschafter (Lange, NJW 2016, 1852, 1853; Wolff, BB 2010, 454, 455; Scholz/Seibt, GmbHG, § 51 Rdnr. 9 m. w. N.), sodass auch in diesem Fall die Gesellschafterversammlung mangels Teilnahme des in der Liste ausgewiesenen verstorbenen Gesellschafters keine wirksamen Beschlüsse fassen kann (Lange, NJW 2016, 1852, 1853; Wolff, BB 2010, 454, 455). Die gegenteilige Ansicht, wonach sich die Erben als tatsächliche Gesellschafter jederzeit, etwa durch einen Erbschein, gegenüber der Gesellschaft auf ihre materielle Mitgliedschaft berufen können und nach § 1922 BGB in die formelle Mitgliedschaft des Erblassers eintreten (Foerster, EWIR 2020, 327, 328), ist abzulehnen. Nach der gesetzlichen Wertung ist die Legitimation der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft in § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ausdrücklich allein an die Aufnahme in die Gesellschafterliste geknüpft (Heidinger, GmbHR, 2020, 274, 275).

24 Offen kann bleiben, ob die durch Erbschein ausgewiesenen Erben gemäß § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG an einer Beschlussfassung mitwirken könnten. Ein solcher Beschluss wäre jedenfalls schwebend unwirksam und würde nur wirksam werden, wenn die Liste unverzüglich in das Handelsregister aufgenommen wird, wobei fraglich ist, ob der Geschäftsführer, der seinerseits noch nicht in das Handelsregister eingetragen ist, die geänderte Gesellschafterliste beim Handelsregister einreichen kann (Heidinger, GmbHR, 2020, 274, 276). Dieser Weg ist – jedenfalls bei wie hier bestehenden Differenzen zwischen den Gesellschaftern – mit erheblichen Risiken behaftet, sodass die Gesellschaft und die Gesellschafter hierauf nicht verwiesen werden können (OLG Köln, Beschluss vom 27.06.2019, I-18 Wx 11/19, juris Rdnr. 9).

25 Zudem kann das Ende des Erbscheinverfahrens – welches erfahrungsgemäß mehrere Monate dauert – nicht abgewartet werden, da die Gesellschaft bereits seit 2020 führungslos ist und die Gesellschaft ihren gesetzlichen Verpflichtungen (zum Beispiel hinsichtlich der Veröffentlichung von Jahresabschlüssen) ohne Geschäftsführer nicht nachkommen kann, weshalb ihr erheblicher Schaden droht. Sollte der Erbschein zeitnah erteilt werden, so könnte der Notgeschäftsführer die Gesellschafterliste entsprechend ändern und sodann zur Gesellschafterversammlung laden. In diesem Fall würde lediglich die Notwendigkeit der Bestellung eines Nachlasspflegers entfallen.

26 Die Voraussetzungen für die Bestellung eines Notgeschäftsführers liegen daher vor.

27 c) Der Aufgabenkreis des Notgeschäftsführers ist jedoch darauf zu beschränken, die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass die Gesellschafter einen neuen Geschäftsführer bestellen können, nämlich die Änderung der Gesellschafterliste entsprechend der (unbekannten) Erbfolge sowie die Einberufung einer Gesellschafterversammlung zur Bestellung eines neuen Geschäftsführers (für den Fall des Todes des Alleingeschäftsführers und aller Gesellschafter: OLG Köln, Beschluss vom 27.06.2019, I-18 Wx 11/19, juris Rdnr. 10).

28 d) Nachdem der Aufgabenkreis auf die Änderung der Gesellschafterliste und die Einberufung einer Gesellschafterversammlung zu beschränken war, bestehen keine Bedenken, den Beteiligten zu 1, der bereits in der Vergangenheit Geschäftsführer der Gesellschaft war und zur Übernahme des Amtes bereit ist, zum Notgeschäftsführer zu bestellen. Dem stehen die zwischen ihm und der Beteiligten zu 3 bestehenden Differenzen nicht entgegen.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. Christian Linke, Vilsbiburg

1. Bestellung eines Notgeschäftsführers bei Tod des Gesellschafter-Geschäftsführers

Die Entscheidung des OLG Karlsruhe wirft die gerade aus notarieller Sicht praxisrelevante Frage auf, unter welchen Voraussetzungen nach Versterben des Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH ein Notgeschäftsführer zu bestellen ist.

Analog § 29 BGB kann das Registergericht am Sitz der Gesellschaft in dringenden Fällen auf Antrag einen Notgeschäftsführer bestellen, wenn der Gesellschaft ein Geschäftsführer fehlt oder dieser aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen an der Geschäftsführung gehindert ist.¹ Da die gerichtliche Bestellung eines Geschäftsführers ultima ratio ist, ist ein dringender Fall nur anzunehmen, wenn kumulativ zwei Voraussetzungen gegeben sind: (1) Die Gesellschaftsorgane sind selbst nicht in der Lage, innerhalb einer angemessenen Frist den Mangel zu beseitigen. (2) Der Gesellschaft oder einem Beteiligten droht ohne Notgeschäftsführerbestellung Schaden oder eine alsbald erforderliche Handlung kann nicht vorgenommen werden.² Die Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste nach dem Tod eines Gesellschafters ist aufgrund der in § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG statuierten Pflicht des Geschäftsführers hierzu eine solche Handlung.³

Entscheidend für die Erforderlichkeit eines Notgeschäftsführers ist daher vorliegend, dass die Führungslosigkeit der Gesellschaft nicht im Wege der Bestellung eines Geschäftsführers durch die Gesellschafterversammlung zu beheben ist. Dies hat das OLG Karlsruhe im vorliegenden Fall bejaht. Es ist der Ansicht, dass nach dem Tod eines Gesellschafters vor Änderung der Gesellschafterliste eine ordnungsgemäße Ladung zur Gesellschafterversammlung nicht erfolgen könne. Dies soll im Folgenden zum Anlass genommen werden, die Möglichkeit der Geschäftsführerbestellung nach dem Tod des Gesellschafter-Geschäftsführers genauer zu beleuchten. Dabei wird festzustellen sein, dass die Argumentation des OLG Karlsruhe die gesetzliche Regelung in § 16 Abs. 1 GmbHG verkennt und die Bestellung eines Notgeschäftsführers nicht erforderlich gewesen wäre.

- 1 OLG München, Beschluss vom 11.09.2007, 31 Wx 49/07, FGPrax 2007, 281; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.02.2021, 3 Wx 5/21, NZG 2021, 882; Noack/Servatius/Haas/Beurskens, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 6 Rdnr. 40.
- 2 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27.04.2022, 1 W 71/21 (Wx), Rdnr. 11; so bereits OLG München, Beschluss vom 11.09.2007, 31 Wx 49/07, FGPrax 2007, 281, 282; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.02.2021, 3 Wx 5/21, NZG 2021, 882, 884; Noack/Servatius/Haas/Beurskens, GmbHG, § 6 Rdnr. 41.
- 3 OLG München, Beschluss vom 11.09.2007, 31 Wx 49/07, FGPrax 2007, 281, 283; Noack/Servatius/Haas/Beurskens, GmbHG, § 6 Rdnr. 41.

2. Möglichkeit der Geschäftsführerbestellung durch die Gesellschafterversammlung

Die Möglichkeit einer Geschäftsführerbestellung durch die Gesellschafterversammlung nach dem Tod des Gesellschafter-Geschäftsführers soll im Folgenden anhand von vier Fallgruppen überprüft werden. Dabei wird zum einen danach differenziert, ob der Gesellschafter-Geschäftsführer der alleinige oder einer von mehreren Gesellschaftern war. Zum anderen ist zu unterscheiden, ob die Erben bekannt oder unbekannt sind. Die gebildeten Fallgruppen werfen unterschiedliche rechtliche Fragen auf.

a) Alleingesellschafter-Geschäftsführer

Beim Tod des Alleingesellschafter-Geschäftsführers macht es einen erheblichen Unterschied, ob die Erben bekannt sind.

aa) Erben bekannt

Sind die Erben bekannt, etwa weil bereits ein Erbschein vorliegt oder sich die Erben aufgrund einer Verfügung von Todes wegen unstreitig ergeben, so können diese (unter Verzicht auf sämtliche Form- und Fristvorschriften) durch Gesellschafterbeschluss einen neuen Geschäftsführer bestellen. Da die Erben zu diesem Zeitpunkt noch nicht in der Gesellschafterliste eingetragen sind, ist dieser Beschluss zwar zunächst schwebend unwirksam. Er gilt jedoch als von Anfang an wirksam, wenn die die Erben als Gesellschafter ausweisende, vom bestellten Geschäftsführer einzureichende Gesellschafterliste unverzüglich in das Handelsregister aufgenommen wird, § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG. Dies obliegt letztlich der Entscheidungsbefugnis des Registergerichts. Die Registerpraxis akzeptiert jedoch nach der bescheidenen Erfahrung des Verfassers eine solche Vorgehensweise, wenn der Erbe seine Erbenstellung zweifelsfrei nachweist.⁴ Die Forderung eines diesbezüglichen Nachweises liegt dabei innerhalb der allgemeinen Prüfungszuständigkeit des Registergerichts. Diesem steht nach zutreffender Ansicht im Hinblick auf die Gesellschafterliste zwar kein inhaltliches Prüfungsrecht zu. Es darf deren Aufnahme aber in formaler Hinsicht sowie auf offenbare Unrichtigkeiten überprüfen.⁵ Hierunter fällt auch, ob die Liste durch den dafür zuständigen Geschäftsführer eingereicht wurde. Das Registergericht überprüft somit bei Forderung eines Erbnachweises genau genommen nicht den Inhalt der Liste, sondern die Wirksamkeit des Geschäftsführerbestellungsbeschlusses.⁶ Die Gesellschafterliste darf nämlich nur durch den wirksam bestellten Geschäftsführer eingereicht werden. Als Erbnachweis sollte unter Heran-

- 4 Hierzu auch *Heidinger*, ZNotP 2012, 449, 459; *Gutfried*, notar 2017, 228, 233; dagegen gehen OLG Köln, Beschluss vom 27.06.2019, 18 Wx 11/19, BeckRS 2019, 24204; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 16 Rdnr. 45; *D. Mayer*, MittBayNot 2014, 114, 124 wohl von der Erforderlichkeit einer Notgeschäftsführerbestellung aus.
- 5 Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, § 40 Rdnr. 75 f.
- 6 So auch *Heidinger*, ZNotP 2012, 449, 459.

ziehung des Rechtsgedankens von § 12 Abs. 1 Satz 5 HGB, § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO ein Erbschein, aber auch eine notarielle Verfügung von Todes wegen samt Eröffnungsniederschrift ausreichend sein. Die Bestellung eines Notgeschäftsführers dürfte daher nur erforderlich werden, wenn das Registergericht (unberechtigterweise) die Aufnahme der Liste verweigert.

bb) Erben unbekannt

Sind die Erben des Alleingesellschafter-Geschäftsführers unbekannt oder ist deren Stellung nicht in hinreichender Form nachgewiesen, scheidet das aufgezeigte Vorgehen dagegen aus. In diesem Fall bleibt zur Beseitigung der Führungslosigkeit der Gesellschaft nur die Bestellung eines Notgeschäftsführers. Antragsberechtigt ist dabei jeder, der an der Notbestellung ein unmittelbares eigenes Interesse hat. Das können neben möglichen Erben auch Gläubiger sein.⁷ Auch wenn nicht einheitlich beantwortet wird, ob der Antragsteller sein unmittelbares eigenes Interesse glaubhaft oder lediglich plausibel machen muss, dürften an den Nachweis keine „überspitzte[n] Anforderungen“⁸ zu stellen sein. Ein handschriftliches Testament oder die in Betracht kommende gesetzliche Erbenstellung sollten daher zu diesem Zweck ausreichen. Da die gerichtliche Notbestellung eines Geschäftsführers ultima ratio ist, ist dessen Aufgabenkreis auf die Änderung der Gesellschafterliste entsprechend der (unbekannten) Erbfolge sowie die Einberufung einer Gesellschafterversammlung zur Bestellung eines neuen Geschäftsführers zu beschränken.⁹

Zum Zwecke der Einberufung einer Gesellschafterversammlung hat der Notgeschäftsführer für die unbekannt Erben die Bestellung eines Nachlasspflegers gemäß § 1960 BGB zu erwirken, der zur Gesellschafterversammlung zu laden ist und die Gesellschafterrechte für die unbekannt Erben ausüben kann.¹⁰ Gerichtlich noch ungeklärt ist, ob in der Gesellschafterliste die unbekannt Erben,¹¹ der Nachlasspfleger¹² oder beide¹³ anzugeben sind. *Lange*¹⁴ verweist diesbezüglich nicht zu Unrecht auf eine Entscheidung des BGH, in der dieser die Aufnahme eines Testamentsvollstreckervermerks in die Gesellschafterliste für überflüssig und damit unzulässig erachtet. Dies begründet er damit, dass die Gesellschafter-

terliste nur den Erben als Gesellschafter ausweise, der Testamentsvollstreckter sich dagegen durch sein Testamentsvollstreckterzeugnis legitimiere.¹⁵ Hiervon unterscheidet sich der Fall einer Nachlasspflegschaft jedoch insofern, als die Erben und damit die Gesellschafter hier gerade noch nicht feststehen. Das Telos des § 40 GmbHG, Transparenz über die Beteiligungsverhältnisse sowie Rechtssicherheit für die Gesellschaft zu schaffen,¹⁶ gebietet daher die zusätzliche Aufnahme des Nachlasspflegers. In der Gesellschafterspalte sollten daher aufgenommen werden:

Die unbekannt Erben nach X (verstorbenen Gesellschafter), vertreten durch Y (Nachlasspfleger).

b) Gesellschafter-Geschäftsführer bei Gesellschaftermehrheit

Ist der verstorbene Gesellschafter-Geschäftsführer dagegen einer von mehreren Gesellschaftern gewesen, so ist den verbleibenden Gesellschaftern ein Gesellschafterbeschluss zur Bestellung eines Geschäftsführers grundsätzlich möglich. Da kein Geschäftsführer vorhanden ist, der die Gesellschafterversammlung gemäß § 49 Abs. 1 GmbHG einberufen kann, können verbleibende Gesellschafter, die 10 % des Stammkapitals der Gesellschaft halten, die Einberufung selbst bewirken, § 50 Abs. 3 GmbHG. Diese hat jedoch unter Ladung sämtlicher Gesellschafter zu erfolgen, § 51 Abs. 1 GmbHG. Problematisch und nach Durchsicht der Literatur nach wie vor unklar ist, wer in diesem Fall für den verstorbenen Gesellschafter zu laden ist. Dies verwundert angesichts der analog § 241 Nr. 1, § 121 Abs. 4 AktG drohenden Nichtigkeit gefasster Gesellschafterbeschlüsse.¹⁷

Teilweise geht man davon aus, dass stets der Erblasser zu laden ist, solange dieser in der Gesellschafterliste als Gesellschafter aufgenommen ist.¹⁸ Teilweise wird diesbezüglich nach der Kenntnis der Gesellschaft differenziert: Solange dieser der Tod des Gesellschafters noch unbekannt ist, könne dieser geladen werden. Nach Kenntnis des Todes könne eine Ladung an den Verstorbenen dagegen nicht mehr, an die noch nicht in die Gesellschafterliste aufgenommen Erben noch nicht erfolgen.¹⁹ Dieser Auffassung hat sich offenbar auch das OLG Karlsruhe an-

7 Noack/Servatius/Haas/Beurskens, GmbHG, § 6 Rdnr. 39.

8 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.02.2021, 3 Wx 5/21, NZG 2021, 882, 883.

9 So auch OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27.04.2022, 1 W 71/21 (Wx), Rdnr. 27.

10 Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 51 Rdnr. 10; D. Mayer, MittBayNot 2014, 114, 125; Scholz/Seibt, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 51 Rdnr. 9.

11 F.-H. Lange, NJW 2016, 1852, 1854.

12 D. Mayer, MittBayNot 2014, 114, 125.

13 Altmeyden, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 40 Rdnr. 18; MünchKomm-GmbHG/Heidinger, 3. Aufl. 2019, § 40 Rdnr. 40; Scholz/Seibt, GmbHG, § 40 Rdnr. 17; hierzu auch DNotI-Gutachten Nr. 113705, S. 8.

14 F.-H. Lange, NJW 2016, 1852, 1854.

15 BGH, Beschluss vom 24.02.2015, II ZB 17/14, DNotZ 2015, 456, 458.

16 BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NZG 2019, 269, 271.

17 BGH, Urteil vom 14.12.1961, II ZR 97/59, NJW 1962, 538, 538 f.; Noack/Servatius/Haas/Noack, GmbHG, § 51 Rdnr. 28.

18 Leuring/Kurka, NZG 2022, 1341, 1343; MünchKomm-GmbHG/Heidinger, 4. Aufl. 2022, § 16 Rdnr. 169, 171; Scholz/Seibt, GmbHG, § 51 Rdnr. 9; Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts/Wolff, 5. Aufl. 2018, § 39 Rdnr. 34 b.

19 Altmeyden, GmbHG, § 51 Rdnr. 6; MünchKomm-GmbHG/Liebscher, 3. Aufl. 2019, § 51 Rdnr. 15; Noack/Servatius/Haas/Noack, GmbHG, § 51 Rdnr. 6a, unklar Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, § 51 Rdnr. 10; zweifelnd im Hinblick auf die Ladung des Erblassers vor Kenntnis F.-H. Lange, NJW 2016, 1852, 1853.



geschlossen,²⁰ das daher die gerichtliche Notbestellung eines Geschäftsführers für erforderlich hält. Die Auffassung ist jedoch mit § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG nicht vereinbar. Danach gilt bei einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter als Inhaber eines Geschäftsanteils nur, wer als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Die gesetzliche Regelung entkoppelt somit die formale Gesellschafterstellung im Wege einer unwiderlegbaren Vermutung²¹ von der materiellen Rechtslage. Sie unterscheidet dabei nach ihrem eindeutigen Wortlaut nicht nach der Art der Rechtsnachfolge. Die Unsicherheiten der vorstehenden Ansicht im Umgang mit § 16 Abs. 1 GmbHG lassen sich daher nur damit erklären, dass sie der vor dem MoMiG geltenden gesetzlichen Konzeption verhaftet ist. Die bis 31.10.2008 geltende Fassung des § 16 Abs. 1 GmbHG sah eine Gesellschafterlegitimation (durch Anmeldung bei der Gesellschaft) nämlich nur im Fall der Anteilsabtretung vor. Nach dem klaren Willen des Gesetzgebers soll § 16 Abs. 1 GmbHG in seiner jetzigen Fassung jedoch „nicht nur bei rechtsgeschäftlicher Übertragung durch Abtretung, sondern bei allen Formen des Anteilsübergangs, insbesondere bei der Gesamtrechtsnachfolge“²² gelten. Auch mit dem Telos der Norm, Rechtssicherheit durch klare Verhältnisse innerhalb der Gesellschaft zu schaffen,²³ lässt sich eine Ausklammerung der Gesamtrechtsnachfolge aus dem Anwendungsbereich der Norm nur schwer vereinbaren. Das Gesetz will die Gesellschaft von den Risiken der Unsicherheiten über die materielle Rechtslage gerade befreien. Diese Unsicherheiten bestehen gerade im Erbfall, etwa im Hinblick auf eine etwaige Testierunfähigkeit des Erblassers, auf Formmängel der letztwilligen Verfügung sowie deren Auslegung oder die Erbenermittlung.²⁴ Zweifel an diesem Ergebnis könnten sich allenfalls darauf gründen, dass damit die Gesellschafterstellung eines nicht mehr existenten Rechtssubjekts vermutet und dieses geladen wird. Dies ist jedoch der gesetzlichen Konzeption des § 16 GmbHG geschuldet. Im Übrigen verlangt die herrschende Meinung einen Zugang der Ladung ganz generell nicht.²⁵ Nach zutreffender Ansicht hat die Ladung daher kenntnisunabhängig an

den verstorbenen Gesellschafter zu erfolgen. Somit wäre auch im vom OLG Karlsruhe entschiedenen Fall unter Ladung des verstorbenen Gesellschafter ein ordnungsgemäßer Gesellschafterbeschluss zur Bestellung eines Geschäftsführers möglich gewesen. Die Erforderlichkeit eines Notgeschäftsführers lässt sich angesichts dessen kaum begründen.

