

MittBayNot

Begründet 1864

2|2018

März/April 2018

Mitteilungen des
Bayerischen Notarvereins,
der Notarkasse und der
Landesnotarkammer
Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

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

Schriftleitung:

Veronika Burghardt,
Notarassessorin
Claudius Eschwey,
Notarassessor

ISSN 0941-4193

AUFSÄTZE

- **Bandel:** Rechtsübergang und Rechtsbegründung durch ausländische Vindikationslegat in Deutschland – zugleich Anmerkung zu EuGH. 99
- **Holzer:** Königlich privilegierte Feuerschützengesellschaften im Rechtsverkehr 108
- **Wälzholz:** Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Grunderwerbsteuer für die notarielle Gestaltungspraxis 113

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

- **Busse** zu **OLG München:** Unwirksame Weiterverkaufsklausel in Grundstückskaufvertrag mit einer Gemeinde. 133
- **Doering-Striening** zu **LSG Nordrhein-Westfalen:** Übernahme der Unterkunftskosten nach SGB II bei lebenslangem Wohnungsrecht ohne Regelung zur Entgeltlichkeit in der notariellen Bestellsurkunde . . 137
- **Goslich** zu **OLG München:** Grundbuchberichtigung durch Rechtsnachfolger bezüglich eines GbR-Anteils. 141
- **Reymann** zu **OLG München:** Sicherung eines bedingten Rückübertragungsanspruchs im Grundbuch bei einer Sukzessivberechtigung. . . . 146
- **Böhringer** zu **OLG Frankfurt a. M.:** Auslegung eines unzulässigen preislimitierten dinglichen Vorkaufsrechts 152
- **Lautner** zu **KG:** Amtslöschung eines nicht rechtsfähigen Vereins aus dem Grundbuch 155
- **Everts** zu **OLG Nürnberg:** Erstreckung der Wechselbezüglichkeit der Verfügungen bei einem Ehegattentestament auf die Wirkungen der Anwachsung. 162
- **C. Braun** zu **OLG Hamburg:** Keine Pflicht des Grundbuchamts zum Vollzug einer Auflassung bei Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs. 165
- **Schall** zu **EuGH:** Notarsvorbehalt für Unterschriftsbeglaubigungen in Grundstückssachen europarechtskonform 185
- **Strauß** zu **OLG Düsseldorf:** Gegenstandsverschiedenheit von Bauträgerkaufvertrag und mittelbarer Grundstücksschenkung bei Durchgangserwerb des Schenkers 190
- **Gruber** zu **BFH:** Vorliegen eines Forstbetriebs trotz Nichtbewirtschaftung eines aus drei nicht zusammenhängenden Grundstücken bestehenden Privatwaldes mit einer Größe von insgesamt ca. 7,5 ha. . . 195

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
Telefon: (089) 551660
Telefax: (089) 55166234
E-Mail: info@mittbaynot.de
Internet: <http://www.notare.bayern.de/mittbaynot.html>

Herausgeberbeirat:

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

Schriftleitung:

Notarassessorin Veronika Burghardt,
Notarassessor Claudius Eschwey

Druck:

Universal Medien GmbH
Geretsrieder Straße 10
81379 München

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 2 | 2018

AUFSÄTZE 99

Bandel: Rechtsübergang und Rechtsbegründung durch ausländische Vindikationslegat in Deutschland – zugleich Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 12.10.2017, C-218/16 (nachstehende Entscheidung Nr. 24) 99

Holzer: Königlich privilegierte Feuerschützengesellschaften im Rechtsverkehr 108

Wälzholz: Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Grunderwerbsteuer für die notarielle Gestaltungspraxis 113

BUCHBESPRECHUNGEN 123

Arndt/Lerch/Sandkühler: Bundesnotarordnung (Regler) 123

Hügel: Grundbuchordnung (Krafka) 125

Schlitt/Müller: Handbuch Pflichtteilsrecht (Aumann) 126

RECHTSPRECHUNG 127

Bürgerliches Recht

ALLGEMEINES

1. Unterbringung von Flüchtlingen und Asylbewerbern in einer Gemeinschaftsunterkunft als heimähnliche Unterbringung (BGH, Urteil vom 27.10.2017, V ZR 193/16 – Ls.) 127

2. Der Schutz der Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG schließt familiäre Bindungen zwischen nahen Verwandten ein (BGH, Beschluss vom 31.5.2017, XII ZB 550/16) 127

3. Erfüllungswirkung der Direktzahlung an den Verkäufer statt auf das notarielle Anderkonto (OLG Nürnberg, Beschluss vom 9.11.2017, 15 W 1859/17) 128

4. Unwirksame Weiterverkaufsklausel in Grundstückskaufvertrag mit einer Gemeinde (OLG München, Urteil vom 22.5.2017, 21 U 4277/16) 130
mit Anmerkung **Busse** 133

5. Kein Notwegerecht durch langjährige, unbeanstandete Nutzung (OLG Saarbrücken, Urteil vom 9.5.2017, 1 U 81/16 – Ls.) 134

6. Übernahme der Unterkunftskosten nach SGB II bei lebenslangem Wohnungsrecht ohne Regelung zur Entgeltlichkeit in der notariellen Bestellsurkunde (LSG NRW, Urteil vom 2.3.2017, L 19 AS 1458/16) 134
mit Anmerkung **Doering-Striening** 137

SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

7. Erfordernis eines Prüfvermerks – § 15 Abs. 3 Satz 1 GBO erfordert in Fällen der „Unterschriftsbeglaubigung ohne Entwurf“ einen Prüfvermerk des Notars (OLG Celle, Beschluss vom 6.11.2017, 18 W 57/17 – Ls.) 138

8. Löschung einer Grunddienstbarkeit nach Teilung des Grundstücks (OLG München, Beschluss vom 25.7.2017, 34 Wx 390/16 – Ls.) 138

9. Grundbuchberichtigung durch Rechtsnachfolger bezüglich eines GbR-Anteils (OLG München, Beschluss vom 4.7.2017, 34 Wx 123/17) 138
mit Anmerkung **Goslich** 141

10. Sicherung eines bedingten Rückübertragungsanspruchs im Grundbuch bei einer Sukzessivberechtigung (OLG München, Beschluss vom 28.6.2017, 34 Wx 421/16) 144
mit Anmerkung **Reymann** 146

11. Auslegung eines unzulässigen preislimitierten dinglichen Vorkaufsrechts (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 31.5.2017, 20 W 57/17) 149
mit Anmerkung **Böhringer** 152

12. Amtslöschung eines nicht rechtsfähigen Vereins aus dem Grundbuch (KG, Beschluss vom 29.11.2016, 1 W 442/16) 154
mit Anmerkung **Lautner** 155

FAMILIENRECHT

13. Fehlende Voraussetzungen für die Anordnung einer Kontrollbetreuung (BGH, Beschluss vom 2.8.2017, XII ZB 502/16 – Ls.) 157

14. Voraussetzungen der Adoption eines Volljährigen mit den Wirkungen einer Minderjährigenadoption (OLG Brandenburg, Beschluss vom 26.1.2017, 10 UF 48/16) 157

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 2 | 2018

15. Ermessen des Familiengerichts bei der Auswahl des Ergänzungspflegers (OLG München, Beschluss vom 15.1.2016, 2 WF 1778/15) 159

ERBRECHT

16. Erstreckung der Wechselbezüglichkeit der Verfügungen bei einem Ehegattentestament auf die Wirkungen der Anwachsung (OLG Nürnberg, Beschluss vom 24.4.2017, 1 W 642/17) 160
mit Anmerkung **Everts** 162

17. Keine Pflicht des Grundbuchamts zum Vollzug einer Auflassung bei Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs (OLG Hamburg, Beschluss vom 24.2.2017, 13 W 12/17) 163
mit Anmerkung **C. Braun** 165

18. Anspruch des Pflichtteilsberechtigten auf notarielles Nachlassverzeichnis trotz Dürftigkeitseinrede (OLG München, Urteil vom 1.6.2017, 23 U 3956/16) 166

19. Pflicht zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs bei Leistungsbezug nach dem SGB II (SG Mainz, Urteil vom 23.8.2016, S 4 AS 921/15) 167

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

20. Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft (BGH, Beschluss vom 7.11.2017, II ZR 127/16) 171

21. Schadensersatzansprüche gegen Alleingesellschafter (BGH, Urteil vom 17.10.2017, KZR 24/15) 173

22. Prüfungsprogramm des Registergerichts im Amtslöschungsverfahren (BGH, Beschluss vom 25.7.2017, II ZB 8/16) 176

23. Zurückweisung des Antrags auf Eintragung der Amtsniederlegung eines Geschäftsführers (OLG Bamberg, Beschluss vom 17.7.2017, 5 W 51/17 – Ls.) 176

Internationales Privatrecht

24. Anerkennung des Instituts des Vermächtnisses mit unmittelbarer dinglicher Wirkung bei Eintritt des Erbfalls (Vindikationslegat) (EuGH, Urteil vom 12.10.2017, C-218/16) 177

25. Eintragung von Rechten an unbeweglichen Vermögensgegenständen in ein Europäisches Nachlasszeugnis (OLG München, Beschluss vom 12.9.2017, 31 Wx 275/17) 180

Beurkundungs- und Notarrecht

26. Notarsvorbehalt für Unterschriftsbeglaubigungen in Grundstückssachen europarechtskonform (EuGH, Urteil vom 9.3.2017, C-342/15) 181
mit Anmerkung **Schall** 185

27. Amtshaftungsansprüche bei Unterschreiten der 14-Tages-Frist nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a. F. (LG München I, Urteil vom 11.5.2016, 15 O 10288/15) 188

Kostenrecht

28. Gegenstandsverschiedenheit von Bauträgerkaufvertrag und mittelbarer Grundstücksschenkung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.4.2017, I-10 W 33 und 34/17) 190
mit Anmerkung **Strauß** 190

Steuerrecht

29. Vorliegen eines Forstbetriebs trotz Nichtbewirtschaftung (BFH, Urteil vom 9.3.2017, VI R 86/14) 191
mit Anmerkung **Gruber** 195

SONSTIGES 196

Hinweise für die Praxis 196

Pfleger: Pflichtteilsanspruch eines bedürftigen Sozialleistungsbeziehers als sozialrechtlich verwertbarer Vermögensgegenstand und Gestaltungsmöglichkeiten – zugleich Anmerkung zum Urteil des SG Mainz vom 23.8.2016, S 4 AS 921/15 (vorstehende Entscheidung Nr. 19)

Tagungsbericht 200

Winkelmann: Der eingetragene Verein im wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb

Veranstaltungshinweise 202

Veranstaltungen des DAI 203

Neuerscheinungen 204

STANDESNACHRICHTEN 206

AUFsätze

Rechtsübergang und Rechtsbegründung durch ausländische Vindikationslegats in Deutschland

Zugleich Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 12.10.2017, C-218/16*

Von Notar Dr. **Stefan Bandel**, Passau

Gerade einmal gut zwei Jahre nach dem Inkrafttreten der EU ErbVO hatte der EuGH bereits Gelegenheit, über die Wirkungen des Vindikationslegats ausländischen – hier polnischen – Erbrechts über in Deutschland gelegenen Grundbesitz zu urteilen. Gemessen am bisher veröffentlichten Meinungsstand¹, der in Deutschland auch von Notaren maßgeblich mitgeprägt wurde, ist die Entscheidung ein Paukenschlag, der aufschreckt. Sie ist jedoch nicht nur wegen der Autorität der höchsten Instanz, sondern auch in der Sache zutreffend. Welche Folgen dies nach sich ziehen wird, ist spannend zu beobachten, jedoch schwer abzuschätzen.

I. Der entschiedene Sachverhalt

Für den deutschen Juristen ist der Sachverhalt, der zur Entscheidung geführt hat, so verwunderlich, dass der Verdacht einer provozierten Entscheidung nahe liegt.

Der von Frau Kubicka mit einem Testament nach polnischem Recht beauftragte Notar in Slubice (Polen) lehnt die Beurkundung eines Testaments ab, in das nach ausdrücklichem Wunsch der Erblasserin ein nach polnischem Recht erlaubtes Vindikationslegat (Art. 981 § 1 des Kodeks Cywilny – Zivilgesetzbuch) über ihren Miteigentumsanteil am ehelichen Wohnhaus in Frankfurt an der Oder aufgenommen werden sollte. Die Ablehnung begründete er damit, dass ihn Art. 81 des Prawo o notariacie (Gesetz über die Einführung eines Notariatsgesetzbuchs) verpflichtete, die Vornahme einer rechtswidrigen notariellen Handlung abzulehnen. Da die in Deutschland herrschende Meinung ein solches Vindikationslegat nicht anerkenne, sei das begehrte Testament rechtswidrig. Gegen diese ablehnende Entscheidung des Notars legt Frau Kubicka Beschwerde beim hierfür zuständigen Bezirksgericht in Polen ein, das dem EuGH folgende Vorlagefrage vorlegte:

„Sind Art. 1 Abs. 2 Buchst. k und l oder Art. 31 der Verordnung Nr. 650/2012 dahin auszulegen, dass sie die Ablehnung der Anerkennung der dinglichen Wirkungen des

* MittBayNot 2018, 177 (in diesem Heft).