Da die Bestellung eines neuen Geschäftsführers nach Versterben des Gesellschafter-Geschäftsführers bei Vorhandensein mehrerer Gesellschafter wie aufgezeigt auch unabhängig von den Erben möglich ist, führt deren Bekanntheit hier lediglich zu unterschiedlichen Folgen nach dem Bestellungsbeschluss.

aa) Erben bekannt

Sind die Erben des Gesellschafter-Geschäftsführers bekannt, so hat der neu bestellte Geschäftsführer diese auf ihre Legitimation hin in die Gesellschafterliste aufzunehmen. Dabei trifft ihn eine inhaltliche Prüfungspflicht, die jedoch mangels juristischer Kenntnisse nicht überspannt werden darf, sich aber auch nicht auf die bloße Plausibilität der mitgeteilten Veränderung erstrecken kann, sondern zumindest eine auf Tatsachen beruhende qualifizierte Plausibilitätsprüfung erfordert.²⁶ Für den Nachweis der Erbfolge sollte daher die Vorlage eines Erbscheins sowie einer notariellen Verfügung von Todes wegen samt Eröffnungsniederschrift ausreichend, in aller Regel aber auch erforderlich sein.²⁷ Um für die Geschäftsführung diesbezüglich eine rechtssichere Handhabung zu schaffen, empfiehlt sich die Aufnahme einer entsprechenden Satzungsregelung.

bb) Erben unbekannt

Sind die Erben dagegen noch unbekannt, hat der neu bestellte Geschäftsführer wie im Fall des verstorbenen Alleingesellschafter-Geschäftsführers die Bestellung eines Nachlasspflegers zu erwirken und die Gesellschafterliste mit den unbekanntem Erben, vertreten durch den Nachlasspfleger, als neuem Gesellschafter zum Handelsregister einzureichen.

3. Fazit

Die Entscheidung des OLG Karlsruhe verkennt den Anwendungsbereich sowie die Auswirkungen von § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG. Richtigerweise wäre der verstorbene Gesellschafter zur Gesellschafterversammlung zu laden gewesen. Dort hätten die übrigen Gesellschafter wirksam einen neuen Geschäftsführer bestellen können. Der für die gerichtliche Notgeschäftsführerbestellung erforderliche dringende Fall war somit nicht gegeben. Eine Korrektur durch den BGH scheidet mangels Zulassung der Rechtsbeschwerde gleichwohl aus.

20 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 27.04.2022, 1 W 71/21 (Wx), Rdnr. 19.

21 OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.06.2016, I-16 U 74/15, NZG 2017, 264, 266; KG, Beschluss vom 18.12.2019, 22 W 52/19, BeckRS 2019, 43896; OLG Brandenburg, Urteil vom 21.08.2019, 7 U 169/19, BeckRS 2019, 19502; a. A. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 04.11.2016, 20 W 269/16, BeckRS 2016, 116146 (gesetzliche Fiktion).

22 BT-Drucks. 16/6140, S. 38.

23 BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NZG 2019, 269, 271; OLG Naumburg, Urteil vom 01.09.2016, 2 U 95/15, MittBayNot 2017, 287, 289; Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, § 16 Rdnr. 9.

24 OLG Naumburg, Urteil vom 01.09.2016, 2 U 95/15, MittBayNot 2017, 287, 289; so auch *Leuering/Kurka*, NZG 2022, 1341, 1343.

25 *Altmeppen*, GmbHG, § 51 Rdnr. 6; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 51 Rdnr. 5; *Noack/Servatius/Haas/Noack*, GmbHG, § 16 Rdnr. 9.

26 *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 40 Rdnr. 75.

27 *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 40 Rdnr. 78; *Ivo*, ZEV 2009, 333, 336; DNotI-Gutachten Nr. 139895, S. 2; skeptisch bezüglich einer notariellen Verfügung von Todes wegen *Heidinger*, ZNotP 2012, 449, 450.

Angesichts der ambivalenten Rechtslage sollte jedem Gesellschafter eine Vorsorgevollmacht zur Schaffung von Rechts- und Planungssicherheit empfohlen werden. Der Bevollmächtigte kann – die typische transmortale Geltung der Vollmacht vorausgesetzt – die Gesellschafterrechte des verstorbenen Gesellschafters ausüben und somit im Fall des Alleingesellschafter-Geschäftsführers einen neuen Geschäftsführer bestellen sowie beim Vorhandensein mehrerer Gesellschafter wirksam zur Gesellschafterversammlung geladen werden.²⁸ Ironischerweise gab es im vorliegenden Fall sogar eine entsprechende Vollmacht. Diese war jedoch aufgrund der Geschäftsunfähigkeit der dementen bevollmächtigten Ehefrau des Verstorbenen erloschen.²⁹ Aus diesem Grund empfiehlt sich nach Möglichkeit die Aufnahme mehrerer Bevollmächtigter.

28 OLG Naumburg, Urteil vom 01.09.2016, 2 U 95/15, MittBayNot 2017, 287, 289; MünchKomm-GmbHG/Heidinger, § 16 Rdnr. 172; Link, RNotZ 2009, 193, 213; Wachter, DB 2009, 159, 162; siehe auch DNotI-Gutachten Nr. 113705, S. 9.

29 Die Vollmacht erlischt bei dauerhafter Geschäftsunfähigkeit, da sie dauerhaft nicht mehr ausgeübt werden kann, § 165 BGB, vgl. MünchKomm-BGB/Schäfer, 9. Aufl. 2021, § 168 Rdnr. 7.

16. Keine Befugnis des Gesellschafters zur Einreichung einer Gesellschafterliste zum Handelsregister selbst bei hierzu verpflichtender einstweiliger Verfügung

KG, Beschluss vom 29.11.2021, 22 W 58/21

FamFG § 59 Abs. 2, § 68 Abs. 2
GmbHG § 40 Abs. 1

LEITSATZ:

Ein Gesellschafter ist zur Erstellung einer Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 1 GmbHG und zur Einreichung zur Aufnahme in den Registerordner nicht befugt. Dies gilt auch dann, wenn er eine einstweilige Verfügung erwirkt hat, nach der die Gesellschaft zur Einreichung einer Liste mit diesem Inhalt verpflichtet wird.

INTERNATIONALES PRIVATRECHT

17. Anwendbares Unterhaltsrecht bei Aufenthaltswechseln – „Expatriates“

BGH, Beschluss vom 11.05.2022, XII ZB 543/20
(Vorinstanz: OLG Karlsruhe, Beschluss vom 26.11.2020, 2 UF 3/20)

EuUnthVO Art. 15
HUP Art. 3 Abs. 1, Art. 5, 8

LEITSÄTZE:

1. **Ob für eine engere Verbindung der Ehe zum Recht eines anderen Staates nach Art. 5 HUP Anhaltspunkte von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass der gewöhnliche Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten als in der Regel maßgeblicher Anknüpfungspunkt zurücktritt, ist eine Frage der bei der vorzunehmenden wertenden Gesamtbetrachtung zu berücksichtigenden Einzelfallumstände.**
2. **Zur engeren Verbindung der Ehe zum Recht eines anderen Staates nach Art. 5 HUP bei aufgrund beruflicher Verhältnisse eines Ehegatten („Expatriate“) jeweils befristeten Aufenthalten in verschiedenen Ländern.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Antragstellerin (im Folgenden: Ehefrau) begehrt vom Antragsgegner (im Folgenden: Ehemann) nachehelichen Unterhalt.

2 Die Beteiligten, die beide deutsche Staatsangehörige sind, lebten mit ihrer 1992 geborenen Tochter seit dem Jahr 1994 gemeinsam in Schottland, wo der Ehemann eine Doktorandenstelle innehatte. Im Jahr 1999 ging der Ehemann ein Arbeitsverhältnis mit einem weltweit tätigen Mineralölunternehmen ein, wonach er als sog. Expatriate für eine jeweils befristete Zeit von in der Regel vier Jahren an einem internationalen Standort des Unternehmens tätig sein sollte. Daraus ergab sich – unter zwischenzeitlicher Verlängerung – zunächst ein Aufenthalt der Familie in den Niederlanden von 1999 bis 2008, wo die Beteiligten im Jahr 2006 einen Partnerschaftsvertrag nach niederländischem Recht schlossen und im Juli 2008 heirateten. Anschließend lebten sie im Zuge einer befristeten Tätigkeit des Ehemanns im Sultanat Brunei. Seit Juni 2012 hielt sich die Familie im US-Bundesstaat Texas auf, wo der Ehemann für das Unternehmen im Rahmen eines zunächst auf längstens fünf Jahre befristeten Einsatzes zu den Bedingungen eines „Local Non-National“ arbeitete.

3 Im Anschluss an die Trennung der Beteiligten im Februar 2015 wurde ihre Ehe auf ihren beiderseitigen Antrag durch Urteil des Bezirksgerichts des 505. Gerichtsbezirks, Fort Bend County, Texas, vom 08.12.2017 rechtskräftig geschieden. Im Rahmen einer Mediation hatten sie am 06.10.2017 eine – durch das Urteil bestätigte – Scheidungsfolgenvereinbarung getroffen, die im Wesentlichen Regelungen zur

Vermögensauseinandersetzung einschließlich der vom Ehemann erworbenen Anrechte auf Altersvorsorge enthielt. Seit der Scheidung hält sich die Ehefrau bei ihren Eltern in Deutschland auf, während der Ehemann weiterhin in Texas lebt.

4 Das AG hat den Antrag der Ehefrau, den Ehemann zur Zahlung eines rückständigen nachehelichen Ehegattenunterhalts für den Zeitraum von April 2018 bis Juni 2018 in Höhe von insgesamt 15.546,09 € und eines laufenden Unterhalts ab Juli 2018 in Höhe von monatlich insgesamt 5.182,03 € zu verpflichten, auf der Grundlage des nach seiner Auffassung anwendbaren texanischen Unterhaltsrechts zurückgewiesen. Die Beschwerde der Ehefrau hatte vor dem OLG keinen Erfolg. Hiergegen wendet sie sich mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde, mit der sie weiterhin ihren Antrag auf nachehelichen Unterhalt nach deutschem Recht verfolgt.

5 III. Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das OLG.

6 1. Das OLG hat zur Begründung seiner in FamRZ 2021, 1030 veröffentlichten Entscheidung Folgendes ausgeführt:

7 Entgegen der Auffassung der Ehefrau beurteile sich der von ihr geltend gemachte Anspruch in Anwendung des Haager Unterhaltsprotokolls vom 23.11.2007 (HUP) nach texanischem Unterhaltsrecht. Da die Beteiligten im Zuge des Scheidungsverfahrens keine Rechtswahl im Sinne des Art. 8 HUP getroffen hätten, komme es nach Art. 3 Abs. 1 HUP zwar grundsätzlich auf den gewöhnlichen Aufenthalt der berechtigten Person an. Anstelle des danach einschlägigen deutschen Rechts sei hier jedoch gemäß Art. 5 HUP texanisches Recht maßgeblich, weil sich der Ehemann gegen die Anwendung deutschen Rechts wende und vorliegend das Recht des Bundesstaats Texas eine engere Verbindung zur Ehe der Beteiligten aufweise. Im Rahmen der hierbei gebotenen Beurteilung komme es auf alle Verbindungen der Ehe zu den verschiedenen betroffenen Ländern an. Außer Betracht blieben hingegen Umstände, die vor der Eheschließung oder nach der Ehescheidung eingetreten seien.

8 Im vorliegenden Fall spreche für eine engere Verbindung zum texanischen Recht, dass die Beteiligten bezogen auf die gesamte Ehezeit am längsten in Texas gelebt hätten. Dass es sich hierbei auch um den letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Beteiligten handele, indiziere eine enge Verbindung zu der dortigen Rechtsordnung. Der Umstand, dass für die Beteiligten die Dauerhaftigkeit ihres Aufenthalts in Texas nicht festgestanden habe, stehe einer engeren Verbindung deshalb nicht entgegen, weil diese durch weitere Umstände untermauert werde. Die Beteiligten hätten sich bewusst zur Durchführung ihrer Scheidung in Texas entschlossen und sich damit für die dortige Rechtsordnung entschieden, auch wenn diese Ortswahl letztlich aus Gründen der Praktikabilität erfolgt sei. Zudem sei zu berücksichtigen, dass der Ehemann dort weiterhin seinen gewöhnlichen Aufenthalt habe und dieser im Hinblick auf seinen Antrag zur Erteilung einer „Green Card“ nun auf Dauer angelegt sei.

9 Die Verbindung der Beteiligten zu Deutschland bestehe demgegenüber im Wesentlichen in ihrer gemeinsamen deutschen Staatsangehörigkeit. Dieses Kriterium sei jedoch im Rahmen des Art. 5 HUP grundsätzlich zurückhaltend zu bewerten. Darüber hinaus seien die Beteiligten nur durch gelegentliche Besuche mit Deutschland verbunden gewesen; eine Rückkehr dorthin habe während der Ehezeit nicht in Frage gestanden. Auch der Umstand, dass die Beteiligten in den Niederlanden einen Partnerschaftsvertrag abgeschlossen und geheiratet hätten, verdeutliche, dass sie Deutschland gerade nicht als gemeinsame Basis angesehen hätten. Es bestehe allerdings auch keine engere Verbindung der Ehe zu den Niederlanden, da der Ort der Eheschließung in der Regel keine engere Verbindung als der Ort des letzten gewöhnlichen Aufenthalts begründen könne und die Beteiligten nach der Heirat nicht mehr in den Niederlanden gelebt hätten.

10 Ein Anspruch auf nachehelichen Unterhalt bestehe nach dem hier maßgeblichen § 8.051 Abs. 2 des texanischen Family Code nur, wenn die Ehe mindestens zehn Jahre gedauert habe und zudem weitere Voraussetzungen der Bedürftigkeit des Berechtigten erfüllt seien. Im vorliegenden Fall scheitere ein Anspruch bereits an der nicht gegebenen Mindestdauer. Deshalb könne auch dahinstehen, ob die Geltendmachung von Unterhalt schon aufgrund eines auch insoweit abschließenden Charakters des Scheidungsurteils ausgeschlossen sei.

11 2. Dies hält rechtlicher Nachprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand.

12 a) Zutreffend hat das OLG allerdings die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte bejaht, die unbeschadet des Wortlauts des § 72 Abs. 2 FamFG auch in den Verfahren nach dem Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der Rechtsbeschwerdeinstanz von Amts wegen zu prüfen ist (Senatsbeschluss vom 31.03.2021, XII ZB 516/20, FamRZ 2021, 1050 Rdnr. 9 m. w. N.). Sie ergibt sich im vorliegenden Fall aus Art. 1 Abs. 1, Art. 3 lit. b der Verordnung (EG) Nr. 4/2009 des Rates vom 18.12.2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen (EuUntVO), weil die Ehefrau ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat.

13 b) Ohne Erfolg macht der Ehemann geltend, dem Unterhaltsantrag der Ehefrau stehe entgegen, dass über diesen Streitgegenstand eine rechtskräftige Entscheidung in dem in Texas durchgeführten Scheidungsverfahren ergangen sei. Soweit er sich insoweit auf ein Verfahrenshindernis beruft, ist dessen Vorliegen allerdings in jedem Rechtszug von Amts wegen zu prüfen (vgl. Senatsbeschluss vom 10.12.2014, XII ZB 662/13, FamRZ 2015, 479 Rdnr. 16 m. w. N.) und kann – anders als vom OLG angenommen – wegen des grundsätzlichen Vorrangs der Zulässigkeitsprüfung (vgl. Senatsurteil vom 25.01.2012, XII ZR 139/09, FamRZ 2012, 525 Rdnr. 44 m. w. N.) nicht im Hinblick auf eine etwaige Unbegründetheit des Antrags dahinstehen. Ausreichend tragfähige Anhaltspunkte, wonach in dem Scheidungsverfahren eine Sachentscheidung über die Frage des nachehelichen

Unterhalts getroffen wurde, sind jedoch weder dem Scheidungsurteil vom 08.12.2017 noch der ihm zugrundeliegenden, auf solche Ansprüche ebenfalls nicht Bezug nehmenden Mediationsvereinbarung vom 06.10.2017 zu entnehmen; sie sind auch nicht anderweitig vorgetragen oder ersichtlich.

14 c) Indes ist es rechtsfehlerhaft, dass das OLG texanisches Unterhaltsrecht angewendet und auf dieser Grundlage einen Unterhaltsanspruch der Ehefrau verneint hat.

15 aa) Wie das OLG im Ausgangspunkt zutreffend annimmt, bestimmt sich das auf den hier geltend gemachten Unterhaltsanspruch anwendbare Recht gemäß Art. 15 EuUnthVO nach dem Haager Protokoll vom 23.11.2007 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht (ABl. EG Nr. L 331 vom 16.12.2009, S. 19; Haager Unterhaltsprotokoll – HUP). Wegen der in Art. 2 HUP angeordneten Allseitigkeit kommt es aus deutscher Sicht nicht darauf an, dass die Vereinigten Staaten von Amerika kein Vertragsstaat sind (vgl. Senatsbeschluss vom 19.02.2020, XII ZB 358/19, FamRZ 2020, 918 Rdnr. 12 m. w. N.).

16 bb) Frei von Rechtsbedenken ist auch die Auffassung des OLG, dass die Beteiligten im Zuge ihres Scheidungsverfahrens keine Rechtswahl bezüglich des anwendbaren Unterhaltsrechts getroffen haben. Nimmt man an, dass eine Rechtswahl im Sinne des Art. 8 Abs. 1 HUP nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent getroffen werden kann (Grüneberg/Thorn, 81. Aufl., Art. 8 HUnthProt Rdnr. 31 m. w. N.), bedarf es hierfür jedenfalls eines anhand der Gesamtumstände festzustellenden Rechtswahlwillens der Beteiligten (Rauscher/Andrae, EuZPR/EuIPR, 4. Aufl., Art. 8 HUnthStProt Rdnr. 6; vgl. auch Senatsurteil BGHZ 119, 392 = FamRZ 1993, 289, 291 f.). Einen solchen, hier auf die Frage des nahehelichen Unterhalts bezogenen Willen musste das OLG nicht aus den gegebenen Umständen folgern, zumal sich aus der Scheidungsfolgenvereinbarung vom 06.10.2017 kein erkennbarer Bezug zu dieser Frage ergibt.

17 cc) Die Rechtsbeschwerde rügt jedoch erfolgreich die Anwendung des Art. 5 HUP durch das OLG.

18 (1) Nach der Grundregel des Art. 3 Abs. 1 HUP ist für Unterhaltspflichten das Recht des Staates maßgebend, in dem die berechtigte Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Allerdings findet diese Anknüpfung in Fällen des Ehegattenunterhalts gemäß Art. 5 HUP keine Anwendung, wenn eine der Parteien sich dagegen wendet und das Recht eines anderen Staates, insbesondere des Staates des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts der Ehegatten, zu der betreffenden Ehe eine engere Verbindung aufweist. Hintergrund der als Einrede zu qualifizierenden Regelung ist das Vertrauen eines Ehegatten in diejenige Rechtsordnung, der sich beide Eheleute während des Bestehens der Ehe unterstellt haben (Senatsurteil vom 26.06.2013, XII ZR 133/11, FamRZ 2013, 1366 Rdnr. 44 m. w. N.). Ein Ehegatte soll nicht die Möglichkeit haben, das Bestehen und den Inhalt der Unterhaltspflicht durch einen einseitigen Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltsorts auf unfaire Weise zu beeinflussen (Bonomi, Erläuternder Bericht zum HUP Rdnr. 78, veröffentlicht bei www.hcch.net).

19 Art. 5 HUP stellt die Ausnahme zu der in Art. 3 HUP niedergelegten Grundanknüpfung dar. Lässt sich daher keine andere Rechtsordnung feststellen, zu der die Ehe der Beteiligten eine engere Verbindung aufweist, bleibt es nach – soweit ersichtlich – allgemeiner Meinung aufgrund dieser Regel-Ausnahme-Verhältnisses bei der allgemeinen Regel des Art. 3 HUP für das anzuwendende Recht (vgl. BeckOK-BGB/Heiderhoff, Stand: 01.02.2022, HUP 2007 Art. 5 Rdnr. 5; Budzikiewicz/Heiderhoff/Klinkhammer/Niethammer-Jürgens/Klinkhammer, Neue Impulse im europäischen Familienkollisionsrecht, S. 163, 181; MünchKomm-BGB/Staudinger, 8. Aufl., Art. 5 HUP Rdnr. 21; Rauscher/Andrae, EuZPR/EuIPR, Art. 5 HUnthStProt Rdnr. 18; Staudinger/Mankowski, Art. 5 HUP Rdnr. 41; vgl. auch OGH Wien, ZfRV 2015, 226; zur Beweislast: BeckOGK-BGB/Yassari, Stand: 01.12.2020, Art. 5 HUP Rdnr. 25; Hausmann, Internationales und Europäisches Familienrecht, 2. Aufl., C Rdnr. 616; MünchKomm-BGB/Staudinger, Art. 5 HUP Rdnr. 9; Uecker, FF 2014, 185, 190; OGH Wien, ZfRV 2015, 226; hierzu wohl a. A. Rauscher/Andrae, EuZPR/EuIPR, 4. Aufl., Art. 5 HUnthStProt Rdnr. 13b).

20 (2) Art. 5 HUP verlangt eine wertende Gesamtbetrachtung. Ob für eine engere Verbindung zum Recht eines anderen Staates Anhaltspunkte von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass der gewöhnliche Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten als in der Regel maßgeblicher Anknüpfungspunkt zurücktritt, ist eine Frage der Einzelfallumstände (vgl. Bonomi, Erläuternder Bericht zum HUP, Rdnr. 82, 85; Hausmann, Internationales und Europäisches Familienrecht, 2. Aufl., C Rdnr. 617; NK-BGB/Bach, 3. Aufl., Art. 5 HUP Rdnr. 15; jurisPK-BGB/Ludwig, Stand: 01.03.2020, Art. 5 HUP Rdnr. 15; vgl. auch OGH Wien, ZfRV 2020, 289). Als solche kommen neben dem vom Normgeber in Art. 5 HUP ausdrücklich genannten und mit „insbesondere“ besonders hervorgehobenen letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt der Ehegatten weitere Gesichtspunkte in Betracht, etwa ein früherer gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalt der Ehegatten während der Ehe, ihre Staatsangehörigkeit, der Ort der Eheschließung sowie der Ort der Trennung oder Scheidung (vgl. Bonomi, Erläuternder Bericht zum HUP, Rdnr. 85; OGH Wien, ZfRV 2020, 289; vgl. auch Senatsurteil vom 26.06.2013, XII ZR 133/11, FamRZ 2013, 1366 Rdnr. 45).

21 Die Abwägung der für die Beurteilung einer engeren Verbindung im Sinne des Art. 5 HUP in Betracht kommenden Gesichtspunkte ist Aufgabe des Tatrichters. Sie ist vom Rechtsbeschwerdegericht nur daraufhin zu überprüfen, ob sie gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt oder sonst auf rechtsfehlerhaften Erwägungen beruht (vgl. Senatsbeschluss vom 26.06.2019, XII ZB 299/18, FamRZ 2019, 1535 Rdnr. 30 m. w. N.).

22 (3) Auch bei Anlegung dieses eingeschränkten Prüfungsmaßstabs hält die Annahme einer engeren Verbindung der Ehe der Beteiligten zum Recht des Bundesstaates Texas durch das OLG den Angriffen der Rechtsbeschwerde nicht stand. Dessen Würdigung, wonach der – im Wesentlichen durch den nicht auf Dauer angelegten gemeinsamen Aufenthalt in Texas vermittelte – Bezug zum Recht des Bundesstaates Texas ein höheres Gewicht als die zur Anwendung

deutschen Unterhaltsrechts führende Grundanknüpfung des gewöhnlichen Aufenthalts der Ehefrau (Art. 3 Abs. 1 HUP) hat, ist von Rechtsfehlern beeinflusst. Mit Erfolg rügt die Rechtsbeschwerde, dass das OLG auf der Grundlage seiner Feststellungen zu den Lebensumständen der Beteiligten, insbesondere zu den Umständen ihres Aufenthalts in Texas, dem Gesichtspunkt des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts im hier zu beurteilenden Einzelfall einen unvertretbar hohen Stellenwert eingeräumt hat.

23 (a) Allerdings erwähnt Art. 5 HUP als einzigen Staat ausdrücklich denjenigen des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts der Ehegatten als einen in Betracht kommenden anderen Staat, zu dem die Ehe eine engere Verbindung als zum Aufenthaltsstaat des Unterhaltsberechtigten (Art. 3 Abs. 1 HUP) haben kann. Damit wird das Gewicht des letzten gemeinsamen Aufenthalts insoweit fraglos betont. Gleichwohl wird diesem Kriterium, wie bereits aus dem Normtext mit der durch die „insbesondere“-Einleitung ersichtlich nur beispielhaft erfolgten Nennung ohne Weiteres folgt, kein absoluter Charakter beigegeben. Vielmehr handelt es sich um einen bedeutsamen, jedoch nicht notwendig um den ausschlaggebenden Umstand, weil es stets einer Gesamtabwägung bedarf (vgl. *Bonomi*, Erläuternder Bericht zum HUP, Rdnr. 81, 86; OGH Wien, FamRZ 2018, 342, 345; Rauscher/*Andrae*, EuZPR/EuIPR, Art. 5 HUntStProt Rdnr. 17 f. m. w. N.).

24 (b) Für die hier zu beurteilende Fallgestaltung ist die Bedeutung des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts der Ehegatten jedoch entwertet. Der gemeinsame Aufenthalt in Texas ab dem Jahr 2012 war nach den vom OLG getroffenen Feststellungen nicht auf Dauer angelegt, sondern reihte sich in eine – durch die beruflichen Verhältnisse des Ehemanns bedingte – regelmäßige Abfolge jeweils befristeter Aufenthalte in verschiedenen Ländern ein. Die entsprechenden Ortswechsel waren demnach wesentlich durch die betrieblichen Erfordernisse des Arbeitgebers, nicht aber durch eine Bindung der Beteiligten zum jeweiligen Einsatzort begründet. Für die auf längstens fünf Jahre begrenzte Tätigkeit des Ehemannes in Texas gilt nichts anderes, auch wenn er in diesem Zusammenhang vom Arbeitgeber nicht als „Expatriate“, sondern zu den Bedingungen eines „Local Non-National“ beschäftigt wurde.

25 Wie die Rechtsbeschwerde zutreffend hervorhebt, kann bei solcherart regelmäßig wechselnden gewöhnlichen Aufhalten aus dem jeweiligen, von vornherein lediglich vorübergehend angelegten Aufenthaltsort nicht ohne Weiteres auf einen Bezug der Ehe zu dessen Rechtsordnung geschlossen werden, der eine Anwendung von Art. 5 HUP rechtfertigen könnte. Vielmehr hätte es zufälligen Charakter, welches Recht in Anknüpfung an den jeweils letzten gemeinsamen Aufenthalt anstelle des sonst berufenen Rechts zur Anwendung gelangt.

26 (c) Anders kann es nur dann liegen, wenn die im Rahmen der vorzunehmenden Einzelfallabwägung zu berücksichtigenden weiteren Tatsachen für eine im Verhältnis zu Art. 3 Abs. 1 HUP engere Verbindung gerade zum Ort des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts der Ehegatten sprechen. Das ist hier jedoch nicht der Fall.

27 Das OLG sieht insoweit vor allem als wesentlich an, dass die Beteiligten sich bewusst für die Durchführung der Ehescheidung in Texas entschieden haben. Dies wird aber durch die ebenfalls getroffene Feststellung relativiert, dass diese Entscheidung seitens der Ehefrau vor allem auf Praktikabilitätsabwägungen beruhte und damit nicht Ausdruck einer Bindung der Ehe an die texanische Rechtsordnung ist. Der vom OLG weiter angeführte Umstand, dass der Aufenthalt des Ehemanns in Texas nunmehr – entgegen den Verhältnissen während bestehender Ehe – auf Dauer angelegt ist, hat für die Frage einer engeren Verbindung der Ehe im Sinne von Art. 5 Satz 1 HUP unabhängig von der umstrittenen Rechtsfrage, ob insoweit generell nur Umstände während des Bestands der Ehe Berücksichtigung finden können (so etwa OGH Wien, FamRZ 2018, 342, 345 und ZfRV 2020, 289; Rauscher/*Andrae*, EuZPR/EuIPR, Art. 5 HUntStProt Rdnr. 15 m. w. N.; MünchKomm-BGB/*Staudinger*, Art. 5 HUP Rdnr. 17 m. w. N.; a. A. jurisPK-BGB/*Ludwig*, Art. 5 UntProt Rdnr. 16; anders auch *Bonomi*, Erläuternder Bericht zum HUP, Rdnr. 86), keine Aussagekraft. Denn er besagt allein etwas über die Wahl des Aufenthaltsorts eines Ehegatten, die dieser gerade in Anbetracht des Scheiterns der Ehe getroffen hat, nicht aber über die Verbindung der Ehe selbst zu der betreffenden Rechtsordnung.

28 (d) Mangels Einzelfallaspekten, die eine engere Verbindung der von den Beteiligten geführten Ehe zur texanischen Rechtsordnung begründen, bedarf es keines weiteren Eingehens darauf, welche Rolle die Rückkehr der Ehefrau nach dem Scheitern der Ehe in ihr Heimatland Deutschland und die mit diesem Aufenthaltsort übereinstimmende Staatsangehörigkeit der Beteiligten im Rahmen der Gesamtabwägung spielen können.

29 d) Es bedarf keiner Vorlage der Sache an den EuGH gemäß Art. 267 AEUV (vgl. dazu Senatsurteil vom 26.06.2013, XII ZR 133/11, FamRZ 2013, 1366 Rdnr. 37). Die Grundsätze für die sich im vorliegenden Fall stellenden Auslegungsfragen im Zusammenhang mit dem Haager Unterhaltsprotokoll sind derart offenkundig, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt und mithin für eine Verfahrensweise nach Art. 267 Abs. 3 AEUV kein Anlass besteht („acte clair“, vgl. Senatsbeschluss vom 27.11.2019, XII ZB 311/19, FamRZ 2020, 272 Rdnr. 11 m. w. N.; vgl. zu den Voraussetzungen der Vorlagepflicht EuGH, EuZW 2018, 1038 Rdnr. 110 – Kommission/Frankreich m. w. N.). Das gilt sowohl dafür, dass Art. 5 HUP eine Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Umstände erfordert, als auch für die Möglichkeit, dass der letzte gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt der Ehegatten im Rahmen dieser Gesamtwürdigung abhängig von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls nicht notwendigerweise ausschlaggebende Bedeutung erlangt. Die sich demnach allein stellende Frage, zu welchem Ergebnis die Gesamtwürdigung im konkret zu entscheidenden Fall führt, kann hingegen nicht zum Gegenstand eines Vorlageverfahrens gemacht werden.

30 3. Die angefochtene Entscheidung kann aus den genannten Gründen keinen Bestand haben und ist daher gemäß § 74 Abs. 5 FamFG aufzuheben. Zwar sind zur Frage des nach dem Haager Unterhaltsprotokoll anwendbaren

Unterhaltsrechts keine weiteren Feststellungen mehr zu treffen, weshalb der Senat selbst befinden kann, dass vorliegend eine Anwendung von Art. 5 HUP ausscheidet und es daher grundsätzlich bei der Grundregel des Art. 3 Abs. 1 HUP verbleibt. Denn dem Kriterium des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts der Ehegatten kommt vorliegend wegen der von vorneherein auf einen beständigen Wechsel des Aufenthaltsorts angelegten ehelichen Lebensverhältnisse keine besondere Bedeutung zu und es fehlt auch an anderweitigen Umständen, die die Annahme einer engeren Verbindung der Ehe der Beteiligten zur texanischen Rechtsordnung begründen können.

31 Die Sache ist gleichwohl nicht zur Endentscheidung reif und daher an das OLG zurückzuverweisen (§ 74 Abs. 6 Satz 1 und 2 FamFG). Dieses wird sich nun mit der von ihm bislang – aus seiner Sicht folgerichtig – offen gelassenen Frage zu befassen haben, ob die Ehefrau mit der Scheidungsfolgenvereinbarung vom 06.10.2017 auf nachehelichen Unterhalt verzichtet hat. Sollte dies nicht der Fall sein, wird das OLG zudem über Dauer und Höhe des von der Ehefrau geltend gemachten Unterhaltsanspruchs zu entscheiden haben.

ANMERKUNG:

Von Notarassessorin **Iris Stocker**, Maître en droit, Waldsassen

Mit Beschluss vom 11.05.2022 (XII ZB 543/20) hat sich der BGH mit der Frage beschäftigt, welches Unterhaltsstatut für eine geschiedene Ehe zur Anwendung kommt, in der die Ehegatten vor und während der Ehezeit berufsbedingt vorhersehbar und regelmäßig ihren gewöhnlichen Aufenthalt wechselten.¹

1. Zum Sachverhalt

Ein deutsches Paar mit einer gemeinsamen Tochter lebte zunächst ausbildungsbedingt für fünf Jahre in Schottland. Im Anschluss folgten jeweils berufsbedingte und auf absehbare Zeit befristete Aufenthalte in verschiedenen Ländern: Zunächst neun Jahre in den Niederlanden, wo die Ehe geschlossen wurde, anschließend vier Jahre im Sultanat Brunei und zuletzt in den USA im Bundesstaat Texas, wo nach drei Jahren die Trennung und nach fünf Jahren die Scheidung erfolgte.

Nach erfolgter Scheidung zog die geschiedene Ehefrau und Antragstellerin zurück nach Deutschland und begehrte von ihrem geschiedenen Ehegatten nachehelichen Unterhalt nach deutschem Recht.

Die Ausgangs- und Berufungsinstanz befanden nach Art. 15 EuUnthVO i. V. m. Art. 5 HUP (Haager Unterhaltsprotokoll) texanisches Recht für anwendbar – das Recht des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts. Dem hielt der BGH in seinem Beschluss nun entgegen, dass Texas zwar der letzte gewöhnliche Aufenthalt gewesen sei, die Ehe jedoch zu diesem Bundesstaat nicht die engste Verbindung aufweise, sodass nach Art. 3 Abs. 1

HUP das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltes der Unterhaltsberechtigten – und damit die lex fori, deutsches Recht – anwendbar sei.

2. Zur Entscheidung

Zutreffend habe die Berufungsinstanz die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte aus Art. 1 Abs. 1, 3 lit. b) EuUnthVO bejaht, weil die Ehefrau ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat. Indes sei die Anwendung texanischen Rechts rechtsfehlerhaft.

Nach Art. 15 EuUnthVO i. V. m. Art. 5 HUP ist das Recht des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts der Ehegatten nur dann anzuwenden, wenn sich eine Partei hierauf beruft und die betreffende Ehe zu diesem Staat die engste Verbindung aufweist. Weist die Ehe zu dem Recht des Staates des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts – bzw. zu dem Recht eines anderen Staates – nicht die engste Verbindung auf, so bleibt es bei dem Grundsatz nach Art. 3 Abs. 1 HUP, wonach das Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Unterhaltsberechtigten anzuwenden ist. So verhält es sich hier.

Hinsichtlich der Frage, zu welchem Staat (und damit zu welchem Recht) die Ehe die engste Verbindung aufweist, sei eine wertende Gesamtbetrachtung vorzunehmen, welche insbesondere frühere gemeinsame gewöhnliche Aufenthalte während der Ehe, die Staatsangehörigkeit, den Ort der Eheschließung sowie den Ort der Trennung oder Scheidung beinhalten könne.²

Unter Zugrundelegung dieser Wertungsmaßstäbe weise die streitgegenständliche Ehe nicht die engste Verbindung zum Recht des Bundesstaates Texas auf. Bei einer Ehe, die geprägt ist vom ständigen Wechsel des gewöhnlichen Aufenthalts, sei allein der Umstand, dass in einem Staat zeitanteilig die meiste Ehezeit gemeinsam verbracht wurde, ohne Hinzutreten weiterer Umstände, – entgegen der Wertung der Vorinstanzen – nicht von maßgeblichem Gewicht.

Anzuwenden sei daher nach Art. 3 Abs. 1 HUP das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts der geschiedenen Ehefrau und damit die lex fori.

3. Würdigung

Der begrüßenswerte, wenn auch nicht überraschende Beschluss des BGH stärkt den Stellenwert des Grundsatzes der „engsten Verbindung“, welcher seit jeher das internationale Privatrecht prägt, und gibt zusätzliche Anhaltspunkte an die Hand, die zukünftig die Ermittlung der engsten Verbindung erleichtern können. Im Falle einer Weltenbummlerehe, die keine engere Verbindung zum Recht eines bestimmten Staates aufweist, bleibt es indes für die Parteien bei der durch Art. 3 Abs. 1 HUP ausgelösten wandelbaren Unsicherheit.

Ausgehend vom Regelfall nach Art. 3 Abs. 1 des Haager Unterhaltsprotokolls, wonach im Grundsatz das – wandel-

¹ BGH, Beschluss vom 11.05.2022, XII ZB 543/20, NJW 2022, 2403 m. Anm. Yassari, NJW 2022, 2372.