1 Gegen eine unmittelbare Wirkung im deutschen Grundstücksrecht z. B. *Lange*, DNotZ 2016, 103, 113 f.; *Schmitz*, RNotZ 2017, 269, 286 je m. w. N.; dafür hingegen z. B. *Dutta/Weber/Schmidt*, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 1 EU ErbVO Rdnr. 134-143 m. w. N.; *BeckOGK/J. Schmidt*, Stand: 1.8.2017, Art. 31 EU ErbVO Rdnr. 26-30 m. w. N.

Vindikationslegats (legatum per vindicationem), das durch das Erbstatut vorgesehen ist, zulassen, wenn dieses Vermächtnis das Eigentum an einer Immobilie betrifft, die in einem Mitgliedstaat belegen ist, dessen Recht das Institut des Vermächtnisses mit unmittelbarer dinglicher Wirkung nicht kennt?“

Das Verfahren ist brillant inszeniert, weil ohne Erbfall über die umstrittene Frage des Vindikationslegats entschieden werden konnte. Kein deutscher Kollege hätte berufsrechtliche Bedenken gehabt, das Vindikationslegat zu beurkunden.² Er hätte nur darauf hingewiesen, dass es in der deutschen Rechtsordnung möglicherweise die gewünschte Wirkung nicht entfaltet, was aber nicht zur Unwirksamkeit der Verfügung, sondern nur zu ihrer Anpassung³ geführt hätte.

II. Die Entscheidung und ihre tragenden Gründe

Ausgangspunkt ist für den EuGH der in Art. 23 Abs. 1 EU ErbVO verankerte Grundsatz der Einheitlichkeit des auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Rechts, im Streitfall somit des polnischen Rechts. Dies umfasse gemäß Art. 23 Abs. 2 lit. e EU ErbVO ausdrücklich den Übergang der zum Nachlass gehörenden Vermögenswerte auf die Erben oder ggf. die Vermächtnisnehmer.⁴

Art. 1 Abs. 2 lit. k EU ErbVO, der die Art der dinglichen Rechte aus dem Anwendungsbereich ausnimmt, stehe dem nicht entgegen, da sowohl das deutsche als auch das polnische Recht das dingliche Recht „Eigentum“ an einem Vermögensgegenstand kennen. Es gehe deshalb nicht um die Art des dinglichen Rechts, sondern um Übertragungsmodalitäten, die von der Ausnahmevorschrift nicht erfasst werden.⁵ Dies lässt sich kaum bezweifeln.⁶ Selbst der Verweis auf die Existenz von „Eigentum“

2 *Litzenburger*, FD-ErbR 2017, 396271, der die Vorlage zum EuGH deshalb für unzulässig hält.

3 Zuletzt z. B. *Döbereiner*, NJW 2015, 2449, 2452 f. und ZEV 2015, 559, 560; umfassende Nachweise zur Umdeutung des Vindikationslegats in ein Damnationslegat als Anpassung bei *BeckOGK/J. Schmidt*, Art. 31 EU ErbVO Rdnr. 27-29 in Fn. 31 und 33, die diese Auffassung allerdings ablehnt.

4 Rdnr. 43 f. der besprochenen Entscheidung.

5 Rdnr. 49-51 der besprochenen Entscheidung, insbesondere: Der Übergang des Eigentums betrifft „nur die im Erbfall maßgeblichen Modalitäten des Übergangs dieses dinglichen Rechts, den die Verordnung Nr. 650/2012 nach ihrem 15. Erwägungsgrund eben nach Maßgabe des auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Rechts ermöglichen soll.“

6 A. A. *Simon/Buschbaum*, NJW 2012, 2393, 2394.

in beiden Rechtsordnungen ist überflüssig, da eine Verfügung, die die Übertragung des Rechts anordnet, sich immer nur auf das existente – hier deutsche – Eigentum an der in Deutschland belegenen Immobilie beziehen kann, die polnische Rechtsordnung für die Art des Rechts also überhaupt keine Rolle spielt. Anders könnte man das meines Erachtens nur sehen, wenn das Eigentum in Deutschland generell eine Recht wäre, das von Todes wegen nicht automatisch auf einen Rechtsnachfolger übergehen kann, denn dann würde diese Art des deutschen Eigentums gegen den Rechtsübergang sprechen. Eigentum deutschen Rechts ist aber nicht von solcher Art.

Art. 1 Abs. 2 lit. I EU ErbVO, der jede Eintragung von Rechten an beweglichen oder unbeweglichen Vermögensgegenständen in einem Register, einschließlich der gesetzlichen Voraussetzungen für eine solche Eintragung, sowie die Wirkungen der Eintragung oder der fehlenden Eintragung solcher Rechte in einem Register aus dem Anwendungsbereich ausnimmt, stehe dem ebenfalls nicht entgegen, da es hier nicht um die Voraussetzungen für eine Eintragung sowie um deren Wirkung gehe, sondern um die Voraussetzungen, unter denen solche Rechte erworben werden.⁷ Der EuGH verweist zur Begründung dieses Ergebnisses wiederum zutreffend auf den Wortlaut des Art. 23 Abs. 2 lit. e EU ErbVO,⁸ übergeht dabei allerdings kommentarlos den von ihm selbst angeführten 19. Erwägungsgrund der Verordnung, wonach der Zeitpunkt des Erwerbs dem Recht des Mitgliedstaats unterliegt, in dem das Register geführt wird, wenn der Erwerb eines Rechts an einer unbeweglichen Sache nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dem das Register geführt wird, die Eintragung in ein Register erfordert.⁹ Aus sich heraus wenig überzeugend ist die sich daran anschließende Argumentation des EuGH, dass eine Umdeutung des Vindikationslegats in ein Damnationslegat es den Bürgern im europäischen Rechtsraum unmöglich mache, ihren Nachlass im Voraus zu regeln und zu einer mit den Zielen der EU ErbVO unvereinbaren Nachlassspaltung führe.¹⁰ Überzeugender ist da schon das systematische Argument, dass auch das Europäische Nachlasszeugnis gemäß Art. 69 der EU ErbVO davon ausgeht, dass „die Person, die im Zeugnis als Vermächtnisnehmer genannt ist, die in dem Zeugnis genannte Rechtsstellung und die in dem Zeugnis aufgeführten Rechte hat...“.¹¹

Hier hätte am ehesten die Möglichkeit bestanden, in Bezug auf deutsche Grundstücke die unmittelbare Wirkung von Vindikationslegaten abzulehnen, nämlich mit der Begründung, dass nach deutschem Sachen- und Grundbuchrecht ein Eigentumsübergang jenseits der Gesamtrechtsnachfolge stets die nach §§ 20, 29 GBO nachgewiesene Auffassung und

die konstitutive Eintragung des Eigentumsübergangs voraussetzt, also nur dann wirksam wird. Es ist aber meines Erachtens keine Aussage des deutschen Registerrechts, dass diese Wirkung ausgeschlossen ist, sondern eine Aussage des deutschen Erb- und Sachenrechts, das über Art. 1 Abs. 2 lit. I EU ErbVO jedoch keinen uneingeschränkten Vorrang gegenüber dem zur Anwendung berufenen Erbrecht genießt.¹²

Zutreffend sind die Ausführungen des EuGH zu Art. 31 der EU ErbVO. Dieser betrifft entgegen abweichender Ansichten im deutschen Schrifttum¹³ nicht die Modalitäten des Übergangs dinglicher Rechte, die keiner Anpassung bedürfen, und steht deshalb der Anerkennung der dinglichen Wirkung des Vindikationslegats in Bezug auf den Übergang von Eigentum in der deutschen Rechtsordnung nicht entgegen.¹⁴

III. Die Reichweite der Entscheidung

Es spielt für die Zukunft keine Rolle, ob die Argumente des EuGH überzeugen und dem Willen des Gesetzgebers der EU ErbVO entsprechen.¹⁵ Es ist entschieden, dass die EU ErbVO dem Vindikationslegat ausländischer Rechtsordnungen auch im deutschen Immobiliarsachenrecht unmittelbare dingliche Wirkung verleihen kann. Es fragt sich jedoch, was daraus folgt:

1. Beschränkungen der Reichweite, die im Leitsatz der Entscheidung angelegt sind

Der Leitsatz formuliert drei Einschränkungen in Bezug auf die Anerkennung dinglicher Wirkungen des Vindikationslegats. Er bezieht sich nur auf Vindikationslegale, die erstens

„dem vom Erblasser gemäß Art. 22 Abs. 1 EU ErbVO gewählten¹⁶ auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Recht bekannt“

sind, und er versagt die Ablehnung der Anerkennung der dinglichen Wirkungen zweitens nur,

„wenn diese allein auf der Begründung beruht, dass dieses Vermächtnis das Eigentum an einer Immobilie betrifft, die in einem Mitgliedstaat belegen ist, dessen Rechtsordnung das Institut des Vermächtnisses mit unmittelbarer dinglicher Wirkung im Zeitpunkt des Eintritts des Erbfalls nicht kennt.“

Drittens entscheidet der EuGH ausdrücklich nur über den Übergang von Eigentum, nicht über den Übergang oder die Begründung sonstiger dinglicher Rechte.

Für die erste Einschränkung gibt es, abgesehen davon, dass

7 Rdnr. 54 der besprochenen Entscheidung.

8 Rdnr. 55 der besprochenen Entscheidung; dem kann man nicht entgegenhalten, dass Art. 23 Abs. 2 lit. e EU ErbVO gar nicht anwendbar ist, wenn Art. 1 Abs. 2 lit. I EU ErbVO greift, denn es wird hier gerade durch systematische Auslegung bestimmt, ob er greift.

9 Rdnr. 53 der besprochenen Entscheidung; daran heftige Kritik von *Litzenburger*, FD-ErbR 2017, 396271 unter Rdnr. 1 des Praxishinweises; kritisch auch *Weber*, DNotZ 2018, 16, 20-23.

10 Rdnr. 55 und 56 der besprochenen Entscheidung; dagegen auch *Weber*, DNotZ 2018, 16, 22 f.

11 Rdnr. 60 der besprochenen Entscheidung; natürlich ist das Argument nicht zwingend, vgl. *Weber*, DNotZ 2018, 16, 23.

12 A. A. hier explizit zuletzt *Döbereiner*, NJW 2015, 2449, 2452 f. und ZEV 2015, 559, 560.

13 *Dörner*, ZEV 2012, 505, 509; *Erman/Hohloch*, BGB, 15. Aufl. 2017, Art. 31 EU ErbVO Rdnr. 1, 4; *Volmer*, Rpfleger 2013, 421, 426; wie der EuGH hingegen *BeckOGK/J. Schmidt*, Art. 31 EU ErbVO Rdnr. 30; *Dutta/Weber/Schmidt*, Internationales Erbrecht, Art. 31 EU ErbVO Rdnr. 15 m. w. N.; *Dutta*, FamRZ 2013, 4, 12; *Palandt/Thorn*, 76. Aufl. 2017, Anh. zu Art. 25 EGBGB, Art. 1 EU ErbVO Rdnr. 15.

14 Rdnr. 62-65 der besprochenen Entscheidung.

15 Zur Kritik siehe *Weber*, DNotZ 2018, 16, 20 ff.

16 Hervorhebung vom Verfasser.

im zu entscheidenden Sachverhalt eine Rechtswahl vorlag, jedoch keinen vernünftigen Grund. Die Wirkungen des Vindikationslegats sind nicht davon abhängig, ob eine Rechtsordnung aufgrund der allgemeinen Kollisionsnorm des Art. 21 EU ErbVO berufen ist oder aufgrund einer gültigen Rechtswahl gemäß Art. 22 EU ErbVO.

Sinn ergibt hingegen die zweite Einschränkung. Andere Begründungen können also durchaus dazu führen, dass das Vindikationslegat in einer anderen, ggf. auch der deutschen, Rechtsordnung keine unmittelbare Wirkung entfaltet. Dies trifft dann insbesondere auch auf die Begründung sonstiger dinglicher Rechte durch Vindikationslegat zu.

2. Kein allgemeines Verbot der Einzelrechtsnachfolge von Todes wegen im deutschen Sachenrecht

Schon vor Inkrafttreten der EU ErbVO war die Annahme eines allgemeinen Verbots der Einzelrechtsnachfolge von Todes wegen im deutschen Sachenrecht wenig sinnvoll.¹⁷ Daraus, dass das deutsche Erbrecht sich gegen die Einzelrechtsnachfolge entschieden hat, ist nicht automatisch deren Unmöglichkeit zu folgern. Dies soll anhand eines Standardfalls auf Basis einer frei erfundenen fiktiven Erbregelung¹⁸ eines ausländischen Staates verdeutlicht werden, die folgenden gesetzlichen Inhalt hat:

„§ 1 Erben, Haftung

Mit dem Tod einer Person (Erbfall) gehen alle Gegenstände deren Vermögens auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über.

Erben sind alle Personen, auf die Vermögensgegenstände des Erblassers von Todes wegen übergehen.

Erben mehrere Personen das Vermögen, so erben sie als Miterben zu gleichen Anteilen (Erbeile), soweit nicht das Gesetz oder die letztwillige Verfügung des Erblassers eine andere Aufteilung anordnen.

Erbt eine Person einen näher bestimmten einzelnen Gegenstand des Nachlasses, geht das Eigentum oder Recht an diesem unmittelbar mit dem Erbfall auf diesen Erben über.

Erbt eine Person ein Recht an einem näher bestimmten einzelnen Gegenstand des Nachlasses, so erwirbt sie dieses Recht unmittelbar mit dem Erbfall.

17 §§ 2-4 HöfeO sehen genau dies vor. Höfe im Geltungsbereich der HöfeO weisen aber keinerlei sachenrechtliche oder grundbuchrechtliche Besonderheiten auf, die erklären könnten, warum ausgerechnet bei diesen eine Singularsukzession möglich ist.

18 Natürlich muss sich die Entscheidung des EuGH nicht an fiktiven Rechtsordnungen, sondern an tatsächlich geltenden Rechtsordnungen bewähren. Diese haben jedoch regelmäßig das Problem, dass schon innerstaatlich die Bedeutung vieler Normen sowie die Beschreibung ihrer Wirkungen nicht eindeutig bzw. streitig sind. Die grundsätzlichen Aussagen der Entscheidung des EuGH und der EU ErbVO sollen jedoch an dieser Stelle nicht von solchen nationalen Unklarheiten verdunkelt werden. Die fiktive Erbregelung muss auch nicht theoretisch bleiben, denn die nationalen Erbrechte, die über die EU ErbVO zur Anwendung kommen, können sich täglich ändern.

Der Erbe haftet für die Nachlassverbindlichkeiten. Mehrere Erben haften gesamtschuldnerisch. Sie haften im Innenverhältnis gemäß ihren Erbteilen bzw. dem Wert des geerbten Gegenstands, soweit nichts Abweichendes verfügt ist.“

Es folgen ansonsten die aus dem deutschen Erbrecht bekannten Regeln, zum Beispiel zur Bestimmung gesetzlicher Erben, zum Testament und zum Pflichtteil. Ein solches Gesetz ist mir zwar nicht bekannt, würde aber nach meiner Erfahrung dem entsprechen, was jeder zweite durchschnittliche Bürger als Inhalt des deutschen Erbrechts erwartet.

Auf der Grundlage dieser Rechtsordnung verfasst der Erblasser E (unverheiratet, kinderlos, ohne pflichtteilsberechtigte Verwandte) nun formgültig folgende letztwillige Verfügung:

„Meinen (genau bezeichneten) Pkw erbt P.

Meine (genau bezeichnete) Immobilie in München erbt X.

N erbt auf Lebenszeit den Nießbrauch an dieser Immobilie, für dessen Inhalt die gesetzlichen Bestimmungen deutschen Rechts gelten.

R erbt die sonstigen Gegenstände meines Nachlasses, insbesondere auch meine (genau bezeichnete) Immobilie in ...“

Aufgrund des anzuwendenden fiktiven Erbrechts geht das Eigentum der genannten Sachen zum Zeitpunkt des Todes von E je einzeln auf P, X und R über; auch der Nießbrauch entsteht zu diesem Zeitpunkt.

Erkennt man den Eigentumserwerb von X in Deutschland nicht an, weil das deutsche Recht keine Singularsukzession gestattet, gestaltet man nicht nur diesen Teil der Verfügung um, sondern das gesamte ausländische (fiktive) Erbrecht. Mit dem Tod des E hat nämlich niemand außer X die Immobilie zu Eigentum erworben; es gibt niemanden, der die Immobilie auflassen könnte, da weder P noch N noch R insoweit ein Verfügungsrecht erworben haben.¹⁹ Es gibt auch kein erben gemeinschaftliches Eigentum aller oder einzelner eingesetzter Personen an der Immobilie in München.

Spätestens seit Geltung der EU ErbVO ist eine solche Umgestaltung des anzuwendenden Erbrechts sicher nicht mehr zulässig.

Ob auch der Nießbrauch in diesem fiktiven Fall nach deutschem Sachenrecht mit dem Tod automatisch entsteht, soll hier noch dahinstehen. Nach den Erwägungen des EuGH ist dies jedenfalls nicht ausgeschlossen; Art. 1 Abs. 2 lit. k EU ErbVO steht auch hier nicht entgegen, weil es einen deutschen Nießbrauch mit gesetzlichem Inhalt im deutschen Sachenrecht natürlich gibt. Andererseits gäbe es hier mit dem Erben X einen Immobilieneigentümer, der den Nießbrauch einräumen könnte. Eine solche sachenrechtliche Anpassung würde somit nicht das gesamte ausländische (fiktive) Erbrecht umgestalten, sondern nur den Teil, der von der Belastung der deutschen Immobilie handelt.

19 Deshalb hilft auch keine Berichtigungsbewilligung, wie von *Litzenburger*, FD-ErbR 2017, 396271 unter Rdnr. 1 des Praxishinweises vorgeschlagen.

Ob sich diese Erwägungen auf Rechtsordnungen mit Vindikationslegaten übertragen lassen,²⁰ hängt entscheidend davon ab, welche unmittelbaren Wirkungen diese Vindikationslegat in der jeweiligen Rechtsordnung entfalten.²¹ Dies muss an anderer Stelle und insbesondere von den Fachleuten ermittelt werden, die diese Rechtsordnungen anwenden.

3. Der Rechtserwerb und seine Eintragung im deutschen Grundbuch

a) Eigentumsübergang

Regelungen zur Eintragung eines Eigentümers, der Eigentum von Todes wegen erworben hat, enthält die GBO in den §§ 22 und 35, außerdem für den Fall der Aufhebung und Übertragung eines Rechts der § 40 als Ausnahme zum Voreintragungsgrundsatz. Soweit es um die klassischen Fälle der Gesamtrechtsnachfolge geht, ist es unstreitig, dass diejenigen, die aufgrund einer ausländischen Rechtsordnung als Erben berufen sind, unter Vorlage eines Europäischen Nachlasszeugnisses, das diese Erbfolge ausweist, als neue Eigentümer in das Grundbuch eingetragen werden. Für die Einzelrechtsnachfolge von Todes wegen wird dies von der deutschen Grundbuchliteratur bisher abgelehnt.²² Die hierzu vorgetragenen Argumente (18. Erwägungsgrund der Erbrechtsverordnung und die Regelung in Art. 1 Abs. 2 lit. k und l EU ErbVO) sind ohne Ausnahme vom EuGH als nicht durchgreifend abgelehnt worden.

Es ist auch aus der deutschen Rechtsordnung keine andere Begründung ersichtlich, die gegen den unmittelbaren Erwerb des Eigentums durch den Vindikationslegatar sprechen würde, insbesondere nicht das deutsche Registerrecht selbst. Viel-

mehr ist das Grundbuch gegen entsprechenden Nachweis durch Eintragung des neuen Eigentümers zu berichtigen und dieser Nachweis kann durch ein Europäisches Nachlasszeugnis geführt werden, wenn dieses aussagt, dass der Legatar tatsächlich Eigentümer geworden ist.²³ Zwar spricht § 35 Abs. 1 GBO nur vom Nachweis der Erbfolge, doch enthält diese Vorschrift nur eine Beweismittelbeschränkung für diesen Unrichtigkeitsnachweis; Grundlage der Berichtigung ist vielmehr § 22 GBO, der alle Arten nachgewiesener Unrichtigkeiten erfasst, nicht nur den der Erbfolge. Selbst der Wortlaut von § 35 GBO steht einer Berichtigung nicht entgegen. Wertet man das Vindikationslegat als Sondererbfolge, ist das Europäische Nachlasszeugnis als Nachweis der Erbfolge zugelassen; sieht man im Vindikationslegat keine Erbfolge, ist § 35 GBO dem Wortlaut nach gar nicht anwendbar, d. h. er schreibt insoweit auch keine Beweismittelbeschränkung vor.²⁴

Grenzen des Sachenrechts, die anders als die Nichtexistenz der Einzelnachfolge im deutschen Erbrecht nicht erbrechtlicher Natur sind, bleiben hingegen beachtlich. Bedeutung behält insoweit insbesondere der Bestimmtheitsgrundsatz, weshalb Eigentum an noch nicht gebildetem Wohnungseigentum auch nicht aufgrund eines entsprechenden Vindikationslegats übergehen kann. Bei einer noch nicht vermessenen Teilfläche ist dies hingegen sogar denkbar, wenn diese, zum Beispiel unter Nutzung bereits vorhandener Grenzpunkte, exakt bestimmt ist. Allerdings ist dies bis zum Vorliegen einer grundbuchtauglichen Vermessung nicht eintragbar, und danach ohne Messungsanerkennung durch die hiervon betroffenen Eigentümer auch nur dann, wenn sich die exakte Bestimmung aus dem Europäischen Nachlasszeugnis ergibt.²⁵

b) Übergang dinglicher Rechte

Gleiches gilt auch für den Übergang sonstiger dinglicher Rechte (zum Beispiel Grundschulden, Hypotheken, vererbliche subjektiv-persönliche Vorkaufrechte, Reallasten),²⁶ immer vorausgesetzt, dass der Rechtsübergang nach den Regeln des anzuwendenden ausländischen Erbrechts tatsächlich erfolgt ist. Auch hier wird die Art der dinglichen Rechte nicht berührt, denn es bleiben dieselben deutschen Rechte wie vor dem Erbfall; es wechselt nur die Inhaberschaft.

20 Dutta/Weber/Schmidt, Internationales Erbrecht, Art. 1 EU ErbVO Rdnr. 137 m. w. N. spricht davon, dass der Vindikationslegatar dem Erben einer einzelnen Sache viel näher steht als einem Vermächtnisnehmer nach deutschem Recht.

21 Vindikationslegat finden sich z. B.

- im belgischen, französischen und luxemburgischen ZGB (Code civil), je Art. 1014, der allerdings vorsieht, dass der Legatar trotz Eigentumserwerbs Besitz, Früchte und Zinsen erst ab einem Freigabeverlangen („demande en délivrance“) bzw. dem Erhalt einer Zustimmung zur Freigabe erwirbt,
- im italienischen ZGB (Codice civile), Art. 649, der keine entsprechende Einschränkung vorsieht. Allerdings wird der Vermächtnisnehmer nicht automatisch Besitzer, sondern muss „vom Beschwerten die Überlassung des Besitzes an der vermachten Sache verlangen (...)“,
- im katalanischen Recht (Codigo civil catalan), Art. 427-10 Abs. 1 Alt. 1 i. V. m. Abs. 2., Art. 427-15 Abs. 1 Alt. 1, Art. 427-16 Abs. 1,
- im polnischen Recht, Art. 981 § 1 ZGB, die Norm des Verfahrens vor dem EuGH,
- im portugiesischen Recht, Art. 2249 Codigo Civil, wobei sich der Eigentumsübergang eher mittelbar u. a. aus Art. 2271, 2279 ergibt, vgl. Süß/Huzel/Wollmann, Erbrecht in Europa, 3. Aufl. 2015, Portugal Rdnr. 82,
- im rumänischen Recht (Codul Civil Nou), Art. 1059 Abs. 1,
- im spanischen Recht, Art. 882 Codigo Civil,
- angeblich auch im ungarischen Recht, vgl. Süß/Tóth, Erbrecht in Europa, Ungarn Rdnr. 68.

22 BeckOK-GBO/Wilsch, Stand: 1.10.2017, § 35 Rdnr. 40; Demharter, GBO, 30. Aufl. 2016, § 35 Rdnr. 5; Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch, Internationales Erbrecht, 1. Aufl. 2015, Teil 3, § 5 Rdnr. 28.

23 Nach Döbereiner, ZEV 2015, 559, 562, sind Angaben zu einer nach französischem Recht notwendigen Besitzeinweisung (délivrance) nicht vorgesehen; m. E. kann bzw. muss sogar genau dies auch Inhalt des Zeugnisses gemäß Art. 68 lit. I und m EU ErbVO sein, denn es ist ein Bestandteil des erbrechtlichen Erwerbsaktes (wie z. B. auch die Annahme). Erst danach steht das Recht bzw. der Vermögensgegenstand dem Vermächtnisnehmer zu, und genau dies hat das Europäische Nachlasszeugnis auszuweisen.