² BGH, Beschluss vom 11.05.2022, XII ZB 543/20, NJW 2022, 2403, 2405.

bare, vgl. Art. 3 Abs. 2 HUP³ – Recht des gewöhnlichen Aufenthalts der unterhaltsberechtigten Person für anwendbar erklärt wird, enthält Art. 5 HUP in Bezug auf (frühere) Ehegatten hiervon eine Ausnahme. Zur Vermeidung der Manipulation von Anknüpfungsmomenten, des fraude à la loi, erklärt Art. 5 HUP auf Einrede einer Partei das Recht eines anderen Staates, insbesondere des Staates des letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts der Ehegatten, zu der die betreffende Ehe eine engere Verbindung aufweist, für anwendbar. Hintergrund der als Einrede zu qualifizierenden Regelung ist das Vertrauen eines Ehegatten in diejenige Rechtsordnung, der sich beide Eheleute während des Bestehens der Ehe unterstellt haben. Ein Ehegatte soll nicht die Möglichkeit haben, das Bestehen und den Inhalt der Unterhaltspflicht durch einen einseitigen Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltsorts auf unfaire Weise zu beeinflussen.⁴

Somit findet Art. 5 HUP auch nur dann Anwendung, wenn die streitgegenständliche Ehe zu dem Recht eines bestimmten Staates eine engere Verbindung aufweist, als zur lex fori, was unter einer Gesamtbetrachtung sämtlicher, die Ehe prägender Gesichtspunkte – insbesondere früherer gemeinsamer gewöhnlicher Aufenthalte der Ehegatten während der Ehe, ihre Staatsangehörigkeit, der Ort der Eheschließung sowie der Ort der Trennung oder Scheidung – zu ermitteln ist. Dies führt im vorliegenden Fall nachvollziehbar dazu, dass allein weder der zufällig längste gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt während einer vom ständigen Umzug geprägten Ehe noch der Ort der Ehescheidung eine engere Verbindung zum texanischen Recht begründen kann und es beim Grundsatz – Anwendung der lex fori – bleibt.

Aus notarieller Sicht sollte die Ermittlung des Statuts hingegen, wenn vorhersehbar, nicht dem Richter überlassen werden, sodass sich bei entsprechendem Auslandsbezug insbesondere bei vorsorgenden Eheverträgen oder Scheidungsvereinbarungen eine Rechtswahl nicht nur in Bezug auf das Güter-, ggf. Ehwirkungs- oder Scheidungsstatut, sondern auch in Bezug auf das Unterhalts-

statut anbietet, um langwierige Rechtsstreitigkeiten hinsichtlich des jeweiligen Status zu vermeiden.⁵

Hinsichtlich des Unterhaltsstatuts gestattet Art. 8 HUP eine entsprechende Rechtswahl. Wählbar sind folgende Rechtsordnungen: das Heimatrecht oder das Aufenthaltsrechts einer der Parteien, das Güterstatut oder das Scheidungsstatut. Nach Art. 8 Abs. 2 HUP ist die Schriftform ausreichend.⁶

- 5 Entsprechende Muster finden sich beispielsweise in Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, 6. Aufl. 2022, Teil 7 Kap. 2 Rdnr. 32 (Güterstatut); 101 (Scheidungsstatut); 115 (Unterhaltsstatut); sowie Münch/*Süß*, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 20 Rdnr. 70, 77 (Unterhaltsstatut); Rdnr. 130 f. (Güterstatut).
- 6 Im Rahmen der notariellen Beurkundung einer Unterhaltsvereinbarung ist die Rechtswahl nach § 104 Abs. 3 GNotKG mit 30 % des Bezugswertes zu bewerten, vgl. Korintenberg/*Diehn*, GNotKG, 22. Aufl. 2022, § 104 Rdnr. 27; Münch/*Wudy*, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 20 Rdnr. 43 ff.

ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

18. Nachweis der Identität des eingetragenen Eigentümers mit dem bewilligenden Rechtsträger gegenüber dem Grundbuchamt durch Insolvenzverwalterbestellung

OLG Brandenburg, Beschluss vom 09.06.2022, 5 W 25/22
GBO §§ 19, 29, 39, 71, 73

LEITSATZ:

Der Nachweis der Identität des die Eintragung einer Auflassungsvormerkung Bewilligenden mit dem eingetragenen Berechtigten ist grundsätzlich in der Form des § 29 GBO zu führen. Weisen die in der Form des § 29 GBO vorgelegte Bestallungsurkunde des Insolvenzverwalters und die Grundbucheintragung hinsichtlich einer Personengesellschaft dieselbe Handelsregisternummer im Handelsregister eines Amtsgerichts aus, ist damit der Identitätsnachweis erbracht. Auf abweichende Anschriften kommt es nicht an, da eine falsche Anschrift die Identität unberührt lässt. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Eingetragene Eigentümerin des im verfahrensgegenständlichen Grundbuch gebuchten Grundbesitzes ist die Firma (...) GmbH & Co. KG, eingetragen im Handelsregister des AG Stendal unter der Nummer HRA (...). Im Handelsregister ist als Anschrift der Gesellschaft (...) in J angegeben. Unter Vorlage einer notariell beglaubigten Bescheinigung des AG Stendal vom 23.05.2019, wonach der Antragsteller zum Insolvenzverwalter über das Vermögen der (...) GmbH & Co. KG mit Sitz in der (...) in M (AG Stendal, HRA [...])

³ Art. 8 HUP a. F. bzw. Art. 18 Abs. 4 EGBGB a. F. erklärten für den Geschiedenenunterhalt noch unwandelbar das Recht des Staates für anwendbar, nach dem die Ehe geschieden worden war. Dies wurde in Anbetracht dessen, dass das Scheidungsstatut teils durch bestimmte zeitlich begrenzte Umstände bestimmt wird und nicht auf Dauer das Unterhaltsstatut perpetuieren sollte, vielfach kritisiert und nunmehr auch geändert, vgl. Münch/*Süß*, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2020, § 20 Rdnr. 56 f.

⁴ BGH, Beschluss vom 11.05.2022, XII ZB 543/20, NJW 2022, 2403, 2404 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 26.06.2013, XII ZR 133/11, NJW 2013, 2662 = FamRZ 2013, 1366 Rdnr. 44 m. w. N. und *Bonomi*, Erläuternder Bericht zum HUP Rdnr. 78, veröff. bei www.hcch.Net; Grüneberg/*Thorn*, Art. 5 HUntProt Rdnr. 3.

ernannt worden ist, verkaufte er mit notariell beurkundetem Kaufvertrag vom 10.08.2021 (Urkundenrolle Nr. [...] des Notars [...] K in C) die im Grundbuch von (...) Blatt (...) eingetragene Grundstücke Flurstück (...) und Flurstück (...) jeweils der Flur (...) an die (...) GmbH in C und bewilligte die Eintragung einer Auflassungsvormerkung. Am 26.08.2021 beantragte der beurkundende Notar die Eintragung der Vormerkung. Nachdem das Grundbuchamt mit Verfügung vom 07.09.2021 darauf hingewiesen hatte, dass die Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters für die eingetragene Eigentümerin nicht nachgewiesen sei, weil die in Abteilung I voreingetragene (...) GmbH & Co. KG ihren Sitz in J habe, während in der Bescheinigung des AG Stendal und in der notariellen Urkunde als Anschrift die (...) in M angegeben sei, überreichte der Notar mit Schriftsatz vom 02.11.2021 einen Gesellschafterbeschluss vom 06.07.2018 über die Sitzverlegung von der (...) in P an den Standort (...) in M und wies weiter darauf hin, dass die Identität bereits durch die Handelsregister-Nummer belegt sei.

2 Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 14.03.2022 den Eintragungsantrag zurückgewiesen, weil das in der Zwischenverfügung aufgezeigte Eintragungshindernis nicht innerhalb der gewährten Frist behoben worden sei.

3 Gegen diesen Beschluss wendet sich der Antragsteller mit seiner am 22.03.2022 unmittelbar bei dem Brandenburgischen OLG eingelegten Beschwerde. Maßgeblich für den Sitz der Gemeinschuldnerin seien nicht die Eintragungen im Handelsregister, sondern die tatsächlichen Verhältnisse. Die Gemeinschuldnerin habe ihren ursprünglichen Sitz in P wegen eines Hochwasserschadens nach M in die (...) verlegt. Wie die Geschäftsadresse in J zur Eintragung gelangt sei, entziehe sich seiner Kenntnis. Auch im Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens sei als Geschäftsadresse die (...) in M angegeben worden. Für die Antragsbefugnis, um die es hier gehe, sei zudem kein Nachweis in der Form des § 29 GBO erforderlich.

4 II. Die Beschwerde ist zulässig (§ 71 Abs. 1, § 73 GBO). Der Senat ist berechtigt, auch ohne vorherige Abhilfeentscheidung über die Beschwerde des Antragstellers zu entscheiden (*Demharter*, GBO, § 73 Rdnr. 5).

5 Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg, weil in der Form des § 29 Abs. 1 GBO feststeht, dass die eingetragene Eigentümerin mit der Firma (...) GmbH & Co. KG, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, zu deren Insolvenzverwalter gemäß der Bescheinigung des AG Stendal vom 23.05.2019 der Antragsteller bestellt worden ist und für die er am 10.08.2021 zur Urkundenrolle Nr. (...) des Notars (...) K in P den Kaufvertrag über die oben genannten Grundstücke abgeschlossen und die Eintragung einer Auflassungsvormerkung bewilligt hat, identisch ist.

6 Entgegen der Auffassung des Antragstellers kommt es vorliegend nicht auf seine Antragsbefugnis an, sondern auf den Nachweis der Identität des die Eintragung der Vormerkung Bewilligenden mit dem eingetragenen Berechtigten (§ 39 Abs. 1, § 19 GBO) an, der grundsätzlich in der Form des § 29 GBO zu führen ist.

7 Allerdings ist entgegen der Auffassung des Grundbuchamtes der Nachweis dieser Identität in der erforderlichen Form geführt. Eingetragene Eigentümerin der im Grundbuch von (...) Blatt (...) gebuchten Grundstücke ist die im Handelsregister des AG Stendal unter der Registernummer HRA (...) eingetragene Firma (...) GmbH & Co. KG. Der Antragsteller ist nach der dem notariellen Kaufvertrag beigefügten beglaubigten Ablichtung der Bescheinigung des AG Stendal, Az. 7 IN 11/19, zum Insolvenzverwalter der im Handelsregister des AG Stendal unter der Registernummer HRA (...) eingetragenen Firma (...) GmbH & Co. KG bestellt worden. Zwar wird im Rubrum der notariellen Urkunde im Zusammenhang mit der Bezeichnung der Insolvenzschuldnerin die Registernummer, unter der sie im Handelsregister eingetragen ist, nicht genannt, es wird aber ausdrücklich auf die genannte Bescheinigung des AG Stendal Bezug genommen. Da unter einer Registernummer im Handelsregister eines AG keine zwei verschiedenen Personengesellschaften eingetragen sein können, ist damit in der Form des § 29 GBO nachgewiesen, dass die Bewilligung der Eintragung der Vormerkung von der eingetragenen Berechtigten stammt. Auf die abweichende Anschrift im Handelsregister kommt es nicht an, da eine falsche Anschrift die Identität unberührt lässt.

(...)

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

19. Zulässigkeit der Verwaltungspraxis der Bestellung von vorwiegend Notaren, Notarassessoren und Notaren a. D. zu nicht ständigen Notarvertretern im hauptberuflichen Notariat

BGH, Beschluss vom 11.07.2022, NotZ (Brfg) 11/21
(Vorinstanz: OLG Naumburg, Gerichtsbescheid vom 15.10.2021, Not 8/21)

BNotO a. F. § 39 Abs. 3 Satz 2 1. Hs., Satz 3
BNotO n. F. § 39 Abs. 3 Satz 2, 4

LEITSATZ:

Im Bereich des hauptberuflichen Notariats ist es nicht zu beanstanden, auch die Bestellung „einfacher“ (nicht ständiger) Notarvertreter – ggf. im Wege der Selbstbindung der Verwaltung durch ermessensteuernde Verwaltungsvorschrift – am Leitbild des § 39 Abs. 3 Satz 2 1. Hs. BNotO a. F. bzw. § 39 Abs. 3 Satz 2 BNotO n. F. auszurichten. Daran hat sich auch das Vorschlagsrecht des Notars aus § 39 Abs. 3 Satz 3 BNotO a. F. bzw. § 39 Abs. 3 Satz 4 BNotO n. F. zu orientieren.

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

14 Eine Selbstbindung der Verwaltung bei der Auswahl von Notarvertretern ist grundsätzlich möglich. Es ist insbesondere nicht zu beanstanden, wenn das (Auswahl-)Ermessen der Justizverwaltung durch Ausführungsvorschriften zur

BNotO allgemein dahin gebunden wird, dass zu „einfachen“ (nicht ständigen) Notarvertretern im Bereich des hauptberuflichen Notariats im Regelfall vorrangig Notare, Notarassessoren und Notare a. D. bestellt und Angehörige anderer juristischer Berufe wie zum Beispiel Rechtsanwälte nur ausnahmsweise berücksichtigt werden. Dafür spricht die Regelung in § 39 Abs. 3 Satz 2 1. Hs. BNotO a. F./§ 39 Abs. 3 Satz 2 BNotO n. F., die – obwohl sie nur den ständigen Vertreter betrifft – Leitbildcharakter für die Bestellung von Notarvertretern hat (Senat, Beschluss vom 26.03.2007, a. a. O. S. 873; Frenz/Miermeister/Wilke, BNotO, 5. Aufl., § 39 Rdnr. 19). Da ermessenssteuernde Vorschriften auf den „Regelfall“ zugeschnitten sind, muss die Behörde, wenn ein Fall wesentliche Besonderheiten aufweist, das bei ihrer Ermessenentscheidung berücksichtigen und ggf. von der Richtlinie abweichend entscheiden. Die Aufsichtsbehörde muss daher im besonders gelagerten Ausnahmefall auch eine andere Person zum Vertreter bestellen, wenn dies der Notar mit beachtlichen Gründen beantragt, insbesondere weil Personen aus dem engen (unmittelbar berufsbezogenen) Personenkreis nicht im aus Sicht des Notars notwendigen Umfang zur Verfügung stehen (Senat, Beschlüsse vom 02.12.2002, NotZ 11/02, DNotZ 2003, 226, 227 und vom 26.03.2007, a. a. O.; Frenz/Miermeister/Wilke, a. a. O.). In diesem Kontext hat der Senat entschieden, dass dem Vorschlagsrecht des Notars erhebliches Gewicht zukommt, wenn durch die von der Justizverwaltung angebotenen Maßnahmen die Aufrechterhaltung eines (annähernd) vollständigen Bürobetriebs im Notariat nicht gewährleistet ist (Beschluss vom 26.03.2007, a. a. O. S. 874).

15 Das OLG hat den Ablehnungsbescheid des Beklagten unter Berücksichtigung der vorstehenden Gesichtspunkte umfassend dahin gehend geprüft, ob der Beklagte von seinem (Auswahl-)Ermessen in einer dem Zweck des § 39 BNotO entsprechenden Weise unter Einhaltung der gesetzlichen Grenzen des Ermessens Gebrauch gemacht hat. Es hat dabei eine Ermessensreduzierung auf Null zutreffend verneint. Denn der Beklagte war durch Nummer 14 Abs. 3 AV Not, die dem Leitbildcharakter von § 39 Abs. 3 Satz 2 1. Hs. BNotO a. F./§ 39 Abs. 3 Satz 2 BNotO n. F. Rechnung trägt und deshalb keinen rechtlichen Bedenken ausgesetzt ist, gehindert, Rechtsanwalt P auf Vorschlag des Klägers zu dessen Vertreter zu bestellen. Nach dieser Verwaltungsvorschrift soll zum Vertreter in der Regel nur ein Notar, ein Notarassessor aus dem Vorbereitungsdienst des Landes oder ein Notar a. D. bestellt werden, die nicht als Mitarbeiter bei einem Notar beschäftigt sind. Die Bestellung anderer zum Richteramt befähigter Personen kommt nur in Betracht, wenn die Notarkammer bescheinigt, dass in ihrem Bezirk Notarvertreter aus dem vorgenannten engen (unmittelbar berufsbezogenen) Personenkreis nicht zur Verfügung stehen. Daran fehlt es hier. Der Kläger hat auch nicht vorgebracht, dass der Fall wesentliche, zu einer Abweichung von der Richtlinie zwingende Besonderheiten aufweise. Insbesondere war die Bestellung von Rechtsanwalt P nicht zur Aufrechterhaltung eines möglichst störungsfreien Betriebs des Notariats erforderlich. Denn mit Notar a. D. K stand ein Notarvertreter zur Verfügung, der die Vorgaben der Nummer 14 Abs. 3 AV Not erfüllte und vom Kläger – jedenfalls

hilfsweise – als geeigneter Vertreter ausdrücklich benannt und vorgeschlagen wurde.

(...)

ÖFFENTLICHES RECHT

20. Gemeindliche Bauplatzvergabe

VGH Mannheim, Beschluss vom 19.07.2022, 1 S 1121/22

GG Art. 3 Abs. 1

VwGO § 123

ZPO § 926

LEITSÄTZE:

- 1. Der bei gemeindlichen Bauplatzvergaben grundsätzlich bestehende, in Art. 3 Abs. 1 GG wurzelnde sog. Vergabeverfahrensanspruch vermittelt Bewerbern einen Anspruch auf eine ermessens-, insbesondere gleichheitsrechtsfehlerfreie Vergabeentscheidung.**
- 2. Jeder Mitbewerber muss aufgrund seines Anspruchs auf Gleichbehandlung eine faire Chance erhalten, nach Maßgabe der für die spezifische Vergabe wesentlichen Kriterien und des vorgesehenen Verfahrens berücksichtigt zu werden. Das setzt voraus, dass der die Vergabeentscheidung treffende Hoheitsträger etwaige ermessenslenkende Richtlinien im Hinblick auf die Vergabekriterien so klar und eindeutig formuliert, dass jeder verständige Bewerber sie gleichermaßen verstehen, seine Chancen abschätzen und insbesondere erkennen kann, welche Unterlagen er einreichen und Angaben er machen muss, um im Vergabeverfahren zugelassen und inhaltlich berücksichtigt zu werden (sog. Transparenzgebot).**



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

STEUERRECHT

21. Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer bei Grundstückskauf von erschließungspflichtiger Gemeinde

BFH, Urteil vom 28.09.2022, II R 32/20 (Vorinstanz:
FG Hessen, Urteil vom 24.08.2020, 5 K 1373/19)

AO §§ 40, 42
BauGB § 123 Abs. 1, § 127 Abs. 1, § 133 Abs. 3 Satz 5, §§ 134, 135 Abs. 1
BGB §§ 133, 134, 138, 157
FGO § 118 Abs. 2
GrEStG § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1

LEITSATZ:

Veräußert eine erschließungspflichtige Gemeinde ein Grundstück und übernimmt der Erwerber dabei die vertragliche Verpflichtung, für die zukünftige Erschließung des Grundstücks einen bestimmten Betrag zu zahlen, ist Gegenstand des Erwerbsvorgangs regelmäßig nur das unerschlossene Grundstück (Fortsetzung des BFH-Urteils vom 15.03.2001, II R 39/99).

Die Schriftleitung verweist insoweit auf die ebenfalls in diesem Heft unter Nummer 23 im Leitsatz abgedruckte Entscheidung des BFH, Urteil vom 23.02.2022, II R 9/21.

22. AfA-Bemessungsgrundlage bei Austausch der mit einem Vorbehaltsnießbrauch belasteten Immobilie

BFH, Urteil vom 24.05.2022, IX R 1/21 (Vorinstanz:
FG Baden-Württemberg, Urteil vom 16.10.2020, 1
3 K 452/18)

EStG § 7 Abs. 1 Satz 1 u. 4, Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 lit. a, § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 Satz 1, § 21 Abs. 1
FGO § 68 Satz 1, § 121 Satz 1

LEITSÄTZE:

1. **Wird eine mit einem Vorbehaltsnießbrauch belastete Immobilie mit Zustimmung des Nießbrauchers gegen eine andere Immobilie in der Weise ausgetauscht, dass dem Nießbraucher an der neuen Immobilie auf der Grundlage eines zuvor vereinbarten, rahmenbildenden Vertrags wiederum ein Nießbrauch eingeräumt wird, und trägt der Nießbraucher wirtschaftlich die Anschaffungs- oder Herstellungskosten der Ersatzimmobilie, so setzt sich der Vorbehaltsnießbrauch an der erworbenen Immobilie fort (verlängerter Vorbehaltsnießbrauch).**
2. **Kann der Eigentümer die Ersatzimmobilie nur aus dem Veräußerungserlös anschaffen oder herstellen, gilt nichts anderes, sofern sich der Nießbrauch im**

Zeitraum zwischen der Veräußerung der Altimmobilie und der Anschaffung der Ersatzimmobilie ununterbrochen auf den Veräußerungserlös erstreckt.

3. **Ein obligatorisches Nießbrauchsrecht ist einem dinglichen Nießbrauch steuerrechtlich insoweit gleichzustellen.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Streitig ist, ob die Kläger und Revisionskläger (Kläger) im Rahmen ihrer Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung Absetzungen für Abnutzung (AfA) auf die Anschaffungskosten des im Rahmen der Inanspruchnahme eines Nießbrauchs vermieteten Objekts in voller Höhe oder nur im Umfang der auf das Gebäude entfallenden Aufwendungen vornehmen können sowie ob die AfA verteilt auf die voraussichtliche Lebensdauer des Längstlebenden von ihnen oder nur auf die voraussichtliche Nutzungsdauer des Gebäudes zu gewähren ist.

2 Die in 1944 und in 1947 geborenen Kläger sind Eheleute, die zur Einkommensteuer der Streitjahre 2013 bis 2015 zusammenveranlagt werden. Bis 2013 lebten die Kläger in A-Stadt in einem Einfamilienhaus, dessen Eigentümerin zunächst allein die Klägerin gewesen war. Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 23.12.2002 hatte die Klägerin dieses Hausgrundstück unentgeltlich im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf die drei volljährigen Kinder (...), (...) und (...) übertragen. Dabei hatten sich die Klägerin und der an dem Vertrag beteiligte Kläger an dem Objekt ein Nießbrauchsrecht bis zum Tod des Längstlebenden von ihnen vorbehalten.

3 Zu Beginn des Streitjahres 2013 fassten die Kläger den Entschluss, nach Süddeutschland umzuziehen, um in räumlicher Nähe zu ihren Kindern leben zu können. Daher schlossen sie mit ihren drei Kindern am 07.01.2013 im Hinblick auf den beabsichtigten Verkauf der Immobilie in A-Stadt wegen der ihnen zustehenden Nießbrauchsrechte eine privatschriftliche Vereinbarung folgenden Wortlauts:

„Die Eltern werden bei dem Verkauf der Immobilie ihre Nießbrauchsrechte löschen lassen. Die Nießbrauchsrechte sollen jedoch fortbestehen, und zwar in der Weise, dass aus dem Verkaufserlös eine oder mehrere andere Immobilien auf den Namen der Kinder erworben werden, an denen wiederum ein Nießbrauchsrecht zugunsten der Eltern bestellt wird. Bis dahin steht den Eltern das Nießbrauchsrecht an dem Erlös aus dem Verkauf der Immobilie [A-Stadt] zu. Demgemäß ist der Kaufpreis auf das Konto der Eltern Nr. (...) bei der [X-Bank] zu überweisen. Die Eltern stellen ihren Kindern den Verkaufserlös bei Erwerb einer oder mehrerer anderer Immobilien zur Verfügung, an denen den Eltern dann wieder das Nießbrauchsrecht zu bestellen ist.“

4 Im Anschluss daran veräußerte der Kläger als vollmachtloser Vertreter für seine drei Kinder durch notariell beurkundeten Vertrag vom 22.02.2013 das Hausgrundstück in A-Stadt für 475.000 € lastenfrei an fremde Dritte. Zugleich bewilligten beide Kläger in dem Vertrag im eigenen Namen die Löschung der zu ihren Gunsten bestellten Nieß-

brauchsrechte. Der Kaufpreis wurde, nachdem die Kinder die Veräußerung genehmigt hatten, am 14.05.2013 vereinbarungsgemäß auf das gemeinsame Konto der Kläger überwiesen. Zur gleichen Zeit zogen die Kläger von A-Stadt nach B-Stadt, wo sie eine Wohnung für sich angemietet hatten.

5 Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 30.07.2013 erwarben die Kläger – hierbei handelnd als vollmachtlose Vertreter für ihre beiden Töchter – sowie ihr Sohn zum gemeinschaftlichen Miteigentum der drei Kinder eine Eigentumswohnung in B-Stadt zum Kaufpreis von 280.000 €. Zugleich bestellten die Kläger – wiederum als vollmachtlose Vertreter für ihre beiden Töchter handelnd – sowie ihr Sohn durch notariell beurkundeten Vertrag vom 30.07.2013 zugunsten der Kläger ein lebenslängliches uneingeschränktes Nießbrauchsrecht an der Eigentumswohnung. Unter § 2 Abs. 6 dieses Vertrags ist Folgendes vereinbart:

„Die Nießbrauchsbestellung erfolgt in Fortsetzung des Nießbrauchsrechts, das den Berechtigten an einer nunmehr veräußerten Immobilie [A-Stadt] zugestanden hat.“

6 Beide Verträge wurden von den Töchtern genehmigt. Der Kaufpreis von 280.000 € wurde am 30.09.2013 vom gemeinsamen Konto der Kläger an den Verkäufer überwiesen. Zudem wurden von diesem Konto die Maklerprovision, die Notargebühren, die Grunderwerbsteuer und die sonstigen Erwerbsnebenkosten, insgesamt weitere 27.805 €, bezahlt. In der Folgezeit vermieteten die Kläger diese Immobilie ab Oktober 2013 an einen Dritten.

7 Noch im Streitjahr 2013 erwarb der Kläger – wiederum als vollmachtloser Vertreter für seine drei Kinder – durch notariell beurkundeten Vertrag vom 14.11.2013 von einer Projektentwicklungsgesellschaft das Sondereigentumsrecht an einem Appartement in einem noch in Bau befindlichen Pflegeheim in C-Stadt für 110.905 €. Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 14.11.2013 vereinbarten die Kläger zudem mit ihren drei Kindern, für die sie dabei als vollmachtlose Vertreter auftraten, die Bestellung eines lebenslänglichen, uneingeschränkten Nießbrauchsrechts zugunsten der Kläger. Auch hier wurde in § 2 Ziffer 5 dieses Vertrags die folgende Vereinbarung getroffen:

„Die Nießbrauchsbestellung erfolgt in Fortsetzung des Nießbrauchsrechts, das den Berechtigten an einer nunmehr veräußerten Immobilie [A-Stadt] zugestanden hat.“

8 Beide Verträge wurden von den drei Kindern genehmigt und der Kaufpreis sowie die Erwerbsnebenkosten, insgesamt 118.145 €, vom gemeinsamen Konto der Kläger an die Projektentwicklungsgesellschaft überwiesen. Der Restbetrag aus der Veräußerung des Grundstücks in A-Stadt i. H. v. 49.050 € verblieb auf dem gemeinsamen Konto der Kläger.

9 In ihrer Einkommensteuererklärung für das Streitjahr 2013 bezifferten die Kläger die ihnen im Zusammenhang mit der Vermietung des Objekts in B-Stadt entstandene AfA auf 3.848 €, da sich die Anschaffungskosten einschließlich der Nebenkosten auf 307.805 € belaufen hatten. Zudem vertra-

ten sie die Meinung, dass dieser Betrag nach § 7 Abs. 1 EStG auf die durchschnittliche statistische Lebenserwartung des Längstlebenden von ihnen im Zeitpunkt des Besitzübergangs und damit auf 20 Jahre abzuschreiben sei, da das Nießbrauchsrecht entgeltlich erworben worden sei.

10 Der Beklagte und Revisionsbeklagte (FA) folgte dieser Ermittlung der AfA-Bemessungsgrundlage nicht. Nach der Auffassung des FA bilde nur der Gebäudeanteil die Grundlage für die AfA-Bemessung. Der auf den Grund und Boden entfallende Anteil am Kaufpreis einschließlich der Erwerbsnebenkosten belaufe sich auf 44,31 % und damit auf 136.388 €, sodass lediglich der verbleibende Restbetrag von 171.417 € auf das Gebäude entfalle. Daraus errechnete das FA für das Streitjahr 2013 bei einer – wie von den Klägern erklärt – angenommenen Nutzungsdauer von 20 Jahren eine AfA von 2.143 €, die es im Einkommensteuerbescheid für 2013 vom 25.09.2014 als Werbungskosten ansetzte. Die Kläger legten hiergegen Einspruch ein.

11 In ihrer Einkommensteuererklärung für 2014 bezifferten die Kläger die auf die Eigentumswohnung in B-Stadt entfallende AfA auf 15.391 €. Das FA erkannte hiervon im Einkommensteuerbescheid für 2014 vom 02.11.2015 nur 8.571 € als abziehbare Werbungskosten an. Dagegen legten die Kläger ebenfalls Einspruch ein.

12 Das Pflegeheim in C-Stadt wurde zum 01.04.2015 fertiggestellt. Im Anschluss daran erzielten die Kläger aufgrund ihres Nießbrauchsrechts aus diesem Objekt gleichfalls Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung.

13 Mit ihrer Einkommensteuererklärung für 2015 machten die Kläger erneut eine AfA auf das vermietete Objekt in B-Stadt i. H. v. 15.391 € geltend, die das FA im Einkommensteuerbescheid vom 19.10.2017 nur i. H. v. 8.571 € anerkannte. Die AfA für das Pflegeappartement erkannte das FA in der von den Klägern angegebenen Höhe von 4.670 € an. Die Kläger legten gegen den Einkommensteuerbescheid für 2015, der unter dem Vorbehalt der Nachprüfung erging, ebenfalls Einspruch ein.

14 Im verbundenen Einspruchsverfahren vertrat das FA die Auffassung, dass im Streitfall der Vorbehaltsnießbrauch an den neuen Grundstücken das Surrogat für den Nießbrauch an dem früheren Grundstück darstelle und die AfA daher gemäß § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 lit. a EStG auf die Nutzungsdauer der Gebäude bezogen werden könne. Für das Streitjahr 2013 könne sich die AfA daher für das Objekt in B-Stadt nur auf 857 € anstelle der bisher gewährten 2.143 € und für die Folgejahre 2014 und 2015 nur auf 3.428 € anstelle der bislang angesetzten 8.571 € belaufen. Mit Blick darauf wies das FA die Kläger darauf hin, dass sie die sich deshalb ergebende Steuernachzahlung durch Rücknahme der Einsprüche vermeiden könnten. Nachdem die Kläger die Rücknahme ablehnten, setzte das FA die Einkommensteuer durch Einspruchsentscheidung vom 12.01.2018 für 2013 auf 2.463 €, für 2014 auf 3.961 € und für 2015 auf 5.581 € herauf und wies die Einsprüche im Übrigen als unbegründet zurück.

15 Dagegen haben die Kläger Klage erhoben. Während des Klageverfahrens hat das FA die Einkommensteuerfestset-

zung für 2015 durch Bescheide vom 20.04.2018 und vom 15.05.2018 geändert und die Einkommensteuer auf 6.513 € heraufgesetzt. Das FA ermittelte für das Objekt in C-Stadt für das Jahr 2015 eine jährliche AfA i. H. v. 2.173 €, die es anteilig für die Monate April bis Dezember mit 1.623 € ansetzte. Darüber hinaus hat das FA während des Klageverfahrens aus nicht streitgegenständlichen Gründen geänderte Einkommensteuerbescheide für die Streitjahre 2013 vom 04.02.2020, 2014 vom 14.02.2020 und 2015 vom 13.02.2020 erlassen.

16 Die Klage blieb erfolglos. Das FG führte in seinem in EFG 2021, 1449 veröffentlichten Urteil unter Zugrundelegung der Einkommensteuerbescheide für 2013 vom 25.09.2014, für 2014 vom 11.05.2017, jeweils in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 12.01.2018, und für 2015 vom 15.05.2018 im Wesentlichen aus, den Klägern stehe keine höhere AfA für die Streitjahre zu. Der Vorbehaltsnießbrauch setze sich an den Tauschimmobilien im Wege der Surrogation fort. Die Kläger hätten bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise Anschaffungskosten für die Eigentumswohnung in B-Stadt i. H. v. 171.417 € und Herstellungskosten für das Pflegeappartement in C-Stadt i. H. v. 108.198 € getragen. Das FA habe daher zutreffend die AfA aus der Vermietung der Eigentumswohnung i. H. v. 857 € für 2013 und je 3.428 € für 2014 und 2015 sowie die AfA aus der Vermietung des Pflegeappartements i. H. v. 1.623 € in 2015 ermittelt.

17 Mit ihrer Revision rügen die Kläger die Verletzung materiellen Rechts (§ 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 Satz 1 i. V. m. § 7 Abs. 1 und § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 EStG). Sie tragen im Wesentlichen vor, sie hätten die Nießbrauchsrechte an den Immobilien in B-Stadt und C-Stadt als Gegenleistung für ihren Verzicht auf ihre Nießbrauchsrechte an der Immobilie in A-Stadt entgeltlich erworben, sodass sie auf diese Nießbrauchsrechte jeweils AfA nach § 7 Abs. 1 EStG vornehmen könnten. Es handele sich nicht um einen unentgeltlichen Erwerb der neuen Nießbrauchsrechte. Dies ergebe sich aus den Urteilen des BFH vom 24.01.1995, IX R 40/92, BFH/NV 1995, 770 und vom 26.11.1996, IX R 33/94, BFH/NV 1997, 643. Es habe kein Tausch der Grundstücke, die mit einem Nießbrauch belastet gewesen seien, stattgefunden. Denn ihre Kinder seien im Zeitpunkt der Aufgabe des Nießbrauchsrechts an dem verkauften Grundstück in A-Stadt noch nicht Eigentümer eines anderen Grundstücks gewesen, an dem sie ihren Eltern im Tauschwege ein gleichwertiges Nießbrauchsrecht hätten einräumen können. Der Verkaufserlös der Immobilie in A-Stadt habe den Kindern zugestanden. Es könne auch nicht von dem Fortbestehen des Vorbehaltsnießbrauchs ausgegangen werden, wenn ein mit einem Vorbehaltsnießbrauch belastetes Grundstück mit Zustimmung des Berechtigten gegen ein anderes Grundstück getauscht und diesem an dem neuen Grundstück wiederum ein Nießbrauch eingeräumt werde. Die Kläger hätten auf ihr Nießbrauchsrecht an der Immobilie in A-Stadt nur deshalb verzichtet, weil sich ihre Kinder in der Vereinbarung vom 07.01.2013 verpflichtet hatten, ihren Eltern an den aus dem Verkaufserlös zu erwerbenden Immobilien wiederum Nießbrauchsrechte zu bestellen. Der den Klägern in dieser Vereinbarung eingeräumte Anspruch auf Bestellung von Nießbrauchsrechten an den von den Kindern aus dem

Veräußerungserlös zu erwerbenden Immobilien sei somit Gegenleistung für den Verzicht der Kläger auf ihr Nießbrauchsrecht an der Immobilie in A-Stadt gewesen. Die Höhe der Anschaffungskosten der Kläger für ihre entgeltlich erworbenen Nießbrauchsrechte an den Eigentumswohnungen in B-Stadt und C-Stadt bemesse sich nach dem Kapitalwert ihres an der veräußerten Immobilie in A-Stadt aufgegebenen Nießbrauchsrechts. Jener Wert habe sich unter Zugrundelegung der statistischen Lebenserwartung der Klägerin auf 312.172 € belaufen, der im Verhältnis der jeweiligen Anschaffungskosten für den Erwerb der neuen Immobilien verteilt worden sei. Der bislang nicht reinvestierte Restbetrag von 49.050 € sei dabei außer Betracht gelassen worden. Daraus ergäben sich anteilige Anschaffungskosten für das Nießbrauchsrecht an dem Objekt in B-Stadt i. H. v. 202.291 € und für das Objekt in C-Stadt i. H. v. 77.645 €. Die Jahres-AfA belaufe sich daher für das Objekt in B-Stadt auf 10.196 € und in 2013 anteilig auf 2.549 € und für das Objekt in C-Stadt auf 4.271 € und damit in 2015 anteilig auf 3.203 €.

18 Die Kläger beantragen sinngemäß,

das Urteil des FG aufzuheben und die Einkommensteuerbescheide für 2013 vom 04.02.2020, für 2014 vom 14.02.2020 und für 2015 vom 13.02.2020 in der Weise zu ändern, dass die Einkommensteuer jeweils auf den Betrag herabgesetzt wird, der sich bei Berücksichtigung weiterer Werbungskosten bei den Einkünften der Kläger aus Vermietung und Verpachtung von 1.692 € im Veranlagungszeitraum 2013, von 6.768 € im Veranlagungszeitraum 2014 und von 8.348 € im Veranlagungszeitraum 2015 ergibt.

19 Das FA beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

20 Das FA schließt sich den Ausführungen des FG an.

21 II. Das Urteil des FG ist aus verfahrensrechtlichen Gründen aufzuheben und die Klage abzuweisen. Das FG hat zu Recht entschieden, dass den Klägern für die Streitjahre keine höheren AfA zustehen.

22 1. Das Urteil des FG ist aus formellen Gründen aufzuheben, da es zu Steuerbescheiden ergangen ist, die im Zeitpunkt der erstinstanzlichen Entscheidung materiell nicht mehr wirksam waren.

(...)

26 2. Der Senat kann auf Grundlage der tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz in der Sache selbst entscheiden. Die gemäß § 121 Satz 1 i. V. m. § 68 Satz 1 FGO zum Gegenstand des Revisionsverfahrens gewordenen Einkommensteuerbescheide vom 04.02.2020, vom 14.02.2020 und vom 13.02.2020 sind rechtmäßig und verletzen die Kläger nicht in ihren Rechten (§ 100 Abs. 1 Satz 1, § 121 FGO).

27 Das FG hat es in der Sache zu Recht abgelehnt, die von den Klägern begehrten höheren AfA auf die Anschaffungskosten der Eigentumswohnung in B-Stadt und die Herstellungskosten des Pflegeappartements in C-Stadt als Werbungskosten bei ihren Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zu berücksichtigen.

28 a) Grundsätzlich ist derjenige befugt, AfA nach § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 i. V. m. § 7 Abs. 4 EStG geltend zu machen, der den Tatbestand der Vermietung nach § 21 Abs. 1 EStG erfüllt und die Anschaffungs- oder Herstellungskosten für das Wirtschaftsgut getragen hat. Die Befugnis setzt nicht zwingend voraus, dass er bürgerlich-rechtlicher oder wirtschaftlicher Eigentümer ist (BFH-Urteile vom 24.04.1990, IX R 9/86, BFHE 160, 522 = BStBl. II 1990, S. 888 unter 1. a); vom 15.05.1990, IX R 21/86, BFHE 162, 26 = BStBl. II 1992, S. 67 unter 1. a); in BFH/NV 1995, 770 unter 1. a); vom 28.03.1995, IX R 126/89, BFHE 177, 412 = BStBl. II 1997, S. 121 unter 1.; in BFH/NV 1997, 643, unter 2. a)). Aufgrund dessen hat die Rechtsprechung des BFH das Recht auf die Inanspruchnahme von AfA auch einem Vorbehaltsnießbraucher zugesprochen, sofern und soweit er die Anschaffungs- oder Herstellungskosten getragen hat, bevor er das Grundstück unter dem Vorbehalt des Nießbrauchs übereignete, und der nunmehr aufgrund seines dinglichen Rechts Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt. Er nutzt das Grundstück ununterbrochen aufgrund eigenen Rechts (vgl. BFH-Urteile vom 28.07.1981, VIII R 35/79, BFHE 134, 133 = BStBl. II 1982, S. 380; in BFH/NV 1995, 770 unter 1. a)). Wer hingegen ein Gebäude aufgrund eines ihm unentgeltlich zugewendeten Nießbrauchs nutzt, ist nicht AfA-berechtigt, wenn nicht er, sondern der Eigentümer die Anschaffungs- oder Herstellungskosten getragen hat (vgl. BFH-Urteile in BFHE 160, 522 = BStBl. II 1990, S. 888; in BFH/NV 1997, 643).