24 A. A. Litzener, FD-ErbR 2017, 396271 unter Rdnr. 2 des Praxishinweises; für den Nachweis durch Europäisches Nachlasszeugnis hingegen Kroiß/Horn/Solomon/Köhler, Nachfolgerecht, 2015, Art. 69 EU ErbVO Rdnr. 9; entgegen Dorth, ZEV 2018, 11, 14 ist eine Neufassung des § 35 GBO m. E. nicht erforderlich, könnte zur Klarstellung aber nützlich sein.

25 A. A. Weber, DNotZ 2018, 16, 31 f., der den Bestimmtheitsgrundsatz hier noch strenger sieht.

26 Vgl. im Einzelnen zum Übergang dinglicher Rechte BeckOK-GBO/Wilsch, § 35, Rdnr. 5-23.

c) Begründung dinglicher Rechte

Anders ist die Rechtslage dort, wo das ausländische Erbrecht dingliche Rechte an Grundstücken begründet, sei es aufgrund gesetzlicher Anordnung, insbesondere zugunsten von Ehegatten,²⁷ sei es aufgrund entsprechender letztwilliger Verfügungen. Hier kann es überhaupt nur zu einem unmittelbaren Rechtserwerb des Legatars als Folge des anzuwendenden Erbrechts kommen, wenn dieses selbst einen solchen vorsieht und ein Recht begründet, das dem Typenzwang des deutschen Sachenrechts und auch dem Bestimmtheitsgrundsatz genügt.²⁸

Ganz im Sinne der Entscheidung des EuGH gibt es hier allerdings andere Gründe als die fehlende Existenz des Vindikationslegats die gegen eine solche unmittelbare Wirkung sprechen. Zwar sind dingliche Rechte in der Regel Teilmengen des Vollrechts Eigentum, sodass es logisch nicht ausgeschlossen ist, statt des gesamten Eigentums die durch das dingliche Recht definierte Teilmenge von Todes wegen automatisch auf den Vermächtnisnehmer übergehen zu lassen.²⁹ Dies verstößt jedoch gegen Prinzipien des deutschen Rechts, die durch die Regelungen der EU ErbVO geschützt sind.

Unterscheiden kann man hier die Fälle, in denen nach anwendbarer ausländischer Rechtsordnung ein (ausländisches) dingliches Recht dieser Rechtsordnung begründet werden soll (hierzu sogleich unter aa)), sowie diejenigen Fälle, in denen nach dem anwendbaren ausländischen Recht verfügt wird, dass ein deutsches dingliches Recht unmittelbar entstehen soll (hierzu dann unter bb)).

aa) Geht es um ausländische dingliche Rechte, die zum Beispiel insbesondere aufgrund gesetzlicher Anordnung entstehen, scheitert die unmittelbar wirksame Begründung im deutschen Sachenrecht³⁰ bereits daran, dass der Inhalt des Rechts durch die ausländische Rechtsordnung definiert ist und damit, selbst bei identischer Bezeichnung, nicht dem Typenzwang des deutschen Sachenrechts genügt, der über Art. 1 Abs. 2 lit. k EU ErbVO Schutz genießt. Daraus folgt die Notwendigkeit, das ausländische dingliche Recht dem deutschen Typus über Art. 31 EU ErbVO anzupassen.³¹ Das kann aber nicht dadurch

geschehen, dass zum Beispiel ein Nießbrauch deutschen Rechts automatisch mit dem Inhalt des Nießbrauchs nach niederländischem Recht entsteht, „soweit dies nach deutschem Recht zulässig ist“, denn dann lässt sich weder aus der deutschen Rechtsordnung noch aus sonstigen Unterlagen dieser Inhalt entnehmen, was dem ebenfalls über Art. 1 Abs. 2 lit. k EU ErbVO geltenden Bestimmtheitsgrundsatz widerspricht.³²

Art. 31 EU ErbVO lässt völlig offen, auf welchem Weg und durch wen die Anpassung zu erfolgen hat.³³ Das Grundbuchamt scheidet hierfür aus, denn es hat weder die Funktion, Rechtsinhalte zu bestimmen, noch Rechte zu begründen. Es hat nur, unter den Vorgaben der GBO, Grundbücher zu führen und Eintragungen vorzunehmen, die zum Teil deklaratorischer Natur sind, anders aber als in den meisten Rechtsordnungen anderer Länder gemäß §§ 873 ff. BGB überwiegend konstitutive Wirkung haben.

Das ausstellende Organ des Europäischen Nachlasszeugnisses scheidet ebenfalls aus, denn es ist ja gerade das Ergebnis des zur Anwendung berufenen Erbrechts, das die Anpassung notwendig macht. Insgesamt macht es auch von der Rechtskenntnis her wenig Sinn, wenn zum Beispiel das nach Art. 4 ff. EU ErbVO berufene Gericht Rechte im Sinne von Art. 31 EU ErbVO an Institute des Sachenrechts einer ihm nicht vertrauten Rechtsordnung anzupassen versucht.³⁴ Anders wäre dies nur, wenn ausnahmsweise ein deutsches Nachlassgericht zur Anwendung ausländischen Erbrechts berufen ist und das dabei gefundene Ergebnis dann an das deutsche Sachenrecht anzupassen hätte.

Die notwendige Anpassung muss deshalb von denen geleistet werden, die sich auf das Recht berufen wollen, sowie von denen, zu deren Lasten das Recht wirken soll. Der durch die Begründung der Belastung beschwerte Rechtsinhaber und der Vermächtnisnehmer müssen sich hierzu in Deutschland der Instrumente der deutschen Rechtsordnung bedienen, d. h. §§ 873 ff. BGB und die zugehörigen Vorschriften der GBO beachten. Die Mitwirkung des Beschwerden ist ggf., wie jeder andere Anspruch auch, einzuklagen. Aus der Logik des Art. 31 EU ErbVO ist der Streit um die Anpassung keine Erbsache im Sinne von Art. 4 ff. EU ErbVO, da ansonsten dasselbe Gericht, dessen Entscheidung den Anpassungsbedarf auslöst, wieder über die Anpassung entscheiden müsste.³⁵ Für die Entscheidung über Streitigkeiten, die mit der Anpassung zu tun haben, sind wenigstens bei Rechten an unbeweglichen Sachen dann gemäß Art. 24 EuGVVO die Gerichte des Mit-

27 Zu solchen Rechten Dutta/Weber/Schmidt, Internationales Erbrecht, Art. 31 EU ErbVO Rdnr. 27.

28 Die Grenzen des deutschen Sachenrechts werden durch Art. 31 EU ErbVO nicht relativiert; insoweit ist Art. 1 Abs. 2 lit. k EU ErbVO vollständig ernst zu nehmen (a. A. Dutta/Weber/Schmidt, Internationales Erbrecht, Art. 31 EU ErbVO Rdnr. 5). Art. 31 EU ErbVO fordert aber, unter Beachtung der Grenzen alles rechtlich Mögliche zu tun, um dem fremden Rechtsinstitut Geltung zu verschaffen.

29 Dutta/Weber/Formasier, Internationales Erbrecht, Art. 69 EU ErbVO Rdnr. 42.

30 Dies ist sowohl für das Immobilien- als auch für das Mobiliarsachenrecht zutreffend. M. E. gilt auch für die Belastung von Forderungen, die dem deutschen Recht unterliegen, mit Nießbrauch oder Pfandrecht gemäß Art. 14 Abs. 2 Rom I-VO nichts Anderes.

31 Anders als vielfach behauptet (z. B. BeckOGK/J. Schmidt, Art. 31 EU ErbVO Rdnr. 30; Palandt/Thorn, Anh. zu Art. 25 EGBGB, EU ErbVO Art. 31 Rdnr. 2; Dorth, ZEV 2018, 11, 12) bleibt für die Anpassungsvorschrift in allen Fällen der Rechtsbegründung ein großer Anwendungsbereich, während der Rechtsübergang an der Art des schon bestehenden Rechts natürlich nichts ändert.

32 Diesen Grund gegen die unmittelbare Wirkung des Vindikationslegats benennt Schmitz, RNotZ 2017, 269, 286; das Argument greift aber nur dort, wo auch Anpassungsbedarf besteht. Generell a. A. Kroiß/Horn/Solomon/Köhler, Nachfolgerecht, Art. 31 EU ErbVO Rdnr. 9.

33 Volmer, notar 2016, 323, 324.

34 Erwägungsgrund 16 der EU ErbVO geht davon aus, dass die Anpassung vom anderen Mitgliedstaat ausgeht, der zur Klärung des Rechtsinhalts („Art und Wirkungen des dinglichen Rechts“) diesbezügliche Auskünfte von den Behörden oder zuständigen Personen des Staates, dessen Erbrecht anzuwenden war, einholen soll.

35 Dutta/Weber/Schmidt, Internationales Erbrecht, Art. 31 EU ErbVO Rdnr. 11; MünchKomm-BGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 31 EU ErbVO Rdnr. 11.

gliedstaats zuständig, in dem die unbewegliche Sache belegen ist. Wenn der zur Anpassung verpflichtete Eigentümer keinen Wohnsitz im Belegenheitsstaat hat, muss er hingegen bei beweglichen Sachen nach den Regeln der EuGVVO ggf. in seinem Wohnsitzland auf Anpassung verklagt werden, d. h. wiederum vor einer Instanz, die keine intime Kenntnis der Anpassungsproblematik hat. Als kleiner Trost gilt für diese Entscheidung dann Art. 54 EuGVVO, der eine Anpassung im Verfahren der Vollstreckbarerklärung ermöglicht.

Die Problematik ist keine spezifische des Vindikationslegats. Muss gemäß Art. 4 ff. EU ErbVO die Erfüllung eines Vermächtnisses (Damnationslegat) eingeklagt werden, das zur Einräumung einer Grunddienstbarkeit verpflichtet, muss das Urteil des ausländischen Gerichts einen Tenor enthalten, der alle Erklärungen des Beklagten, die für die Eintragung im Grundbuch erforderlich sind, gemäß § 894 ZPO ersetzt, und das ohne Möglichkeit der Anpassung im Exequaturverfahren! Dass die EU ErbVO Art. 24 EuGVVO insoweit ausschließt, ist nicht unbedingt glücklich.

Spätestens hier macht sich schmerzlich bemerkbar, dass die EU ErbVO im Rahmen des Verfahrens zur Vollstreckbarerklärung keine Norm kennt, die Art. 54 EuGVVO entspricht und das Verfahren dem Exequaturgericht auch sonst keinen Raum lässt, die Entscheidung des Ausgangsgerichts anzupassen.

Nebenbei sei bemerkt, dass es dem Ziel von Art. 31 EU ErbVO, die sachenrechtlichen Strukturen eines Mitgliedstaats zu erhalten und zugleich die mit einem verfügbaren dinglichen Recht verfolgten Ziele und Interessen zu verwirklichen, am besten dienen würde, wenn man den Anpassungsvorgang nicht auf die Anpassung des dinglichen Rechts beschränken würde.³⁶ Nahezu alle dinglichen Rechte lassen sich zumindest in der deutschen Rechtsordnung weitgehend als schuldrechtliche Rechtsbeziehung konstruieren, natürlich ohne allseitige Wirkung. Da im Schuldrecht kein Typenzwang herrscht, kann relativ zwischen den Betroffenen schuldrechtlich das gewünschte Ergebnis des ausländischen dinglichen Rechts unverändert und mit sofortiger Wirkung aus der letztwilligen Verfügung heraus selbst entstehen, während die zusätzliche Begründung des angepassten dinglichen Rechts mehr der Sicherung und der Herbeiführung der inter-omnes-Wirkung im sachenrechtlich zulässigen Umfang dienen würde.³⁷ Die vorläufige Sicherung ließe sich dann leicht gemäß § 885 BGB durch Eintragung einer Vormerkung aufgrund einer einstweiligen Verfügung erreichen, ohne zu diesem Zeitpunkt schon das Anpassungsergebnis genau festlegen zu müssen.

bb) Sollte hingegen tatsächlich ein Fall vorliegen, in dem – wie oben im fiktiven Beispiel unter Ziffer 2. – ausdrücklich ein dingliches Recht des deutschen Sachenrechts mit hinreichend bestimmtem Inhalt letztwillig verfügt wird, greifen die vorstehenden Gründe nicht für eine Ablehnung.

³⁶ Gegen eine solche Beschränkung auch Dutta/Weber/Schmidt, Internationales Erbrecht, Art. 31 EU ErbVO Rdnr. 9.