29 Dem Vorbehaltsnießbraucher hat die Rechtsprechung einen Schenker gleichgestellt, der mit seinen Mitteln einem zu Beschenkenden den Kauf eines von dem Schenker im Voraus bestimmten Grundstücks ermöglicht, sich bei der Schenkung ein Nießbrauchsrecht an dem Grundstück vorbehält und anschließend aufgrund seines Nutzungsrechts Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt. Ein solcher Schenker ist mit demjenigen vergleichbar, der im Fall einer unmittelbaren Schenkung ein Grundstück zunächst zu seinem Eigentum erwirbt, um es sodann seinerseits auf den zu Beschenkenden unter Vorbehalt eines Nießbrauchs weiter zu übertragen; denn sowohl bei der unmittelbaren als auch bei der mittelbaren Grundstücksschenkung trägt der Schenker die Anschaffungskosten des Grundstücks als derjenige, für dessen Rechnung das Grundstück auf den Beschenkten übertragen wird. In beiden Fällen wendet der Schenker die Anschaffungskosten auf, um aufgrund des ihm bei der schenkweisen Übertragung eingeräumten Nutzungsrechts Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung zu erzielen (vgl. BFH-Urteil in BFHE 162, 26 = BStBl. II 1992, S. 67 unter 1.).

30 Der hier einschlägige Fall des „verlängerten Vorbehaltsnießbrauchs“ ist dem Vorbehaltsnießbrauch und der mittelbaren Grundstücksschenkung unter Nießbrauchsvorbehalt gleichzustellen. Wenn ein mit einem Vorbehaltsnießbrauch belastetes Grundstück mit Zustimmung des Nießbrauchers gegen ein anderes Grundstück ausgewechselt und dem bisherigen Nießbraucher an dem neuen Grundstück wiederum ein Nießbrauch eingeräumt wird, handelt es sich bei wirtschaftlicher Betrachtung aufgrund des zeitlichen und sachlichen Zusammenhangs steuerrechtlich um das Fort-

bestehen des Vorbehaltsnießbrauchs. Voraussetzung ist, dass angesichts einer von vornherein feststehenden Abrede, die in einem rahmenbildenden Vertrag zwischen den Nießbrauchern und den verpflichteten Eigentümern getroffen wurde, bereits während des Bestehens des ursprünglichen Vorbehaltsnießbrauchs an einer Immobilie die Fortsetzung des Nießbrauchsrechts an einer mit dem Erlös aus dem Verkauf der Erstimmobilie zukünftig zu erwerbenden Ersatzimmobilie vereinbart wird. Zudem muss die Abrede entsprechend der Vereinbarung umgesetzt werden. Wird dementsprechend eine mit einem Vorbehaltsnießbrauch belastete Immobilie mit Zustimmung der Nießbraucher gegen eine andere Immobilie ausgewechselt, an der den Nießbrauchern aufgrund eines bereits während des Bestehens des ursprünglichen Vorbehaltsnießbrauchs abgeschlossenen Vertrags wiederum ein Nießbrauch eingeräumt wird, und trägt der Nießbraucher wirtschaftlich die Anschaffungskosten für den Erwerb der Ersatzimmobilie, so setzt sich der Vorbehaltsnießbrauch an der erworbenen Immobilie fort (verlängerter Vorbehaltsnießbrauch).

31 Dies gilt nicht nur in Fällen, in denen der aus dem Vorbehaltsnießbrauch verpflichtete Eigentümer über die Ersatzimmobilie bei Veräußerung der belasteten Immobilie bereits verfügen konnte, sondern auch dann, wenn er erst durch den Veräußerungserlös, den er durch die lastenfreie Übertragung der Altimmoblie erzielt, die Ersatzimmobilie anschaffen kann und sich der Nießbrauch in dem Zeitraum zwischen der Veräußerung der Altimmoblie und der Anschaffung der Ersatzimmobilie vereinbarungsgemäß ununterbrochen auf den Veräußerungserlös erstreckt. Es liegt auch dann bei wirtschaftlicher Betrachtung entsprechend der zugrunde liegenden, ausdrücklichen Vereinbarung eine Fortsetzung des Vorbehaltsnießbrauchs an der Ersatzimmobilie als Surrogat vor (vgl. *Götz/Hülsmann*, DStR 2010, 2432, 2434; *Binninger*, DStR 1995, 1049, 1050; *Brambring*, DNotZ 2003, 565, 570 f.). Denn der Nießbraucher trägt in diesem Fall die Anschaffungskosten der erworbenen Ersatzimmobilie in der Weise, dass er den Erwerb dieser Immobilie durch den bisherigen und neuen Eigentümer dadurch ermöglicht, dass er auf seinen Vorbehaltsnießbrauch an der Altimmoblie, deren Anschaffungskosten er getragen hat, sowie auf seinen Nießbrauch an dem an die Stelle der Altimmoblie tretenden Veräußerungserlös verzichtet. Aufgrund der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist es insoweit unerheblich, wenn sich das Surrogat aus zwei oder mehr Immobilien zusammensetzt, deren Anschaffungs- oder Herstellungskosten den aus der Veräußerung der Altimmoblie erzielten Erlös in der Summe nicht überschreiten. Ein obligatorisches Nießbrauchsrecht ist einem dinglichen Nießbrauch steuerrechtlich insoweit gleichzustellen, da auch der obligatorisch Nutzungsberechtigte den Einkünfteerzielungstatbestand erfüllen kann (im Ergebnis ebenso Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 30.09.2013, BStBl. I 2013, S. 1184 Rdnr. 6).

32 b) Nach diesen Maßstäben hat das FG zu Recht entschieden, dass im Streitfall der an der Altimmoblie bestellte Vorbehaltsnießbrauch an den Ersatzimmobilien im Wege der Surrogation fortgesetzt worden ist.

33 aa) Im Streitfall haben die Kläger als Nießbraucher und die drei Kinder als Eigentümer und Nießbrauchsverpflichtete ihre ausdrückliche, während des Bestehens des ursprünglichen Vorbehaltsnießbrauchs abgeschlossene und formfrei mögliche Vereinbarung vom 07.01.2013, nach der sich die Nießbrauchsrechte am Verkaufserlös der Immobilie in A-Stadt und nach dem Erwerb auch an den aus dem Erlös finanzierten Ersatzimmobilien fortsetzen mit der Verpflichtung der Kinder, den Nießbrauch zunächst an dem Bankguthaben und beim späteren Kauf an den Ersatzimmobilien für die Eltern zu bestellen, vertragsgerecht umgesetzt und die Fortsetzung der Nießbrauchsrechte in den notariell beurkundeten Verträgen vom 30.07.2013 und vom 14.11.2013 auch ausdrücklich bestätigt.

34 bb) Dementsprechend haben die Kläger Anschaffungskosten für die Eigentumswohnung in B-Stadt i. H. v. 171.417 € und Herstellungskosten für das Pflegeappartement in C-Stadt i. H. v. 108.198 € getragen. Da es sich um die Anschaffung und Herstellung von Gebäuden gehandelt hat, die nach dem 31.12.1924 fertiggestellt worden sind (§ 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 lit. a EStG), beträgt die AfA für die zum 01.10.2013 angeschaffte Eigentumswohnung in B-Stadt 857 € für 2013 und je 3.428 € für 2014 und 2015 sowie für das zum 01.04.2015 hergestellte Pflegeappartement in C-Stadt 1.623 € für 2015. Denn im Jahr der Anschaffung oder Herstellung des Wirtschaftsguts vermindert sich für dieses Jahr der AfA-Betrag um jeweils ein Zwölftel für jeden vollen Monat, der dem Monat der Anschaffung oder Herstellung vorangeht (§ 7 Abs. 1 Satz 4 EStG). Eine höhere AfA steht den Klägern für die Streitjahre nicht zu.

35 cc) Soweit sich die Kläger auf eine angeblich divergierende Rechtsprechung des BFH berufen, steht dies nicht entgegen.

36 (1) Anders als die Kläger meinen, lässt sich aus dem BFH-Urteil in BFH/NV 1995, 770 nichts Abweichendes entnehmen. Denn jener Entscheidung lag ein anderer Sachverhalt als im Streitfall zugrunde. In jenem Fall hatte die Tochter zur Finanzierung der Anschaffungskosten der Ersatzimmobilie neben der Verwendung des ihr zustehenden Verkaufserlöses ein Darlehen aufgenommen. Damit haben auch bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise nicht (mehr) die Eltern, sondern die Tochter die Anschaffungskosten des von ihr erworbenen Hausgrundstücks getragen.

37 (2) Ohne Erfolg berufen sich die Kläger auch auf das BFH-Urteil in BFH/NV 1997, 643. In jenem Fall hat kein Austausch der nießbrauchsbelasteten Grundstücke stattgefunden, sodass dahingestellt bleiben konnte, ob in einem solchen Fall der Vorbehaltsnießbraucher weiter AfA in Anspruch nehmen könnte (vgl. unter 2. b) der Entscheidungsgründe). Darüber hinaus hat der Vater weder die Anschaffungskosten bzw. Herstellungskosten des Gebäudes getragen noch hat er seiner Tochter Geld zum Erwerb gerade dieses Grundstücks geschenkt.

38 (3) Ebenso wenig verhilft das Urteil des BFH vom 12.09.1969, VI R 333/67, BFHE 96, 523 = BStBl. II 1969, S. 706 der Klage zum Erfolg. Diese Entscheidung erging zur

Nutzungswertbesteuerung und insoweit zu einem vom Streitfall abweichenden Verfahrensgegenstand.

39 (4) Auch das Urteil des BFH vom 28.07.1981, VIII R 124/76, BFHE 134, 130 = BStBl. II 1982, S. 378 steht den Grundsätzen unter II. 2. nicht entgegen. In jener Entscheidung wird im Wesentlichen lediglich ausgeführt, dass die Bestellung des Nießbrauchs keine Gegenleistung des Erwerbers ist, wenn sich der Eigentümer bei der Veräußerung seines Grundstücks den Nießbrauch daran vorbehält.

40 (5) Anders als die Kläger meinen, lassen sich dem BFH-Urteil in BFHE 134, 133 = BStBl. II 1982, S. 380 ebenfalls keine abweichenden Rechtsgrundsätze entnehmen. Danach ist der Vorbehaltsnießbraucher im selben Umfang wie zuvor als Eigentümer zu AfA gemäß § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 i. V. m. § 7 EStG befugt, wenn er das belastete Grundstück zur Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung nutzt.

(...)

23. Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer bei Grundstückskauf von einem erschließungspflichtigen, privaten Erschließungsträger

BFH, Urteil vom 23.02.2022, II R 9/21 (Vorinstanz:
FG Münster, Urteil vom 18.03.2021, 8 K 1438/19 GrE)

BauGB § 11

BGB §§ 133, 157, 433, 434

FGO § 118 Abs. 2

GrEStG § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1

LEITSATZ:

Veräußert ein privater Erschließungsträger ein von ihm zu erschließendes, im Zeitpunkt des Erwerbs aber noch unerschlossenes Grundstück, und sind die in dem Kaufpreis enthaltenen Erschließungskosten nicht gesondert ausgewiesen, ist Gegenstand des Erwerbsvorgangs das Grundstück im erschlossenen Zustand.

Die Schriftleitung verweist insoweit auf die ebenfalls in diesem Heft unter Nummer 21 im Leitsatz abgedruckte Entscheidung des BFH, Urteil vom 28.09.2022, II R 32/20.

 **SONSTIGES****Für den eiligen Praktiker**Von Notar **Jens Kirchner**, München

Der Vorsorgebevollmächtigte muss dem Vollmachtgeber Auskunft geben und Rechenschaft ablegen. Der oder die Erben des Vollmachtgebers können dies nach dem Tod des Vollmachtgebers einfordern und damit nicht nur den Bevollmächtigten in Bedrängnis bringen, sondern auch Gerichte damit in erheblichem Umfang beschäftigen. So soll beispielsweise der Streit über die Frage, ob die Oma immer nur eine Semmel aß und daher die Ausgaben für zwei Semmeln völlig unglaubwürdig seien, breiten Raum einnehmen.

Eine Entscheidung des OLG München dazu mit prägnanter Anmerkung von *Volmer* finden Sie in der MittBayNot 2018, 438 ff.

Ich schlage folgenden Baustein vor, um dem Bevollmächtigten die Erfüllung der Auskunfts- und Rechenschaftspflicht zu erleichtern. Nach Einschätzung einer Richterin, die häufiger solche Streitigkeiten zu entscheiden hat, würde er auch den ein oder anderen Prozess vermeiden.

Die Bevollmächtigten genügen ihrer Auskunfts- und Rechenschaftspflicht nach § 666 BGB, wenn sie aus den Mitteln des Vollmachtgebers nur unbare Zahlungen tätigen und die betreffenden Kontoauszüge vorlegen, soweit sich Zahlungsempfänger und Verwendungszweck daraus hinreichend ermitteln lassen. Von der Auskunfts- und Rechenschaftspflicht ausgenommen sind bare Zahlungen, die einen Betrag von 200,00 € pro Monat nicht übersteigen.



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Tagungsbericht

„Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts“

Tagungsbericht betreffend die Veranstaltung der Forschungsstelle für Notarrecht

(Ludwig-Maximilians-Universität München) am

05.12.2022

Von Luca Kochendörfer, München¹

Am 05.12.2022 fand die dritte Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München im Jahr 2022 statt – erneut in hybrider Form, im Senatssaal der Universität mit gleichzeitiger Öffnung für ein Online-Publikum. Im Vorgriff auf die zum 01.01.2023 in Kraft getretene Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts, die quantitativ größte Umgestaltung des BGB seit 1900,² konnten mit Professorin Dr. *Angie Schneider* (Universität Bremen) und Dr. *Valentin Spornath* zwei Experten auf besagtem Gebiet gewonnen werden, um die Materie aus wissenschaftlicher und praktischer Sicht zu beleuchten. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle, Professor Dr. *Hans Christoph Grigoleit*, begrüßte die zahlreichen Teilnehmerinnen und Teilnehmer und führte kurz in das Tagungsthema ein. Danach stellte er die Referenten vor und übergab das Wort an *Schneider*.

Diese stellte mit Fragen der Selbstbestimmung des Betreuten eine zentrale Zielsetzung der Reform in den Mittelpunkt ihres Referats,³ genauer die Frage, wie die Reform einen Ausgleich zwischen der einerseits zu stärkenden Selbstbestimmung und andererseits den notwendigen Einschränkungen der Eigenverantwortlichkeit in Betreuungsfällen herzustellen sucht. *Schneider* begann mit einem kurzen Überblick über die Rahmenbedingungen der Reform, namentlich den Ablauf des Gesetzgebungsverfahrens. Um die

Orientierung im Gesetz zu erleichtern, stellte sie ferner kurz die örtliche Verschiebung bekannter Materien dar („Paragraphenwanderung“ in der von ihr aufgegriffenen Terminologie eines Beitrags⁴). Besonders hob sie dabei die Umkehrung der Verweisungsrichtung hervor: Habe bisher das Vormundschaftsrecht die Zentralmaterie dargestellt, auf die das Betreuungsrecht in weiten Teilen verwiesen habe, rücke künftig das Betreuungsrecht nicht nur räumlich „nach vorne“ (Verschiebung der §§ 1896 ff. BGB a. F. in die §§ 1814 ff. BGB n. F.), sondern werde auch vom Vormundschaftsrecht in Bezug genommen.

Sodann wandte sich *Schneider* der Zielsetzung der Reform zu, die Selbstbestimmung Betreuter zu stärken. Ausgangspunkt sei insofern – wie auch aus der Begründung des Gesetzesentwurfs ersichtlich – Art. 12 Abs. 3 der UN-Behindertenrechtskonvention. Darin hätten sich die Vertragsstaaten zu geeigneten Maßnahmen verpflichtet, um Menschen mit Behinderungen bei der Ausübung ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit zu unterstützen (Recht auf Assistenz). Diese Vorgabe sei als Impuls verstanden worden, Formen der ersetzenden Entscheidungsfindung durch ein System der unterstützenden Entscheidungsfindung abzulösen, denn zum bisherigen Rechtszustand seien im Schrifttum immer wieder Stimmen laut geworden, die eine Konventionswidrigkeit des deutschen Betreuungsrechts annahmen. Dabei seien Vorgaben der gesetzlichen Vertretung, etwaige Einwilligungsvorbehalte, teilweise aber auch die gesamte Institution der Betreuung in Frage gestellt worden. Die Konzeption des Betreuungsrechts sei kritisiert worden als zu stark auf die Ersetzung eigenverantwortlicher durch am objektiven Wohl des Betreuten ausgerichtete Entscheidungen abzielend.

Die Reform wolle demgegenüber das aus Art. 12 Abs. 3 UN-Behindertenrechtskonvention abzuleitende Gebot der größtmöglichen Eigenverantwortlichkeit umsetzen. Zwar werde die Betreuung selbst weiterhin als geeignete Maß-

1 Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Geschäftsführer der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

2 *Schwab*, FamRZ 2020, 1321.

3 Vgl. auch RegBegr. Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts, BT-Drucks. 19/24445, S. 2 f.: „Die Reform (...) ist auf das zentrale Ziel ausgerichtet, auf den verschiedenen Umsetzungsebenen im Vorfeld und innerhalb der rechtlichen Betreuung eine konsequent an der Verwirklichung des Selbstbestimmungsrechts der Betroffenen orientierte Anwendungspraxis zu gestalten, die den Betroffenen im Wege der Unterstützung zur Ausübung seiner rechtlichen Handlungsfähigkeit befähigt.“

4 *Schwab*, FamRZ 2020, 1321.

nahme in diesem Sinne angesehen, doch solle die größtmögliche Selbstbestimmung durch Veränderungen innerhalb der Konzeption der Betreuung erreicht werden. Dabei stünden vor allem drei Ansatzpunkte im Vordergrund: Erstens solle der Erforderlichkeitsgrundsatz als zentrale Leitlinie während des gesamten Prozesses genauer festgeschrieben und konturiert werden: Betreuung solle nur stattfinden, wenn und soweit dies notwendig ist. Zweitens solle die Betreuung dominant an den Wünschen, nicht mehr hingegen an einem objektiven Wohl des Betreuten ausgerichtet werden. Der Betreuer müsse sich gerade um die Ermittlung dieser subjektiven Vorstellungen bemühen und diese sodann als Richtschnur zugrunde legen. Abschließend sollten die Bestimmungsrechte als Instrumente der Fremdbestimmung (noch) stärker als im bisherigen Recht reglementiert werden. Diesen Leitlinien wandte sich *Schneider* sodann im Einzelnen zu.