³⁷ Diesen Weg weist auch Dutta/Weber/Schmidt, Internationales Erbrecht, Art. 31 EU ErbVO Rdnr. 9; eine Entsprechung hat diese Lösung in der nicht dinglich wirkenden Nutzungsverwaltung des § 14 Abs. 1 HöfeO, die auch automatisch entsteht und inhaltlich dem Nießbrauch ähnlich ist, vgl. Kroiß/Horn/Solomon/Graß, Nachfolgerecht, § 14 HöfeO Rdnr. 1, 3 und 5.

Meines Erachtens spricht aber Art. 1 Abs. 2 lit. I EU ErbVO³⁸ im Zusammenspiel mit Art. 23 Abs. 2 lit. e EU ErbVO anders als beim Übergang bestehender Rechte auch insoweit gegen eine unmittelbare Rechtsbegründung, als Belastungen dinglicher Rechte in Deutschland niemals durch einseitigen Akt des Eigentümers/Erblässers entstehen.³⁹ Im Immobiliarsachenrecht bedarf es hierzu selbst bei Eigentümerrechten stets der Eintragung im Grundbuch und bei beweglichen Sachen⁴⁰ gibt es gar keine Eigentümerrechte, da der Ausschluss der Konsolidation gemäß § 889 BGB nur für Grundstücke gilt. Art. 23 Abs. 2 lit. e EU ErbVO unterstellt dem anzuwendenden Erbrecht nur den Übergang der zum Nachlass gehörenden Vermögenswerte, Rechte und Pflichten.⁴¹ Zum Zeitpunkt des Erbfalls gehört die Belastung (das dingliche Recht) aber noch gar nicht zum Nachlass; es geht nicht um den Übergang eines existierenden Rechts, sondern um dessen Begründung.⁴² Dies ist aber ein sachenrechtliches Thema. Soweit das deutsche Sachenrecht Eigentümerrechte zulässt, kann der Erblasser diese selbst begründen und sie dann auf den Erben oder in Fällen des Vindikationslegats auf den Vermächtnisnehmer übergehen lassen. Bei nicht vererblichen Rechten (Dienstbarkeiten, Nießbrauch, gesetzlicher Regelfall des subjektivpersönlichen Vorkaufsrechts) scheidet logischerweise auch diese Möglichkeit aus.

Folglich muss im fiktiven Beispielfall unter Ziffer 2. der Nießbrauch durch Rechtsgeschäft begründet werden.

4. Unrichtigkeitsnachweis durch Europäisches Nachlasszeugnis

Auch wenn das Eigentum oder ein dingliches Recht aufgrund eines Vindikationslegats unmittelbar auf den Legatar übergeht, kann die Eintragung dieser Rechtsänderung im Grundbuch im Wege der Grundbuchberichtigung nur erfolgen, wenn die Unrichtigkeit gemäß §§ 22, 29 GBO dem Grundbuchamt nachgewiesen ist. Hierzu genügt es nicht, wenn im Europäischen Nachlasszeugnis angegeben ist, dass einem Vermächtnisnehmer bestimmte Vermögenswerte zugewiesen sind. Vielmehr muss sich aus dem Europäischen Nachlasszeugnis ausdrücklich ergeben, dass nach dem auf den Erbfall

³⁸ Im Grundstücksrecht so auch Dutta/Weber/Schmidt, Internationales Erbrecht, Art. 31 EU ErbVO Rdnr. 29.

³⁹ Dutta/Weber/Schmidt, Internationales Erbrecht, Art. 1 EU ErbVO Rdnr. 139 und Art. 31 EU ErbVO Rdnr. 29.

⁴⁰ Hinzuweisen ist auch darauf, dass Nießbrauch und Pfandrechte als Sachenrechte an beweglichen Sachen in Deutschland immer über den Besitz erworben werden, die einschlägigen Vindikationslegats aber eine Fiktion des § 855 BGB gerade nicht kennen und dem Vermächtnisnehmer keinen Besitz einräumen. Besitzlose Nießbrauch- oder Pfandrechte an beweglichen Sachen sind nun keine dinglichen Rechte von der Art, wie sie das deutsche Sachenrecht kennt, können also auch gemäß Art. 1 Abs. 2 lit. k EU ErbVO nicht über das Erbstatut entstehen.

⁴¹ Ebenso Erwägungsgrund 9; anders die Erwägungsgründe 15 und 16, die die Begründung von Rechten nennen.

⁴² Deshalb ist die Entstehung dinglicher Rechte, anders als Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, Art. 69 EU ErbVO Rdnr. 42 meint, auch kein Minus gegenüber dem Eigentumsübergang, sondern ein Aliud, denn das Eigentum ist bereits da und kann unverändert übergehen, die Belastung muss aber erst entstehen und zu diesem Zeitpunkt definiert werden.

anzuwendenden Recht der Rechtsübergang auf den Vermächtnisnehmer erfolgt ist. Die Ziffern 6. und/oder 7. Formblatt V – Anlage V zum Europäischen Nachlasszeugnis ermöglichen solche Angaben ohne Weiteres und niemand anderes als die das Europäische Nachlasszeugnis ausstellende Behörde hat mehr Kompetenz, dieses mit den Wirkungen des Europäischen Nachlasszeugnisses festzustellen.⁴³

Dies löst das Problem, dass es trotz Vindikationslegats nach dem anzuwendenden Erbrecht zum Rechtsübergang eventuell noch weiterer Handlungen bedarf.⁴⁴ So geht zwar beim französischen⁴⁵ „legs particulier“ das Eigentum nach Art. 1014 Abs. 1 CC bereits mit dem Tod auf den Vermächtnisnehmer über; zur Ausübung seiner Rechte bedarf es jedoch gemäß Art. 1014 Abs. 2 CC noch der „délivrance“ durch den Beschwerten, auch wenn er sich bereits im Besitz des Gegenstandes befindet.⁴⁶ Es ist natürlich nicht Sache des Grundbuchamts, dies zu klären,⁴⁷ aber es ist zum Glück auch nicht nötig.⁴⁸

Würde man, anders als vorstehend ausgeführt, auch eine unmittelbare Begründung dinglicher Rechte durch das anzuwendende Erbrecht für möglich halten, dürfte die Eintragung dieser Rechte im Grundbuch zu einem kaum lösbaeren Problem werden. Anders als beim Eigentum, das allein aus dem Gesetz definiert ist, muss bei Belastungen nämlich auch der Rechtsinhalt so bestimmt werden, dass er aus dem Grundbuch ersichtlich wird. Das deutsche Grundbuchamt legt den Inhalt der Rechte nicht fest, es trägt vielmehr nur hinreichend definierte Rechte ein. Als Dokumente hierfür kommen wiederum nur das Europäische Nachlasszeugnis oder, in entsprechender Anwendung von § 35 GBO, ggf. ein öffentliches Testament in Betracht.⁴⁹ Dann müsste das Europäische Nachlasszeugnis allerdings den Rechtsinhalt so wiedergeben, wie dies von einer Bewilligung, auf die gemäß § 44 Abs. 2 GBO Bezug genommen wird, verlangt wird. Hierfür ist die ausstellende Behörde aber in der Regel überhaupt nicht ausgebildet. Daneben müsste gemäß Art. 70 Abs. 3 Satz 2 die beglaubigte Abschrift des Europäischen Nachlasszeugnisses mit unbefristeter Gültigkeit erteilt werden. All dies belegt, dass die wirksame Begründung dinglicher Rechte durch das auf den Erbfall anzuwendende Recht über das hinausgeht, was von der EU ErbVO geregelt wird.

5. Dinglich wirkende Teilungsanordnungen

Dingliche Teilungsanordnungen, die etwa das italienische Recht vorsieht (Art. 733 Codice civile), sind genauso zu behandeln wie Vindikationslegats.⁵⁰

43 Zutreffend schon *Schmidt*, ZEV 2014, 133, 139; auch *Weber*, DNotZ 2018, 16, 24 f., hält das Europäische Nachlasszeugnis für geeignet, den Nachweis zu erbringen.

44 Hierzu *Schmidt*, ZEV 2014, 133, 138.

45 Ebenso in Belgien und Luxemburg, vgl. Fn. 16.

46 Süß/Döbereiner, Erbrecht in Europa, Frankreich, Rdnr. 95.

47 *Schmitz*, RNotZ 2017, 269, 286.

48 Ebenso *Dutta/Weber/Fornasier*, Internationales Erbrecht, Art. 63 EU ErbVO Rdnr. 16 und Art. 69 EU ErbVO Rdnr. 43.

49 Auch ein ausländisches öffentliches Testament ist als Nachweis möglich, das Europäische Nachlasszeugnis kann aber regelmäßig verlangt werden, vgl. BeckOK-GBO/Wilsch, § 35 Rdnr. 172 f.

50 *Dutta/Weber/Schmidt*, Internationales Erbrecht, Art. 31 EU ErbVO Rdnr. 18 f.

6. Anforderungen an das Europäische Nachlasszeugnis bei deutschem Erbstatut

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass es für die Umsetzung der Entscheidung des EuGH nicht unerheblich darauf ankommen wird, dass das Europäische Nachlasszeugnis alle hierzu notwendigen Informationen liefert. Dies gilt insbesondere für die Herbeiführung von Eintragungen in das Grundbuch und andere Register. Da das deutsche Erbrecht unmittelbare Wirkungen von Vermächtnissen und Teilungsanordnungen nicht kennt, könnte man nun den verbreiteten Schluss ziehen, dass die hier zuständigen Nachlassgerichte diesbezüglich auch nichts in das Europäische Nachlasszeugnis aufzunehmen haben.⁵¹ Dies ist ein tragisches Missverständnis.

Ein Europäisches Nachlasszeugnis, das von einem deutschen Nachlassgericht ausgestellt wird, gibt in der Regel Auskunft zu Fragen des deutschen Erbrechts. Während das deutsche Nachlassgericht zur Beantwortung dieser Fragen große Kenntnisse besitzt, die ihre Basis in professioneller Fachausbildung und häufig zusätzlich langjähriger Erfahrung mit diesbezüglichen Sach- und Rechtsfragen haben, ist bei den Behörden und Personen der anderen Mitgliedstaaten, in denen das Nachlasszeugnis verwendet werden soll, beides in der Regel nicht vorhanden.

- a) Zulässigkeit der umfassenden Aufnahme aller in Art. 68 lit. I-o EU ErbVO genannten Informationen in das Europäische Nachlasszeugnis

Das Europäische Nachlasszeugnis wäre deshalb ein ideales Instrument, um für die Umsetzung des deutschen Erbrechts in anderen Mitgliedstaaten die notwendigen rechtlichen Informationen zu liefern. In Gesprächen mit Kollegen anderer Mitgliedstaaten und bei der Betreuung von Mandanten erfährt man allerdings, dass die im Europäischen Nachlasszeugnis enthaltenen Informationen oft als zu dünn empfunden werden, um jenseits der deutschen Grenzen zu einer problemlosen Abwicklung zu taugen. Am gemäß Art. 68 zulässigen Inhalt des Nachlasszeugnisses kann es nicht liegen, denn gemäß lit. I-o sind umfassende Auskünfte vorgesehen und möglich, die weit über das hinausgehen, was ein deutscher Erbschein oder ein deutsches Testamentsvollstreckerzeugnis aussagt. Deshalb muss allen Auslegungen dieser Vorschrift, die eine Aufnahme von Informationen, die zur Rechtsdurchsetzung im Ausland förderlich sind, dogmatische Grenzen setzen wollen, nachdrücklich widersprochen werden. So sollen nach *Dutta*⁵² wegen des Wortlauts von Art. 63 Abs. 1 EU ErbVO („Vermächtnisnehmer mit unmittelbarer Berechtigung am Nachlass“) nur unmittelbare Berechtigungen am Nachlass in das Zeugnis aufgenommen werden, obwohl Art. 68 EU ErbVO diese Einschränkung explizit nicht enthält. Vielmehr haben zum Beispiel

51 MünchKomm-BGB/*Dutta*, Art. 63 EU ErbVO Rdnr. 9; noch enger *Süß*, ZEuP 2013, 725, 744: Erfasst sein sollen nur der Erbenstellung nahekommende Universal- und Quotenvermächtnisse.

52 MünchKomm-BGB/*Dutta*, Art. 63 EU ErbVO Rdnr. 3 ff., insbesondere Rdnr. 6 und Art. 68 EU ErbVO Rdnr. 9-11; ebenso *Dutta/Weber/Fornasier*, Internationales Erbrecht, Art. 68 EU ErbVO Rdnr. 13; a. A. *Kroiß/Horn/Solomon/Köhler*, Nachfolgerecht, Art. 68 EU ErbVO Rdnr. 3.

auch schuldrechtliche Positionen des Vermächtnisnehmers nach deutschem Erbrecht jenseits der deutschen Grenzen eine Bedeutung, weshalb das Nachlasszeugnis hierüber unterrichten können sollte.⁵³ Hierzu ein Beispiel aus eigener Praxis:

Bei unstreitiger Anwendbarkeit deutschen Erbrechts nach der EU ErbVO hat der Erblasser testamentarisch Erben eingesetzt, Testamentsvollstreckung angeordnet und durch Vermächtnis Grundbesitz und Geldvermögen in Österreich einzelnen Personen zugewendet. Der Testamentsvollstrecker möchte diese Vermächtnisse erfüllen, die Stellen in Österreich, die hierzu notwendigerweise einzubeziehenden sind (zum Beispiel Bank und Grundbuchamt) haben Zweifel, ob die Erfüllung ohne Mitwirkung der Erben möglich ist. Selbst wenn das Nachlasszeugnis gemäß Art. 68 lit. o EU ErbVO aussagt, dass der Testamentsvollstrecker die Befugnis hat, ohne Mitwirkung der Erben Vermächtnisse zu erfüllen, hilft dies nicht weiter, wenn dem Europäischen Nachlasszeugnis keine Aussage darüber entnommen werden kann, welche Vermächtnisse wirksam verfügt wurden.⁵⁴ Die ausländischen Stellen sollten sich möglichst nicht mit den Feinheiten der §§ 2200 ff. BGB und einer Vorschrift wie § 2205 Satz 3 BGB im Zusammenhang mit Leistungen an Vermächtnisnehmer beschäftigen müssen. Also müssen auch schuldrechtlich wirkende Vermächtnisse und ebenso Auflagen (= Beschränkungen ihrer Rechte, denen die Erben und ggf. die Vermächtnisnehmer ... unterliegen, Art. 68 lit. n EU ErbVO) in das Europäische Nachlasszeugnis aufgenommen werden können.⁵⁵ Diese weite Auslegung widerspricht dem enger formulierten Zweck des Art. 63 EU ErbVO überhaupt nicht, ermöglicht aber genau das, was die Erwägungsgründe 9 und 67 betonen, nämlich eine zügige, unkomplizierte und effiziente Abwicklung einer Erbsache mit grenzüberschreitendem Bezug. Dem dient es, wenn auch Vermächtnisnehmer ihren Status und/oder ihre Rechte und Befugnisse einfach nachweisen können.

Bedenkt man dann noch, dass die Grenze zwischen der unmittelbaren und der mittelbaren Berechtigung beim Zusammentreffen mehrerer anzuwendender Rechtsordnungen kaum trennscharf zu ziehen ist⁵⁶ und noch weniger wahrscheinlich international einheitlich gezogen wird, spricht alles dafür, die nach dem anzuwendenden Erbrecht wirksamen Vermächtnisse einschließlich der Feststellung, welche Wirkung sie nach dem anzuwendenden Erbrecht haben, in das Europäische Nachlasszeugnis aufzunehmen.

Verwehrt ist dem Vermächtnisnehmer des Damnationslegats allerdings ein eigener Antrag auf Ausstellung des Europä-

ischen Nachlasszeugnisses, da dieser nur Vermächtnisnehmern im Sinne von Art. 63 Abs. 1 EU ErbVO zugebilligt wird.

Formblatt V und die Anlagen zu diesem, insbesondere die Anlagen III-VI, geben einer so umfangreichen Information ohne Weiteres Raum. Anlage IV Ziffer 8. und Anlage V Ziffer 4. sprechen in der deutschen Fassung zum Beispiel vom Anspruch des Erben bzw. Vermächtnisnehmers, verlangen also keine unmittelbare Beteiligung.

Zutreffend ist es allerdings, eine Grenze dort zu ziehen, wo die Wirkungen des Europäischen Nachlasszeugnisses enden. Deshalb wird es von deutschen Gerichten⁵⁷ zu Recht abgelehnt, ein Verzeichnis der dem Erben zugeordneten Nachlassgegenstände in das Europäische Nachlasszeugnis aufzunehmen, weil das Europäische Nachlasszeugnis zum Bestand des Nachlasses keine Aussage trifft.⁵⁸ Das Europäische Nachlasszeugnis zum Vindikationslegat muss natürlich aussagen, welcher Gegenstand von diesem betroffen ist, sagt damit aber nicht aus, ob dieser Gegenstand auch zum Nachlass gehört.

Es kann nicht einmal ausgeschlossen werden, dass Rechtsordnungen, deren Sachenrecht das Trennungs- und Abstraktionsprinzip nicht kennt, es für den Rechtsübergang genügen lassen, dass das deutsche Erbrecht einen verbindlichen, durchsetzbaren Anspruch auf den Erwerb des Eigentums oder eines Rechts gewährt. Das kann aber nur funktionieren, wenn das Europäische Nachlasszeugnis diesen Anspruch als nach dem anzuwendenden Erbrecht existent und wirksam ausweist.

b) Erforderlichkeit der Aufnahme von Angaben

Zieht man den Kreis der möglichen Angaben, die Inhalt des Europäischen Nachlasszeugnisses sein können, weit, so gewinnt umgekehrt die Frage Bedeutung, welche Angaben zum erforderlichen Inhalt gehören. Formelle Vorgaben macht hier Formblatt V mit seinen Anlagen:

aa) Notwendiger Inhalt im Sinne von Art. 68 lit. I-o EU ErbVO:

Notwendiger Inhalt ist nur das, was die unmittelbare Rechtsstellung der am Nachlass Beteiligten zutreffend beschreibt. Die Angabe zum Erben muss deshalb zwingend dessen Erbteil sowie unmittelbar wirkende Beschränkungen, zum Beispiel durch Vor- und Nacherbschaft oder Testamentsvollstreckung enthalten. Ebenso ist die Aufnahme unmittelbar wirkender Vindikationslegale und Teilungsanordnungen zwingend, da sonst die darin liegenden Beschränkungen der weiteren Erben nicht kenntlich wären.

Wenn dies zur Verwendung im Ausland genügt,⁵⁹ kann das Europäische Nachlasszeugnis zum Beispiel aber auch im

53 Ebenso Bergquist/Damascelli/Frimston/Lagarde/Odersky/Reinhartz/Reinhartz, EU ErbVO, 2015, Art. 63 Rdnr. 8, für das Vermächtnis auf eine Geldsumme, die nicht Teil des Nachlasses ist, sowie Art. 68 Rdnr. 14 f., 33 f.

54 Bergquist/Damascelli/Frimston/Lagarde/Odersky/Reinhartz/Reinhartz, EU ErbVO, Art. 68 Rdnr. 35 zur Vermächtniserfüllung durch Testamentsvollstrecker.

55 A. A. Weinbeck in der Anmerkung zu OLG Nürnberg, ZEV 2017, 579, 580.

56 Man lese nur die Erwägungen von *Döbereiner*, ZEV 2015, 559, 560 f. zum Damnationslegat in deutsch-französischen Erbfällen.

57 OLG München, Beschluss vom 12.9.2017, 31 Wx 275/17, ZEV 2017, 580, 581; OLG Nürnberg, Beschluss vom 5.4.2017, 15 W 299/17, ZEV 2017, 579.

58 Für die Zulässigkeit solcher Listen allerdings Bergquist/Damascelli/Frimston/Lagarde/Odersky/Reinhartz/Reinhartz, EU ErbVO, Art. 68 Rdnr. 34.

59 Dies richtig einzuschätzen, liegt in der Verantwortung der Beteiligten.

Sinne eines Testamentsvollstreckerzeugnisses auf die Angaben zur Testamentsvollstreckung, der Person des Testamentsvollstreckers und dessen Verfügungsbefugnis beschränkt werden. Angaben zu den Erben muss ein solches Europäisches Nachlasszeugnis nicht enthalten. Solche Teilnachlasszeugnisse sieht Art. 68 EU ErbVO ausdrücklich vor, wenn dort die Angaben vorgeschrieben sind, die für die Zwecke, für die das Europäische Nachlasszeugnis ausgestellt wird, erforderlich sind.

bb) Fakultativer Inhalt

Über diesen notwendigen Inhalt hinaus bestimmt der Antragsteller, welche Angaben im Sinne des Art. 68 EU ErbVO er im Nachlasszeugnis aufgenommen haben möchte.⁶⁰ Er hat entsprechend präzise Anträge zu stellen. Die Grenze des aufnahmefähigen Inhalts verläuft bei dem, was sich unmittelbar aus dem auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Recht und/oder der Verfügung von Todes wegen ergibt.

IV. Zusammenfassung

Vindikationslegale ausländischer Erbrechtsordnungen bewirken den unmittelbaren Übergang von Rechten an Gegenständen (an beweglichen und unbeweglichen Sachen sowie an Rechten), wenn

- das Recht zum Zeitpunkt des Erbfalls existiert und
- das Recht nach der für es maßgeblichen Rechtsordnung von Todes wegen übertragbar ist (nicht zum Beispiel also der Nießbrauch nach deutschem Recht, §§ 1059, 1061 BGB) und
- das anwendbare Erbrecht den Übergang auch tatsächlich anordnet.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist bei dinglichen Rechten an deutschen Grundstücken das Grundbuch entsprechend zu berichtigen. Die ersten beiden Voraussetzungen ergeben sich unmittelbar aus dem deutschen Sachenrecht, die dritte Voraussetzung muss dem Grundbuchamt formgerecht nachge-

wiesen werden. Dies kann insbesondere dadurch erfolgen, dass das Europäische Nachlasszeugnis verlautbart, dass das Recht nach dem anzuwendenden Erbrecht tatsächlich übergegangen ist.

Durch den Erbfall werden auch bei Anwendbarkeit ausländischen Rechts in Deutschland keine bis dahin nicht existierenden dinglichen Rechte unmittelbar begründet. Soweit es sich um Sachenrechte ausländischer Herkunft handelt, ergibt sich dies bereits daraus, dass das dingliche Recht über Art. 31 EU ErbVO erst durch Anpassung inhaltlich bestimmt wird. Diese Anpassung muss nach den Grundsätzen des deutschen Sachenrechts geleistet werden. Geht es um die Begründung originär deutscher Sachenrechte, so bestimmt zumindest bei Belastungen im Grundbuch die Eintragung auch den Inhalt des Rechts. Diese Wirkung der Eintragung ist gemäß Art. 1 Abs. 2 lit. I EU ErbVO vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen, was auch Art. 23 Abs. 2 lit. e EU ErbVO bestätigt, wenn er – anders als die Erwägungsgründe – die Reichweite des anzuwendenden Rechts auf den Rechtsübergang (englisch: „the transfer“, französisch: „le transfert“), nicht aber auf die Begründung von Rechten bezieht.

Die ausschließliche Zuständigkeitsregelung der Art. 4 ff. EU ErbVO sowie das Fehlen von Anpassungsmöglichkeiten im Sinne von Art. 54 EuGVVO für Entscheidungen nach der EU ErbVO führen zu Erschwernissen in den Fällen, in denen die Anpassung eines Rechts zwischen den Beteiligten streitig ist und ggf. eingeklagt werden muss.

Das Europäische Nachlasszeugnis bietet für die Abwicklung internationaler Erbfälle große Möglichkeiten, die durch eine den Beteiligten am Nachlass nützliche Handhabung der Regeln der EU ErbVO genutzt werden sollten. Diese sollten von allen, die sich einem im Rahmen der EU vereinten Europa verpflichtet fühlen, seien sie als Rechtsanwälte, Notare, Richter, Rechtspfleger oder Wissenschaftler tätig, im Sinne der Bürger erschlossen werden. Mit den Worten meines Amtsvorgängers Notar Prof. Dr. *Wolfgang Reimann*: „Wer ein Problem nicht lösen will, sucht Gründe. Wer es lösen will, sucht Wege!“ sollten alle Wege beschritten werden, die eine sachgerechte und reibungslose Abwicklung internationaler Erbfälle ermöglichen.

⁶⁰ Bergquist/Damascelli/Frimston/Lagarde/Odersky/Reinhartz/Reinhartz, EU ErbVO, Art. 68 Rdnr. 31.

Königlich privilegierte Feuerschützengesellschaften im Rechtsverkehr

Von Regierungsdirektor Dr. **Johannes Holzer**, München*

In Bayern gibt es 210 königlich privilegierte Feuerschützengesellschaften, die einen wesentlichen Beitrag zur Pflege von Brauchtum und Tradition leisten und aus dem gesellschaftlichen Leben nicht wegzudenken sind. Ihre altrechtliche Natur wirft allerdings im Rechtsverkehr manche Fragen auf, deren Beantwortung heute zum Teil in Vergessenheit geraten ist. Der folgende Beitrag gibt einen Überblick über die bestehende Rechtslage und geht auch auf vereins- und grundbuchrechtliche Fragen ein.