Sie begann mit dem die gesamte Reform prägenden und durchziehenden Erforderlichkeitsgrundsatz und exemplifizierte dies anhand eines Vergleichs der Vorgaben zur Betreuerbestellung (§ 1896 Abs. 2, § 1901 Abs. 1 BGB a. F. versus § 1814 Abs. 3, § 1821 Abs. 1 BGB n. F.). Dabei sei festzustellen, dass der Erforderlichkeitsgrundsatz schon bisher Geltung sowohl bezüglich Anordnung als auch Ausübung der Betreuung beansprucht habe. Insofern stelle die Reform für die praktische Handhabung keinen Systemwechsel dar. Wohl aber verbänden sich mit ihr zahlreiche Impulse, die Erforderlichkeit auch bei der praktischen Handhabung (noch) ernster zu nehmen. Beispielhaft verwies *Schneider* auf die Subsidiarität der Betreuungsanordnung, soweit ein Bevollmächtigter die Angelegenheit „gleichermaßen“ – mithin nicht notwendig qualitativ gleichwertig – besorgen könne (§ 1814 Abs. 3 BGB n. F.). Auch die stärkere Betonung der Erforderlichkeit in § 1821 Abs. 1 BGB n. F. bezwecke eine dahin gehende Signalwirkung. In der Sache implementierten beide Neuerungen Art. 12 Abs. 3 UN-Behindertenrechtskonvention in das nationale Recht. Ob damit weitgehende Änderungen für die Praxis verbunden seien, sei allerdings fraglich, da die Rechtsprechung sich schon bisher um eine Ausrichtung auf den Erforderlichkeitsgrundsatz bemüht habe. Von Bedeutung sei erneut vor allem die Signalwirkung der Änderungen zur Stärkung und Festigung dahin gehender Linien bzw. des dahin gehenden Verständnisses in der Praxis.

Große Hoffnungen setze der Gesetzgeber ferner in den Wechsel vom Wohl hin zu den Wünschen des Betreuten. Zwar bestimme der zuständige zwölfte Senat des BGH den Begriff des Wohls schon jetzt nicht losgelöst von subjektiven Präferenzen; ein Vorgehen objektiver Erwägungen werde nur bei Gefährdung höherrangiger Güter angenommen, insbesondere wenn eine erhebliche Verschlechterung der Lebensverhältnisse drohe. Dennoch sei zum bisherigen Recht vielfach die Gefahr einer zu starken Betonung objektiver Erwägungen gesehen worden, weswegen der Gesetzgeber den Begriff des Wohls – anders als im Rahmen der Vormundschaft und Pflegschaft – endgültig aus dem Betreuungsrecht gestrichen habe. Von der Auswahl des Betreuers bis zur Ausübung von dessen Befugnissen rückten die subjektiven Präferenzen in den Vordergrund. Lediglich

erhebliche Gefahren für die Lage des Betreuten sowie die Unzumutbarkeit für den Betreuer stellten danach Grenzen der Maßgeblichkeit subjektiver Präferenzen dar.

Zuletzt wandte sich *Schneider* den Bestimmungsrechten des Betreuers, mithin Fragen der tatsächlichen Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht zu. Von besonderer Bedeutung sei dabei trotz als solcher erhaltener Geschäftsfähigkeit die gesetzliche Vertretungsmacht des Betreuers. Zentrale Weichenstellung sei insofern die Bestimmung des Aufgabenkreises bei der Bestellung. Nach bisherigem Recht sei eine sehr weitgehende Bestellung möglich. Nur bezüglich weniger Bereiche sei eine explizite Festsetzung nötig (zum Beispiel § 1896 Abs. 4 BGB a. F.). Das Gesetz setze mehr auf nachträgliche Einbindung der Gerichte mittels Einwilligungserfordernisse. Auch in Ausübung der Vertretungsmacht finde der Erforderlichkeitsgrundsatz zwar immer wieder Anwendung in der Rechtsprechung, jedoch keinen Niederschlag im Gesetz.

Insofern habe es sich um berechnete Kritikpunkte an der bisherigen Rechtslage gehandelt, die der Gesetzgeber zu Recht zu korrigieren gesucht habe. § 1815 BGB n. F. erhebe die Ausnahme der Anordnungsnotwendigkeit zur Regel. Durch den für die Anordnungen geltenden Erforderlichkeitsgrundsatz werde in höherem Maße als durch die bisherigen nachgelagerten Einwilligungsvorbehalte des Gerichts die Subsidiarität der Fremdbestimmung sichergestellt. Insbesondere für die bisher zumindest mögliche „Betreuung in allen Angelegenheiten“ sei künftig kein Raum mehr. Was die genauen Modalitäten der Anordnung und Bezeichnung anbelangt, enthalte das Gesetz zwar keine genaueren Regeln, doch sei auf eine sensible Handhabung durch die Gerichte zu hoffen. Jedenfalls würde die Notwendigkeit expliziter Anordnung die Grenzen besonders intensiver Eingriffe sichtbar machen. Auch die Explizierung der Erforderlichkeit in Bezug auf die Ausübung der Vertretungsmacht sei vor diesem Hintergrund zu begrüßen.

Abschließend trat *Schneider* der Kritik am Institut der Betreuung als solchem entgegen, namentlich den Stimmen, die in diesem per se einen zu schweren, potenziell mit Art. 12 Abs. 3 UN-Behindertenrechtskonvention im Widerspruch stehenden Eingriff sähen. Zwar ändere die Reform in der Sache, die tatsächliche Reichweite der Einflussmöglichkeiten betreffend wenig an den bemängelten Eingriffsmöglichkeiten in die Selbstbestimmung. Doch sei dieser Konflikt der Interessenlage der Betreuungssituation immanent. Die Betreuung als solche stelle nach zutreffender Einschätzung des Gesetzgebers eine geeignete Reaktion auf diese Interessenlage dar. So dürfe vor allem die Ermöglichungsfunktion der Betreuung bezogen auf eine Teilnahme des Betreuten am Rechtsverkehr nicht geringgeschätzt werden. Vor diesem Hintergrund habe der Gesetzgeber den zutreffenden Weg zur Versöhnung von Fremd- mit Selbstbestimmung durch Veränderung einzelner Stellschrauben gewählt. Gerade die breitflächige Implementierung einzelner Schlussfolgerungen aus Art. 12 Abs. 3 UN-Behindertenrechtskonvention (namentlich die erweiterte Festschreibung des Erforderlichkeitsgrundsatzes und die Notwendigkeit ausdrücklicher Anordnung einschneidender Bestim-

mungsrechte) gebe wichtige und richtige Impulse für die praktische Handhabung. Das Fazit zur Reform falle dementsprechend positiv aus.

Schneider beschloss ihren Vortrag mit einem Hinweis auf das Inkrafttreten der Neuregelung in Art. 229 § 54 Abs. 3 und 4 EGBGB. So müssten insbesondere Betreuungsbestellungen zur Besorgung aller Angelegenheiten (erst) bis zum 01.01.2024 eine Anpassung des Aufgabenkreises erfahren. Auf Betreuungen, die am 01.01.2023 (bereits) bestanden, finde ferner § 1815 Abs. 2 BGB n. F. bis zum 01.01.2028 keine Anwendung.

Spernath begann seinen Vortrag mit dem Hinweis, dass wissenschaftliche Aufmerksamkeit und Praxisbedeutung im Bereich der Vollmachten, namentlich der Vorsorgevollmachten, deutlich auseinanderfielen. Dementsprechend werde auch in der Ausgestaltung zu wenig Wert auf die Vollmachtserteilung gelegt – mit gravierenden Auswirkungen gerade auch für das Tagungsthema der Betreuung. Denn die von der Referentin *Schneider* bereits betonte verfassungsrechtliche Bedeutung der Selbstbestimmung stelle eine enge Verbindung von Fragen der Bevollmächtigung und der Betreuung her: Letztere sei dann und nur dann erforderlich, wenn der zu Betreuende nicht durch Bevollmächtigung in eigener Verantwortung Vorsorge geschafft habe. Fragen der (wirksamen) Bevollmächtigung sowie die Grenzen derartiger Gestaltungen seien somit jeder Betrachtung des Betreuungsrechts – und damit auch einer Analyse der jüngsten Reform – vorgelagert. Es gelte also zunächst, die bisherigen, primär von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze sorgfältig zu analysieren.

Als Ausgangspunkt der jüngeren Entwicklung machte *Spernath* die Etablierung des Vorrangs einer eigenverantwortlichen Regelung (durch Bevollmächtigung) seitens der verfassungsrechtlichen Judikatur speziell seit 2008 aus. Insofern habe das BVerfG eine Stärkung der Stellung von Bevollmächtigten gegenüber später bestellten, die Vollmacht widerrufenden Betreuern angemahnt.⁵ Die darauf aufbauende Umsetzung dieser Leitlinien durch die Rechtsprechung des BGH und der Instanzgerichte wirkten bis heute fort und prägten auch das Bild nach der Reform. Fragen der Widerruflichkeit von Vollmachten durch Betreuer sowie (angebliche) Grenzen von Vollmachten seien damit die Koordinaten, anhand derer die Bedeutung des Betreuungsrechts zu analysieren sei. Als Beispiel nannte *Spernath* § 2347 Abs. 2 Satz 2 BGB, der durch seine Beschränkung des Abschlusses von Erb- bzw. Pflichtteilsverzicht auf gesetzliche Vertreter die Nutzung von Vollmachten verhindere. Eine eigenverantwortliche, nach den Wertungen des neuen Betreuungsrechts vorzugswürdige Lösung werde hierdurch ausgeschlossen. Der Fortbestand der Regelung zeige, dass der Reformgesetzgeber sich der Verzahnung trotz aller Fortschritte noch nicht in allen Einzelfragen bewusst gewesen sei.

Zunächst wolle er sich deshalb der zentralen Frage des Widerrufs bestehender (Vorsorge-)Vollmachten durch Betreu-

er zuwenden. Die (Unter-)Gerichte hätten einen solchen Widerruf in der Vergangenheit zunächst sehr großzügig zugelassen. Gerade ein (angeblicher) Missbrauch der Vollmacht sei schon bei geringen Indizien angenommen worden. Dem entgegen habe der BGH 2015 – in Aufgreifen der verfassungsgerichtlichen Betonung des Selbstbestimmungsrechts durch Vollmachtserteilung – betont, dass der Widerruf einer solchen Vollmacht nur als ultima ratio bei erheblichen Ansatzpunkten für unzulässige Ausübung in Betracht komme.⁶ Überdies müsse die Befugnis zum Widerruf ausdrücklich als Aufgabenkreis angeordnet werden, um – schon mangels ex post Wiederauflebens einer widerrufenen Vollmacht – eine gerichtliche Prüfung ex ante zu ermöglichen.

Die zweite bedeutende Entwicklung der Rechtsprechung habe im Zurückfahren zuvor angenommener Beschränkungen der Handlungsmacht für Bevollmächtigte gelegen. Wiederum auf den verfassungsrechtlichen Primat selbstbestimmter Regelung durch Vollmacht aufbauend seien – weder aus Gesetz noch aus Vollmacht ersichtliche – Begrenzungen der Handlungsfähigkeit im Zweifel abzulehnen. Damit verblieben vor allem gesetzliche Anordnungen wie der bereits erwähnte § 2347 Abs. 2 Satz 2 BGB. Beispielhaft ging *Spernath* insofern auf eine höchstrichterliche Entscheidung aus dem Jahre 2021 ein, wonach der Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments bzw. der Rücktritt von einem Erbvertrag auch durch einen (General-)Bevollmächtigten entgegengenommen werden könne.⁷ Ein ungeschriebener Grundsatz der Höchstpersönlichkeit sei nicht anzuerkennen. Über die Entscheidung hinausgehend befürwortete er sogar die Entgegennahme einer eigenen (Widerrufs- bzw. Rücktritts-)Erklärung für den Fall einer Befreiung von § 181 BGB, sofern kein Fall des Missbrauchs vorliege. Gerade vor dem Hintergrund der erheblichen Dauer einer andernfalls notwendigen Betreuerbestellung sei die Lösung über Bevollmächtigung vorzugswürdig. Es müsse beim Grundsatz verbleiben, dass Beschränkungen der Vertretungsmöglichkeiten nur aus Gesetz oder Vollmacht selbst abgeleitet werden können. Vor dem dargestellten Hintergrund gelte es, in der Kautelarpraxis die von der Rechtsprechung gegebenen Möglichkeiten zu nutzen. So stellten beispielsweise Sorgerechtsvollmachten ein unterschätztes Mittel zur Herstellung von Handlungsfähigkeit bei kurzfristigen Unfällen, aber auch ein milderes Mittel gegenüber einer dauerhaften Entziehung des Sorgerechts dar.

Zu Fragen der Vollmacht abschließend wies *Spernath* so dann darauf hin, dass freilich nicht alle Fragen durch die Rechtsprechung bereits abschließend geklärt worden seien. Exemplarisch verwies er insofern auf divergierende obergerichtliche Rechtsprechung zur Reichweite der Befugnisse eines (post- bzw. transmortale) Bevollmächtigten im Hinblick auf die Umgestaltung der Nacherbfolge nach dem

⁵ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 10.10.2008, 1 BvR 1415/08, FamRZ 2008, 2260.

⁶ Vgl. BGH, Beschluss vom 28.07.2015, XII ZB 674/14, NJW 2015, 3572.

⁷ Vgl. BGH, Beschluss vom 27.01.2021, XII ZB 450/20, NJW 2021, 1455.

Tod des Erblassers.⁸ Angesichts der mit einer solchen Vollmacht einhergehenden Vertrauensstellung befürwortete er auch insofern ein weites Verständnis der Befugnisse des Bevollmächtigten. Für die Kautelarpraxis bleibe eine entsprechende höchstrichterliche Entscheidung abzuwarten. Bis dahin sei eine explizite und weite Fassung der Befugnisse im Rahmen der Vollmachtserstellung sinnvoll, um unter Umständen erst später durch die Rechtsprechung abgesicherte Befugnisse zu gewähren. Erneut verwies *Spernath* ferner auf gesetzliche Hürden wie den bereits erwähnten § 2347 Abs. 2 Satz 2 BGB, der – gerade zur Vermeidung einer Gesamtnichtigkeit (§ 139 BGB) – eine sorgfältige und eingeschränkte Formulierung etwaiger Vollmachten erfordere.

Auf dem dargestellten Fundament der Möglichkeiten und Grenzen eigenverantwortlicher Regelung durch Bevollmächtigung wandte er sich sodann Einzelfragen der Reform zu. Von besonderer Bedeutung für das Verhältnis von Bevollmächtigung und Betreuung sei insofern § 1820 BGB n. F. Zunächst wies er auf Absatz 3 der Regelung hin, der die Bestellung eines Kontrollbetreuers nur bei konkreten Anhaltspunkten für eine missbräuchliche Vollmächtausübung zulasse. Gerade da künftig subjektive Vorstellungen des Vollmachtsgabers im Vordergrund stünden, gebe dies dem Bevollmächtigten die notwendige Freiheit, Wünsche des Vollmachtsgabers (zum Beispiel die finanzielle Unterstützung der Ausbildung eines Enkels) ungestört umzusetzen. Dahin gehende Tendenzen der Rechtsprechung würden so auf eine sicherere Grundlage gestellt. Von großer Bedeutung sei ferner Absatz 5 der Regelung, der für einen Vollmachtswiderruf hohe Hürden aufstelle. Durch die Erforderlichkeit der gerichtlichen Genehmigung eines solchen Widerrufs werde überdies der Rechtsschutz gegen einen solchen (bisher kaum wieder rückgängig zu machenden) Widerruf erleichtert, ja geradezu erst ermöglicht. Fraglich sei einzig die Ausgestaltung des Verfahrens für einstweilige Anordnungen in § 1820 Abs. 4 BGB n. F. Hier bleibe abzuwarten, wie die Rechtsprechung mit ungeklärten Fragen wie derjenigen der Antragsbefugnis umgehen werde. Insgesamt überwiege aber deutlich der positive Eindruck.

Weniger geglückt sei demgegenüber das Ehegattenvertretungsrecht in § 1358 BGB n. F., das seitens der Literatur nicht ganz zu Unrecht vielfach als verfehlt angesehen werde. Denn die Regelung kombiniere vergleichsweise hohe Anforderungen (insbesondere die ärztliche Bescheinigung dürfte sich bei Einstufung als konstitutiv als hohe Hürde erweisen) mit gerade bezüglich Vermögensrechten wenig weitreichenden Rechtsfolgen. Eine mittelbare Gefahr gehe von der Norm überdies dahin gehend aus, dass sie den falschen Eindruck erwecken könnte, privatautonomen Vollmachten bedürfte es nicht mehr. Kurz wies *Spernath* in diesem Zusammenhang auch auf die neu eingeführte Beglaubigungsbefugnis für Urkundspersonen bei Behörden in § 7 BtOG hin. Dahin gehende Erweiterungen seien stets vor dem Hintergrund kritisch zu sehen, dass schon in der nota-

riellen Praxis die Beglaubigung von Vollmachtsregelungen nur bei anwaltlicher Vorberatung hinreichende Rechtssicherheit verspreche. Denn gerade von Laien selbst erstellte Vollmachten wiesen oft erhebliche Mängel auf und erhielten durch den Beglaubigungsvorgang eine nur scheinbar höhere Dignität.

In der Folge ging *Spernath* noch in knapper Form auf weitere für die notarielle Praxis relevante Änderungen ein. Zu beachten sei insofern die Neuregelung der Genehmigungspflichten. Die erweiterte Genehmigungspflicht bei Grundstücksverfügungen in § 1833 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BGB n. F. unterstreiche nochmals die Wichtigkeit der Betreuung vorgelagerter Vorsorgevollmachten. Änderungen habe ferner das Genehmigungserfordernis betreffend Schenkungen in § 1854 Nr. 8 BGB n. F. erfahren. Eine erhebliche Erleichterung stelle demgegenüber das Einsichtsrecht für Ärzte betreffend das Vorsorgeregister dar – dies werte die Bedeutung von Vorsorgevollmachten nochmals auf.

Die Reform erfülle freilich nicht alle Desiderate der Praxis. *Spernath* nannte insofern beispielhaft die Schaffung einer Rechtsscheinswirkung für das Zentrale Vorsorgeregister, die Abschaffung gesetzlicher Hürden für privatautonome Vollmachtsregelungen wie der bereits mehrfach erwähnte § 2347 Abs. 2 Satz 2 BGB, eine Nachjustierung des Verfahrens in § 1820 Abs. 4 BGB n. F. sowie eine Stärkung der Akzeptanz erteilter Vollmachten auch im Verwaltungsverfahren.

Trotz dieser offenen Flanken seien sowohl die Rechtsprechungsentwicklung der letzten Jahre, als auch die Reform als große Chance für die Kautelarpraxis einzustufen, die es jetzt durch kundige Vollmachtsgestaltung auszunutzen gelte. Zu nennen seien insofern die Aufnahme von künftig relevanten Wünschen, die explizite Störung des Bevollmächtigten auch gegenüber Nacherben sowie die Bestellung von Kontrollbevollmächtigten in sachlich komplexen Gestaltungen als nur einige von vielen Möglichkeiten. Mit diesem Aufruf schloss *Spernath* sein Referat.