I. Historisches

Das Schützenwesen hat in Bayern seit jeher besondere Bedeutung und erfuhr erstmals durch die Allgemeine Bayerische Schützenordnung vom 21.7.1796 eine umfassende Regelung, die allerdings im Laufe der Zeit nicht mehr den gesellschaftlichen und politischen Anforderungen entsprach. König Ludwig II. erließ deshalb am 25.8.1868 eine Allgemeine Schützenordnung für das Königreich Bayern,¹ nach deren § 1 Schützengesellschaften den Zweck hatten, gemeinschaftliche Schießübungen durchzuführen. Die ständige Übung mit Feuerwaffen und die Förderung des Schützenwesens im Allgemeinen sollte die Wehrkraft der Bevölkerung erhöhen.

Die Allgemeine Schützenordnung enthielt zu diesem Zweck detaillierte Regelungen über die gesellschaftsrechtliche Verfassung und die Organe der Schützengesellschaften (Schützen-Commissariat, Schützenmeisteramt, Gesellschafts-Ausschuss und Generalversammlung), deren innere Verwaltung sowie die Durchführung der Schießen einschließlich der dafür bestimmten Feuerwaffen.

II. Rechtsfähigkeit privilegierter Schützengesellschaften

1. Altrechtliche Vereine im Allgemeinen

Vor Inkrafttreten des BGB am 1.1.1900 gab es in Bayern zwei Arten von rechtsfähigen Vereinen. Die Rechtsfähigkeit – nach damaligem Sprachgebrauch die Rechte einer Korporation – konnten Vereine durch gerichtliche Anerkennung ihrer Satzung nach dem Gesetz vom 29.4.1896 erwerben.² Diese sog. „anerkannten Vereine“ waren an die Vorschriften des vorgenannten Gesetzes gebunden und standen unter der Aufsicht der

Gerichte. Nach Inkrafttreten des BGB galten sie als eingetragene Vereine.³

Eine weitere Möglichkeit zur Erlangung von Korporationsrechten bestand in einer landesherrlichen Einzelverleihung.⁴ Der Rechtsstatus dieser „privilegierten“ Vereine richtete sich nach dem besonderen königlichen Verleihungsakt und gewährte ihnen größere Freiheiten als den „anerkannten“ Vereinen.⁵ Die „privilegierten“ Vereine wurden ebenso wie andere altrechtliche Korporationen nach Art. 163 EGBGB⁶ ab dem 1.1.1900 den §§ 25 bis 53 BGB und den §§ 85 bis 89 BGB unterworfen.⁷ Gleichwohl waren die für sie maßgebenden landesrechtlichen Vorschriften über ihre Verfassung nach Art. 82 EGBGB, der nicht nur für wirtschaftliche Vereine, sondern auch für solche mit idealen Zwecken gilt, weiterhin anwendbar.⁸ Das aber bedeutet, dass die vorstehend erwähnten, für „anerkannte“ Vereine geltenden Überleitungsvorschriften auf privilegierte Vereine keine Anwendung finden.⁹ Ihre Rechtsgehalt hat daher nach Inkrafttreten des BGB keine Veränderung erfahren; insbesondere wurden sie nicht zu eingetragenen Vereinen.¹⁰

2. Schützengesellschaften im Besonderen

a) Erlangung der Rechtsfähigkeit

Schützengesellschaften konnten neben der königlichen Einzelverleihung auch durch Anerkennung der Allgemeinen Schützenordnung vom 25.8.1868 die Rechte eines privilegierten Vereins erlangen. Diese Rechtsstellung verbleibt den Schützengesellschaften so lange, bis sie die Anerkennung der Allgemeinen Schützenordnung zurücknehmen (§ 2 Abs. 2 Allgemeine Schützenordnung).¹¹ Änderungen der Satzung, die

* Der Autor ist Regierungsdirektor beim Deutschen Patent- und Markenamt.

1 RBl. 1868, 1729, auch abgedruckt in Die Allgemeine Schützenordnung für das Königreich Bayern vom 25.8.1868, 1868, S. 6 ff.

2 Art. 1 und 10 Gesetz, die privatrechtliche Stellung von Vereinen betr. vom 24.4.1868, BayGBl. 1866-1869, 1198.

3 Art. 1 des Bayerischen Gesetzes vom 9.6.1899, Übergangsvorschriften zum Bürgerlichen Gesetzbuch betreffend, BayBS III 101.

4 BayObLG, Beschluss vom 24.4.1959, BReg. 2 Z 217/58, BayObLGZ 1959, 152, 155; Gerstlauer, BayZ 1907, 322, 323.

5 Gerstlauer, BayZ 1907, 322, 323.

6 Zu altrechtlichen Waldgenossenschaften Oberst, MittBayNot 1956, 151, 154.

7 BayObLG, Beschluss vom 24.4.1959, BReg. 2 Z 217/58, BayObLGZ 1959, 152, 156; BayObLG, Beschluss vom 14.8.1959, BReg. 2 Z 96/59, BayObLGZ 1959, 287, 291.

8 RG, Urteil vom 9.12.1921, VII 271/21, RGZ 103, 265; BayObLG, Rechtsgutachten vom 18.1.1952, Allg. Reg. 42/1951, S. 4.

9 BayObLG, Rechtsgutachten vom 18.1.1952, Allg. Reg. 42/1951, S. 3.

10 BayObLG, Beschluss vom 6.7.1989, BReg. 3 Z 22/89, BayObLGZ 1989, 287, 291.

11 BayObLG, Beschluss vom 6.7.1989, BReg. 3 Z 22/89, BayObLGZ 1989, 287, 291.

mit der Allgemeinen Schützenordnung vereinbar sind, nehmen den Schützengesellschaften daher nicht ihre Rechte als Korporation.¹²

Privilegierte Schützengesellschaften bedürfen daher – ebenso wie wirtschaftliche Vereine nach § 22 BGB – zur Erlangung oder Erhaltung ihrer Rechtsfähigkeit nicht der Eintragung in das Vereinsregister.¹³ Das gilt auch dann, wenn ihr Zweck der eines Idealvereins im Sinne des heute geltenden § 21 BGB ist. Durch königliche Verleihung oder Anerkennung der Allgemeinen Schützenordnung entstandene Korporationen sind trotz der nicht von einer Eintragung in das Vereinsregister abhängenden Rechtsfähigkeit keine Körperschaften des öffentlichen Rechts, sondern solche des Privatrechts.¹⁴

b) Kein Untergang nach 1933 und 1945

An der dargestellten Rechtsfähigkeit der Schützengesellschaften änderte auch ihre erzwungene „Gleichschaltung“ in der Zeit des Nationalsozialismus nichts, da die Umstellung der Satzung auf die Mustersatzung des damaligen „Deutschen Schützenbundes“ keine Aufgabe der Grundsätze der Allgemeinen Schützenordnung darstellte.¹⁵

Die Rechtsfähigkeit der Schützengesellschaften wurde auch durch Maßnahmen der Besatzungsmacht nach 1945 nicht berührt. So verbot Abschnitt I Ziffer 2 der Proklamation des Alliierten Kontrollrats jede militärische Ausbildung sowie die Bildung von Organisationen zu deren Förderung. Auch untersagte Direktive 23 Ziffer 1 des Alliierten Kontrollrats allen vor der Kapitulation bestehenden sportlichen, militärischen und paramilitärischen Organisationen die Betätigung und ordnete deren Auflösung zum 1.1.1946 an. Zudem untersagte das Kontrollratsgesetz Nr. 8 jede Tätigkeit, die darauf abzielte, Vorbereitungen für kriegerische Handlungen jedweder Art zu treffen. Vereine, die diesem Ziel dienten, wurden verboten und aufgelöst.

Es wäre naheliegend gewesen, diese Vorschriften auf die privilegierten Schützengesellschaften anzuwenden, da diese nach § 1 Allgemeine Schützenordnung die Förderung der Schießausbildung zum Zweck der Landesverteidigung betrieben.¹⁶ Jedoch wurde den Schützengesellschaften das durch die Anerkennung der Allgemeinen Schützenordnung oder königliche Einzelverleihung gewährte Privileg nicht befristet oder auflösend bedingt gewährt, sondern so lange, bis sie die Anerkennung der Allgemeinen Schützenordnung zurücknehmen. Die Anerkennung und Beibehaltung der Allgemeinen Schützenordnung ist deshalb nicht nur Bedingung für die Anerkennung, sondern auch für die Beibehaltung ihrer Rechts-

fähigkeit. Durch ein bloßes Tätigkeitsverbot der Militärregierung ging diese ebenso wenig unter wie durch deren verfügte Auflösung zum 1.1.1946.¹⁷

c) Aufhebung der Allgemeinen Schützenordnung

Die Allgemeine Schützenordnung vom 25.8.1868 wurde in die Bereinigte Sammlung des Bayerischen Landesrechts (BayBS) nicht aufgenommen. Das bedeutet, dass sie nach Art. 4 des Ersten Rechtsbereinigungsgesetzes i. V. m. Art. 2 des Zweiten Rechtsbereinigungsgesetzes¹⁸ zum 31.12.1957 außer Kraft getreten ist. Der Ausschluss ihrer Anwendung wirkt jedoch nur für die Zukunft. Das bedeutet, dass die Allgemeine Schützenordnung nach den Grundsätzen der intertemporären Rechtsanwendung auf vor dem 1.1.1958 entstandene Tatsachen und Rechtsverhältnisse nach wie vor anwendbar ist.¹⁹ Vor dem Inkrafttreten des BGB durch Anerkennung der Allgemeinen Schützenordnung erlangte Privilegien gehen daher durch Aufhebung der für sie maßgebenden Rechtsgrundlagen nicht unter. Die einzige Änderung der Rechtslage für die privilegierten Schützengesellschaften besteht nach Aufhebung der Allgemeinen Schützenordnung darin, dass die §§ 25 bis 53 BGB seither ohne die nach Art. 82 EGBGB bestehende Einschränkung gelten.²⁰

III. Privilegierte Schützengesellschaften im Rechtsverkehr

1. Vereinsaufsicht

Für Schützengesellschaften, die die Rechtsfähigkeit aufgrund königlicher Einzelverleihung oder Anerkennung der Allgemeinen Schützenordnung erlangt haben, gelten wie erwähnt die §§ 25 bis 53 BGB. Für eine Neufassung oder Änderung ihrer Satzung bedürfen Schützengesellschaften deshalb einer staatlichen Genehmigung nach § 33 Abs. 2 BGB. Zuständig hierfür ist seit dem 1.1.2003 für alle Bayerischen Regierungsbezirke die Regierung von Schwaben in Augsburg.

Die Genehmigung kann durch formloses Schreiben beantragt werden, dem die form- und fristgerechte Einladung der Mitglieder zur Generalversammlung unter Bekanntgabe der Tagungsordnung mit den zur Abstimmung gestellten Satzungsbestimmungen bzw. der Neufassung der Satzung beizufügen ist. Erforderlich ist ferner die Niederschrift der Generalversammlung im Original oder ein Auszug, aus dem sich das Abstimmungsergebnis und der Wortlaut der geänderten Satzungsbestimmungen bzw. die Neufassung der Satzung entnehmen lassen. Die Niederschrift der Generalversammlung bzw. deren Auszug muss mit den Unterschriften des 1. Schützenmeisters und des Schriftführers versehen sein. Wird die

¹² BayObLG, Rechtsgutachten vom 18.1.1952, Allg. Reg. 42/1951, S. 7; BayObLG, BReg. 2 Z 217/58, BayObLGZ 1959, 152, 157.

¹³ BayObLG, Beschluss vom 24.4.1959, BReg. 2 Z 217/58, BayObLGZ 1959, 152, 156; BayObLG, Beschluss vom 14.8.1959, BReg. 2 Z 96/59, BayObLGZ 1959, 287, 292; Gerstlauer, BayZ 1907, 322, 323.

¹⁴ BayObLG, Beschluss vom 24.4.1959, BReg. 2 Z 217/58, BayObLGZ 1959, 152, 156.

¹⁵ BayObLG, Beschluss vom 24.4.1959, BReg. 2 Z 217/58, BayObLGZ 1959, 152, 157.

¹⁶ BayObLG, Rechtsgutachten vom 18.1.1952, Allg. Reg. 42/1951, S. 9.

¹⁷ BayObLG, Beschluss vom 24.4.1959, BReg. 2 Z 217/58, BayObLGZ 1959, 152, 157, 160 f.; BayObLG, Beschluss vom 14.8.1959, BReg. 2 Z 96/59, BayObLGZ 1959, 287, 291 f., 295; gleiches gilt für altrechtliche Schützengesellschaften in Thüringen, vgl. LG Gera, Beschluss vom 23.8.2002, 5 T 127/02, NotBZ 2003, 399 ff.

¹⁸ Vom 12.5.1956 und 15.7.1957, BayBS I, S. 17.