Hiernach eröffnete *Grigoleit* die Diskussions- und Frageunde. Die Tagung wurde aufgezeichnet und ist auf der Homepage der Forschungsstelle abrufbar (https://www.jura.uni-muenchen.de/forschung/forschungsstellen/forschung_notar/veranstaltungen/index.html und www.notarrechtswissenschaft.de, jeweils unter „Veranstaltungen“).

8 Vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 29.05.2019, 8 W 160/19, ZEV 2019, 530 einerseits und OLG München, Beschluss vom 14.06.2019, 34 Wx 237/18, ZEV 2019, 533 andererseits.



Veranstaltungshinweise

Institut für Notarrecht der Julius-Maximilians-Universität Würzburg, Deutsches Notarinstitut

1. Online-Veranstaltung: „Reform des Umwandlungsrechts in Deutschland und Europa“

Donnerstag, 02.03.2023, 17:00 Uhr
Online-Veranstaltung

Inhalt und Ablauf:

- 17:00 Uhr Begrüßung und Einführung
Prof. Dr. *Christoph Teichmann*, Moderator;
Universität Würzburg, Vorstandsmitglied des
INotR Würzburg
- 17:15 Uhr Die Umwandlungsrichtlinie und die Eckpunkte
ihrer Umsetzung in Deutschland
Dr. *Eberhard Schollmeyer* LL.M., Referatsleiter
im Bundesministerium der Justiz, Berlin
- 17:45 Uhr Die grenzüberschreitenden Verfahren
der Unternehmensumwandlung
Prof. Dr. *Heribert Heckschen*,
Notar in Dresden
- 18:00 Uhr Diskussion
- 18:15 Uhr Minderheitenschutz bei grenzüberschreitenden
Unternehmensumwandlungen
Prof. Dr. *Jessica Schmidt*, LL.M.,
Universität Bayreuth

18:30 Uhr Gläubigerschutz bei grenzüberschreitenden
Unternehmensumwandlungen
Simon Redler, Notarassessor

18:45 Uhr Diskussion und Schlusswort
Prof. Dr. *Christoph Teichmann*,
Universität Würzburg

Tagungsbeitrag: kostenlos

Kontakt/Anmeldung:

Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg,
Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Fax: 0931/35576225;
E-Mail: notrv@dnoti.de. Aus organisatorischen Gründen
wird um eine Anmeldung gebeten.

Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie
unter <https://notrv.de/inotr/>.

Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

„Reformperspektiven und Probleme der unternehmenstragenden Stiftung“

Dienstag, 07.03.2023, 17:30 Uhr s. t.

Hybridveranstaltung:

Für Teilnehmerinnen und Teilnehmer in Präsenz: Senatssaal der Ludwig-Maximilians-Universität (E 106/110 im 1. OG),
Geschwister-Scholl-Platz 1 (Hauptgebäude)

Zusätzlich wird eine Online-Teilnahmemöglichkeit über Zoom angeboten
(die Zugangsdaten erhalten die Online-Teilnehmerinnen und -teilnehmer in der Anmeldebestätigung).

Referenten:

Professorin Dr. *Birgit Weitemeyer*, Bucerius Law School
Hamburg

(Stiftungen und Unternehmen – Gestaltungen, Grenzen
und Governance nach neuem Stiftungsrecht)

Notar *Lucas Wartenberger*, München

(Neues Stiftungsrecht – neue Herausforderungen für die
Praxis)

Die Teilnahme an der Tagung ist nach wie vor kostenfrei und steht allen Interessierten offen. Teilnahmebescheinigungen gemäß § 15 FAO werden sowohl in Präsenz- als auch im Online-Format auf Wunsch im Anschluss an die Tagung gegen eine Zahlung einer Gebühr postalisch versendet. Die Zahlung hat per Überweisung zu erfolgen. Im Livestream-Format muss die Teilnahme an der Veranstaltung durch Angabe des Klarnamens im Zoom-Format ersichtlich sein.

Kontakt/Anmeldung:

Forschungsstelle für Notarrecht, Prof.-Huber-Platz 2,
80539 München, Tel.: 089 2180-2794, E-Mail: FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de. Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung gebeten. Die hierfür erforderlichen Informationen werden auf der Homepage https://www.jura.uni-muenchen.de/forschung/forschungsstellen/forschung_notar/aktuelles/index.html zeitnah zur Verfügung gestellt.



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Institut für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

Sechzehntes Symposium: Moderne Familienstrukturen: Familien- und Erbrecht. Rechtstatsachen, aktuelle Rechtslage, Überlegungen de lege ferenda

Freitag, 21.04.2023, 9:30 Uhr
in den Rosensälen der Universität, Fürstengraben 27, 07743 Jena
als hybride Veranstaltung

Tagungsleitung:

Prof. Dr. *Jan Dirk Harke*

Inhalt und Ablauf:

- 9:30 Uhr Begrüßung und Einführung
Prof. Dr. *Walter Bayer*, Direktor des Instituts für
Notarrecht (Jena)
- 9:45 Uhr Familienrecht im Umbruch – ein (rechts-
vergleichender) Blick auf Reformstand und
Reformbedarf
Prof. Dr. *Christine Budzikiewicz*
- 10:30 Uhr Kaffeepause
- 11:00 Uhr Reproduktionsmedizin – Möglichkeiten
und Grenzen
Priv.-Doz. Dr. med. habil. *Heidi Fritzsche*
- 11:45 Uhr „Lebensabschnittsvertrag“ für die Beendigung
der nichtehelichen Lebensgemeinschaft?
Prof. Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*
- 12:30 Uhr Mittagspause
- 13:30 Uhr Der Klassiker in der notariellen Beratung:
die Patchwork-Familie im Erbrecht
Prof. Dr. *Christopher Keim*

14:30 Uhr Moderne Familienstrukturen aus
abstammungsrechtlicher Perspektive –
Probleme und Möglichkeiten
Prof. Dr. *Philipp M. Reuß*

15:30 Uhr Schlusswort

Tagungsbeitrag:

Für die Teilnahme an der Veranstaltung wird ein Tagungs-
beitrag erhoben. Weitere Informationen finden Sie unter:
https://notrv.de/news_veranstaltungen/termine/

Kontakt/Anmeldung:

Institut für Notarrecht an der Universität Jena,
Carl-Zeiß-Straße 33, 07743 Jena, Tel.: 03641 942510,
Fax: 03641 942152; E-Mail: notarinstitut@uni-jena.de.
Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung
bis 07.04.2023 gebeten.

Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter
<https://www.rewi.uni-jena.de/fakultaet/institute/institut-fuer-notarrecht>.

NotaReG-Tagung

Reform des Personengesellschaftsrechts der Forschungsstelle für notarielle Rechtsgestaltung der Universität Heidelberg

Freitag, 05.05.2023, 10:00–17:00 Uhr
Aula der Neuen Universität Heidelberg,
Universitätsplatz 1, 69117 Heidelberg

Aus dem Programm:

Rechtsformvarianten einer Gesellschaft bürgerlichen
Rechts nach dem MoPeG
(Prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Karsten Schmidt*, Hamburg)

Das Schicksal des stillen Verbandes nach dem MoPeG
(Prof. Dr. *Rüdiger Wilhelmi*, Konstanz)

Die unmittelbaren und mittelbaren Auswirkungen des neu-
en Gesellschaftsregisters
(Notar Dr. *Theo Luy*, Stuttgart)

Das MoPeG/Der Übergang ins MoPeG im Grundbuch-
verfahrensrecht
(Notar Prof. Dr. *Alexander Krafka*, Fürstenfeldbruck)

Auswirkungen auf die erbrechtlichen Gestaltungs-
möglichkeiten
(Prof. Dr. *Julia Lübke*, LL.M. (Harvard), EBS Wiesbaden)

Internationale Ausstrahlungs- und Vorbildwirkung
(Prof. Dr. *Peter Jung*, Maître en droit (Toulouse), Basel)

Tagungsbeitrag: kostenlos

Kontakt/Anmeldung:

Eine Anmeldung ist bereits jetzt möglich per E-Mail an nota-
reg@igr.uni-heidelberg.de. Das offizielle Programm wird in
Kürze versandt.

Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter
<https://www.jura.uni-heidelberg.de/igr/notareg/>.



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Veranstaltungen des DAI

1. **Gemeinschaftliche Testamente: Bindungswirkung und andere Rechtsfragen**
(Schöneberg-Wessel)
02.03.2023 in Bochum und als Livestream
2. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2022/2023**
(Heinze/Herrler/Hertel/Kessler/Thelen)
03.03.2023 in Bochum und als Livestream
3. **Umwandlungssteuerrecht und Umwandlungsrecht**
(Heinemann/Schell/Wacker/Weiler)
03.03.2023 in Berlin und als Livestream
4. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2022/2023**
(Herrler/Hertel/Kessler/Thelen)
04.03.2023 in Köln
5. **Immobilienkaufverträge: Sichere Gestaltung und Abwicklung für Mitarbeiter im Notariat**
(Tondorf)
08.03.2023 in Heusenstamm (bei Frankfurt a. M.) oder als Livestream
6. **Rechtsprechungsübersicht: Gesellschaftsrecht**
(Bernau/Born)
09.03.2023 in Heusenstamm (bei Frankfurt a. M.) und als Livestream
7. **Optimierung der Notarstelle**
(Tondorf)
10.03.2023 in Baunatal
8. **Optimierung der Notarstelle**
(Tondorf)
11.03.2023 in Köln
9. **Internationales Privatrecht für Mitarbeitende im Notariat**
(Primaczenko)
17.03.2023 in Berlin und als Livestream
10. **Probleme des Personen- und Kapitalgesellschaftsrechts**
(Bochmann/Heckschen/Kreß)
23.03.2023 in Hamburg und als Livestream
11. **21. Gesellschaftsrechtliche Jahresarbeitstagung**
(Bernau/Born/Dörrbecker/Grunewald/Heckschen/Pferr/Rätke/Schmidt/Weitnauer)
24./25.03.2023 in Hamburg und als Livestream
12. **Update Vorsorgevollmacht und Betreuung**
(Müller-Engels/Reetz)
24.03.2023 in Bochum und als Livestream
13. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2022/2023**
(Herrler/Hertel/Hügel/Kessler)
25.03.2023 in Erfurt
14. **Mitarbeiterlehrgang: (Wieder-)Einstieg in die Praxis des Notariats**
(Tondorf)
27.03.2023 in Bochum und als Livestream
15. **Das neue Stiftungsrecht ab Juli 2023 in der Nachfolgeplanung und Vermögensstrukturierung**
(Philippi/Schauer)
31.03.2023 in Bochum und als Livestream
16. **Optimierung der Notarstelle**
(Tondorf)
12.04.2023 in Oldenburg
17. **Notarielle Fachprüfung – Systematisches Klausurentraining**
(Berkefeld)
18.04.2023 in Bochum oder als Livestream
18. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2022/2023**
(Forschner/Herrler/Hertel/Kessler/Thelen)
20.04.2023 in Heusenstamm (bei Frankfurt a. M.) und als Livestream
19. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2022/2023**
(Herrler/Hertel/Kessler/Lieder/Thelen)
21.04.2023 Leinfelden-Echterdingen (bei Stuttgart)
20. **Update Vorsorgevollmacht und Betreuung**
(Müller-Engels/Reetz)
22.04.2023 in Köln
21. **Unternehmensnachfolge zwischen Zivil- und Steuerrecht**
(Hübner/Konny/Schmidt/Weiler)
26.04.2023 in Bochum und als Livestream
22. **Jahreskurs für Quer- und Wiedereinsteiger in das Notariat – Modul 1**
(Hagemann/Pelikan/Kersten/Neie)
27./28./29.04.2023 in Heusenstamm (bei Frankfurt a. M.) und als Livestream
23. **Modularer Intensivkurs für Privatbeschäftigte 2022/23 – Modul V: Familienrecht**
(Bös/Nünke/Strauß/Zintl)
16./17./18.03.2023 in München und als Livestream
24. **Modularer Intensivkurs für Privatbeschäftigte 2022/23 – Modul VI: Erbrecht**
(Bös/Gsödl/Heitzer/Junk/Menzel)
20./21./22.04.2023 in München und als Livestream

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. Anders/Gehle: Zivilprozessordnung: ZPO. Kommentar. 81. Aufl., Beck, 2023. 3180 S., 179,00 €
2. Armbrüster/Preuß: BeurkG mit NotAktVV und DONot. 9. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2022. 1272 S., 184,00 €
3. Bärmann: WEG. Kommentar. 15. Aufl., Beck, 2023. 2050 S., 159,00 €
4. Bamberger/Roth/Hau/Poseck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 5: §§ 1922-2385, CISG, IPR, EGBGB. 5. Aufl., Beck, 2023. 2713 S., 189,00 €
5. Breckamp/Kindler/Winnen: BeurkG mit DONot und NotAktVV. Kommentar. 1. Aufl., Beck, 2023. 1007 S., 139,00 €
6. Daragan/Halaczinsky/Riedel: Praxiskommentar ErbStG und BewG. 4. Aufl., zerb, 2022. 1700 S., 179,00 €
7. Dehe/Zintl: Mitarbeiterführung für Notare. 1. Aufl., Carl Heymanns, 2022. 424 S., 89,00 €
8. Elsing: Handels- und Gesellschaftsrecht in der notariellen Praxis. 5. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2022. 520 S., 64,00 €
9. Fischer: Strafgesetzbuch: StGB mit Nebengesetzen. Kommentar. 70. Aufl., Beck, 2023. 2838 S., 105,00 €
10. Frank/Döbereiner: Nachlassfälle mit Auslandsbezug. 2. Aufl., Giesecking, 2022. 211 S., 69,00 €
11. Ganter/Hertel/Wöstmann: Handbuch der Notarhaftung. 5. Aufl., Carl Heymanns, 2023. 992 S., 149,00 €
12. Grüneberg: Bürgerliches Gesetzbuch: BGB. Kommentar. 82. Aufl., Beck, 2023. 3270 S., 125,00 €
13. Heckschen/Heidinger: Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis. 5. Aufl., Carl Heymanns, 2023. 2030 S., 189,00 €
14. Henrich: Internationales Scheidungsrecht – einschließlich Scheidungsfolgen. 5. Aufl., Giesecking, 2023. 129 S., 59,00 €
15. Hopt: Handelsgesetzbuch. Kommentar. 42. Aufl., Beck, 2023. 3188 S., 119,00 €
16. Jürgens: Betreuungsrecht. Kommentar. 7. Aufl., Beck, 2023. 1149 S., 79,00 €
17. Jurgeleit: Betreuungsrecht. Kommentar. 5. Aufl., Nomos, 2023. 1500 S., 129,00 €
18. Kersten/Bühling: Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit. 27. Aufl., Carl Heymanns, 2023. 3532 S., 324,00 €
19. Kroiß/Siede: FamFG. Kommentiertes Verfahrensformularbuch. 3. Aufl., Nomos, 2023. 1628 S., 149,00 €
20. Lackner/Kühl/Heger: Strafgesetzbuch: StGB. Kommentar. 30. Aufl., Beck, 2023. 2248 S., 95,00 €
21. Müller/Fichtner: Praktische Fragen des Wohnungseigentums. 7. Aufl., Beck, 2022. 682 S., 89,00 €
22. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 4/2: Schuldrecht – Besonderer Teil I, 2. Halbband: §§ 481-534, Finanzierungsleasing. 9. Aufl., Beck, 2023. 807 S., 99,00 €
23. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 6: Schuldrecht – Besonderer Teil III: §§ 631-704. 9. Aufl., Beck, 2023. 1801 S., 219,00 €
24. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 8: Sachenrecht §§ 854-1296, WEG, ErbbauRG. 9. Aufl., Beck, 2023. 3196 S., 319,00 €
25. Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Band 2: §§ 35-52. 4. Aufl., Beck, 2023. 1967 S., 339,00 €
26. Notarkasse München A. d. ö. R./Junk: Erbrecht. 2. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2022. 112 S., 19,90 €
27. Plottek/Weiten: NotarFormulare Stiftungsrecht. 1. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2022. 204 S., 79,00 €
28. Preißer/Rönn: Die KG und die GmbH & Co. KG – Recht, Besteuerung, Gestaltungspraxis. 5. Aufl., Schäffer-Poeschel, 2022. 682 S., 119,95 €
29. Schauhoff/Kirchhain: Handbuch der Gemeinnützigkeit. 4. Aufl., Beck, 2023. 1460 S., 149,00 €
30. Sternal: FamFG. Kommentar. 21. Aufl., Beck, 2023. 3352 S., 169,00 €
31. Weber: Kölner Formularbuch Wohnungseigentumsrecht. 2. Aufl., Carl Heymanns, 2022. 950 S., 139,00 €



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Karl Sauer
verstorben am 29.12.2022

Notar a. D. Jürgen Krause
verstorben am 20.01.2023

2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 31.01.2023:

Notar Dieter Ellert, München
Notar Dr. Hans-Frieder Krauß, München
Notar Dr. Georg Lugert, Coburg

Mit Wirkung zum 10.02.2023:

Notar Hubert Frauhammer, Ebersberg

Mit Wirkung zum 28.02.2023:

Notar Heinrich Klotz, Aschaffenburg

Mit Wirkung zum 31.03.2023:

Notar Dr. Thomas Goppert, Hofheim in UFr.

Mit Wirkung zum 30.04.2023:

Notar Dr. Robert Lotter, Nördlingen

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 01.02.2023:

Altötting (in Sozietät mit Notar Michael Habel)	der Notarassessorin Dr. Sabine Keindl (bisher in Weilheim, Notarstelle Hertel)
---	---

Coburg (in Sozietät mit Notar Dr. Jürgen Müller)	dem Notarassessor Dr. Daniel Sommer (bisher in München, Notarstellen Dr. Kössinger/Najdecki)
--	--

München (in Sozietät mit Notarin Kathrin Kuhne)	der Notarin Stefanie Gläser (bisher in Fürth)
---	--

München (in Sozietät mit Notarin Stefanie Gläser)	der Notarin Kathrin Kuhne (bisher in Geisenfeld)
---	---

München (in Sozietät mit Dr. Peter Huttenlocher)	dem Notar Dr. Josef Zintl (bisher in Neuburg an der Donau)
--	--

Nürnberg	dem Notar a. D. Dr. Sebastian Löffler (bisher Geschäftsführer der BNotK)
----------	---

Nürnberg (in Sozietät mit Notar Dr. Philipp Lederer)	dem Notar Ralf Rebhan (bisher in Cadolzburg)
--	---

Mit Wirkung zum 11.02.2023:

Ebersberg (in Sozietät mit Notar Tobias Aigner)	der Notarin Dr. Kerstin Deutsch (bisher in Burgkunstadt)
---	--

Mit Wirkung zum 01.03.2023:

Schwabach	dem Notar Malte Giebel (bisher in Deggendorf)
-----------	--

4. Sonstige Veränderungen

Notarassessor Constantin C. Lotz, Kandel,
scheidet auf eigenen Wunsch zum 01.03.2023 aus.



Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Notare Tobias Aigner und Dr. Kerstin Deutsch,
Ebersberg
M. notare@aigner-deutsch.de

Notare Michael Deutrich und Dr. Thomas Ihrig,
Friedberg
Herrgottsruhstraße 1
86316 Friedberg

Notarin Elisabeth Lommer, Nürnberg
T. 0911 893147 48
F. 0911 893147 44

Abonnement

MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, T. 089 55166-0, F. 089 55089-572, M. mittbaynot@notare-bayern-pfalz.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 56,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 01.07. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15.11. eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Universal Medien GmbH, Fichtenstraße 8, 82061 Neuried, T. 089 5482170, F. 089 555551, notarkammer.universalmedien.de