¹⁹ BayObLG, Beschluss vom 24.4.1959, BReg. 2 Z 217/58, BayObLGZ 1959, 152, 161.

²⁰ BayObLG, Beschluss vom 24.4.1959, BReg. 2 Z 217/58, BayObLGZ 1959, 152, 161.

Satzung insgesamt geändert, hat der 1. Schützenmeister sie zu unterzeichnen.

Im Genehmigungsverfahren wird geprüft, ob die Änderung bzw. Neufassung der Satzung ordnungsgemäß erfolgt ist. In formeller Hinsicht ist erforderlich, dass form- und fristgerecht zur Generalversammlung eingeladen wurde und dass die Änderungen der Satzung mit der erforderlichen Stimmenmehrheit beschlossen wurden. Ferner wird geprüft, ob die Änderungen der Satzung mit zwingenden Vorschriften des BGB in Einklang stehen.

Bei Schützengesellschaften, die ihr Privileg durch Anerkennung der Allgemeinen Schützenordnung erlangt haben, wird auch deren Einhaltung kontrolliert. Die privilegierte Schützengesellschaft kann bei einer den Bestimmungen der Allgemeinen Schützenordnung widersprechenden Satzungsänderung oder Änderung des Zwecks ihre Rechtsfähigkeit verlieren. Erforderlich hierfür ist ein Verwaltungsakt der Regierung von Schwaben, der bei dessen Erlass ein Ermessen zusteht.²¹ Die Behörde kann daher die Rechtsfähigkeit entziehen, ist aber nicht dazu verpflichtet. Gerade bei der Frage, ob Änderungen der Satzung im Sinne der Allgemeinen Schützenordnung vorgenommen wurden, dürfte eine großzügige Handhabung angebracht sein.²² Falls tatsächlich der Entzug der Rechtsfähigkeit in Betracht kommen sollte, erscheint es angezeigt, die privilegierte Schützengesellschaft vorher auf die Bedenken aufmerksam zu machen und ihr Gelegenheit zu geben, die zu einem Entzug der Rechtsfähigkeit führenden Satzungsbestimmungen nach Maßgabe der behördlichen Vorgaben zu ändern.

Eine Auflösung der privilegierten Schützengesellschaft ist jederzeit durch Beschluss der Mitgliederversammlung nach § 41 BGB möglich. Die privilegierte Schützengesellschaft kann auch auf ihre Rechtsfähigkeit und sonstige ihr zustehende Privilegien verzichten. Entsprechende Erklärungen sind gegenüber der Regierung von Schwaben als zuständige Behörde der Inneren Verwaltung abzugeben.²³

2. Gemeinnützigkeit

Privilegierte Schützengesellschaften werden nur dann von den FA als gemeinnützig anerkannt, wenn ihre Satzungen den formellen Anforderungen der §§ 60, 60a AO entsprechen. Auch wenn dies vereinsrechtlich nicht notwendig ist, kann aus steuerlichen Gründen eine Satzungsänderung erforderlich sein. Nähere Einzelheiten ergeben sich aus dem Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen, für Landesentwicklung und Heimat vom 5.12.2014.²⁴

21 BayObLG, Beschluss vom 14.8.1959, BReg. 2 Z 96/59, BayObLGZ 1959, 287, 294.

22 BayObLG, Rechtsgutachten vom 18.1.1952, Allg. Reg. 42/1951, S. 5 ff.

23 BayObLG, Beschluss vom 14.8.1959, BReg. 2 Z 96/59, BayObLGZ 1959, 287, 294.

24 Abrufbar unter: <https://www.regierung.schwaben.bayern.de>.

3. Vereinsregister

a) Anmeldung

Privilegierte Schützengesellschaften bedürfen wie ausgeführt²⁵ zur Erlangung ihrer Rechtsfähigkeit keiner Eintragung in das Vereinsregister. Dies gilt anders als bei eingetragenen Vereinen (§ 71 Abs. 1 BGB) auch für Änderungen der Satzung, die nach § 33 Abs. 2 BGB durch die Regierung von Schwaben zu genehmigen sind.

Die Eintragung einer privilegierten Schützengesellschaft in das Vereinsregister ist daher überflüssig und bringt für den Rechtsverkehr erhebliche Verwirrung und Rechtsunklarheit mit sich. Dies ist insbesondere deshalb der Fall, weil für die privilegierte Schützengesellschaft ein ganz anderer rechtlicher Rahmen gilt als für eingetragene Vereine. Die Verlautbarung der Rechtsverhältnisse einer nicht eintragungsbedürftigen Korporation im Vereinsregister ist nicht erforderlich, weil sich diese bereits aus den für sie geltenden altrechtlichen Rechtsnormen ergeben. Für die Anmeldung einer privilegierten Schützengesellschaft zum Vereinsregister fehlt deshalb das Rechtsschutzbedürfnis.²⁶ Das bedeutet, dass derartige Anmeldungen als unzulässig zurückzuweisen sind.

Bei der Anmeldung mitwirkende Notare haben insoweit eine „Vorprüfungspflicht“ nach § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG.²⁷ Der die Anmeldung verfassende Notar hat jedenfalls gegenüber dem Registergericht die Pflicht, dafür Sorge zu tragen, dass nur ordnungsgemäß abgefasste Anmeldungen eingereicht werden.²⁸ Bei der Anmeldung einer privilegierten Schützengesellschaft zum Vereinsregister ist dies wegen des fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses nicht der Fall. Der Notar muss dies daher in seinem Prüfvermerk zum Ausdruck bringen.²⁹

Etwas anderes gilt dann, wenn die privilegierte Schützengesellschaft ihre Privilegien durch Beschluss der Mitgliederversammlung aufgegeben hat und dies von der Regierung von Schwaben genehmigt wurde. In diesem Fall ist die Gesellschaft als Idealverein zu behandeln und kann in das Vereinsregister eingetragen werden.³⁰

b) Eintragung

In der Vergangenheit hat es Fälle gegeben, in denen privilegierte Schützengesellschaften von Registergerichten zur Eintragung in das Vereinsregister aufgefordert wurden oder die Eintragung aus freien Stücken angemeldet haben. Falls die Anmeldung nicht wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses zurückgewiesen und eingetragen wurde, ist der Mangel ge-

25 Oben II. 1.

26 BayObLG, Beschluss vom 14.8.1959, BReg. 2 Z 96/59, BayObLGZ 1959, 287, 296.

27 Dazu *Attenberger*, MittBayNot 2017, 335, 336 f.; *Diehn/Rachlitz*, DNotZ 2017, 487, 489.

28 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drucks. 18/11636, S. 13 f.

29 Dazu *Attenberger*, MittBayNot 2017, 335, 342.

30 BayObLG, Beschluss vom 14.8.1959, BReg. 2 Z 96/59, BayObLGZ 1959, 287, 294.

heilt.³¹ Darin liegt noch kein die Amtslöschung nach § 395 Abs. 1 FamFG rechtfertigender Verstoß gegen eine wesentliche Eintragungsvoraussetzung.³²

Jedoch darf analog § 18 Abs. 2 HGB auch die Bezeichnung eines eingetragenen Vereins nicht irreführend sein.³³ Dies ist aber der Fall, wenn eine Schützengesellschaft im Vereinsregister gleichzeitig als „privilegiert“ und als „eingetragener Verein“ bezeichnet wird. Durch eine solche Eintragung wird zum Ausdruck gebracht, dass der Schützengesellschaft der Rechtscharakter eines eingetragenen Vereins nach § 65 BGB zukommt. Die Eintragung deutet ferner darauf hin, dass die Schützengesellschaft auch die aus der königlichen Einzelverleihung oder Anerkennung der Allgemeinen Schützenordnung folgenden Privilegien innehaben kann, da eine gesetzliche Regelung fehlt, die entweder dem Vereinsrecht des BGB oder den altrechtlichen Bestimmungen den Vorrang einräumt. Letztere bestehen wie ausgeführt trotz Eintragung in das Vereinsregister fort, sodass der Rechtsverkehr bei einer Eintragung dieses Inhalts über die wahre Rechtsnatur der Schützengesellschaft getäuscht wird. Die Schützengesellschaft kann daher nach § 60 BGB mit der vorgenannten Bezeichnung nicht in das Vereinsregister eingetragen werden.³⁴

Ein derart unzulässiger Gebrauch der Bezeichnung der Schützengesellschaft stellt einen wesentlichen sachlichen Mangel der Eintragung im Sinne des § 395 Abs. 1 FamFG dar,³⁵ der zwingend zur Amtslöschung führt.³⁶ Gibt die Schützengesellschaft ihre aus der königlichen Einzelverleihung oder Anerkennung der Allgemeinen Schützenordnung folgenden altrechtlichen Privilegien nicht auf, ist die gesamte Eintragung von Amts wegen zu löschen. Die privilegierte Schützengesellschaft sollte dem durch Anmeldung der Löschung zuvorkommen. Dies hat den Vorteil, dass die Verwaltungsbehörde dann keinen Anlass mehr hat, der Schützengesellschaft ihre altrechtlichen Privilegien aufgrund der bestehenden Unklarheit der Bezeichnung im Vereinsregister abzuerkennen.³⁷

Verzichtet die Schützengesellschaft hingegen auf ihre altrechtlichen Privilegien, handelt es sich um einen eintragungsfähigen Verein. Die Bezeichnung als „privilegiert“ kann im Amtslöschungsverfahren nicht korrigiert werden, weil diesem eine

Teillöschung von Eintragungen fremd ist.³⁸ Die Eintragung kann daher nach § 395 Abs. 1 FamFG nur vollständig gelöscht werden. Die Schützengesellschaft kann auch selbst die Löschung anmelden und nach der Löschung die Eintragung mit einer geänderten Bezeichnung anmelden, die keinen Hinweis auf das altrechtliche Privileg mehr enthält.

4. Grundbuch

a) Grundbuchfähigkeit

Die meisten privilegierten Schützengesellschaften sind Eigentümer von Grundstücken, auf denen sich Schützenhäuser und Schießanlagen befinden. Wie dargelegt, sind privilegierte Schützengesellschaften rechtsfähig und damit auch grundbuchfähig.³⁹ Die Eintragung im Grundbuch erfolgt unter ihrer von der Regierung von Schwaben genehmigten Bezeichnung mit Hinweis auf das altrechtliche Privileg.

b) Eintragungsantrag

Ebenso wie im Vereinsregister gilt, dass die Schützengesellschaft nicht mit den Bezeichnungen „privilegiert“ und „eingetragener Verein“ in das Grundbuch eingetragen werden kann,⁴⁰ da ansonsten Unklarheiten über Person und Rechtsnatur des Berechtigten entstehen würden. Privilegierte Schützengesellschaften, die eine derartige Bezeichnung führen, bleibt nur die Möglichkeit, im Wege der Satzungsänderung den auf einen eingetragenen Verein hindeutenden Zusatz zu streichen oder ihre altrechtlichen Privilegien aufzugeben. Das Grundbuchamt sollte bei Eintragungsanträgen von Schützengesellschaften mit unklarer Bezeichnung durch Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 GBO) die Vorlage einer den tatsächlichen Rechtsverhältnissen entsprechende Bezeichnung fordern.

c) Eintragung

Es hat Fälle gegeben, in denen Schützengesellschaften im Grundbuch sowohl als „privilegiert“ als auch als „eingetragener Verein“ bezeichnet wurden.⁴¹ Diese Bezeichnung ist wie dargelegt aus vereinsrechtlichen Gründen unzulässig.⁴² Grundbuchrechtlich ist zwar der wahre Berechtigte eingetragen. Jedoch ist die Bezeichnung der Schützengesellschaft mehrdeutig und für den Rechtsverkehr verwirrend, der aus dem Grundbuch keine verlässlichen Informationen über Identität und Rechtsnatur des Berechtigten entnehmen kann.

Die Bezeichnung des Berechtigten unterliegt als Tatsache nicht dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§ 891 BGB), weil Dritte im Vertrauen auf die formale Richtigkeit dieser Eintragung keine Rechte erwerben können.⁴³ Bei einer fehlerhaften Bezeichnung des Berechtigten ist das Grundbuch deshalb

31 Dazu Prütting/Helms/Holzer, FamFG, 4. Aufl. 2017, vor §§ 374 bis 409 Rdnr. 37.

32 Dazu Prütting/Helms/Holzer, FamFG, § 395 Rdnr. 13.

33 BayObLG, Beschluss vom 5.11.1971, BReg. 2 Z 22/71, BayObLGZ 1971, 329, 331; OLG Jena, Beschluss vom 15.10.1997, 6 W 513/97, Rpfleger 1998, 114, 115; LG Gera, Beschluss vom 23.8.2002, 5 T 127/02, NotBZ 2003, 399 ff.

34 BayObLG, Beschluss vom 14.8.1959, BReg. 2 Z 96/59, BayObLGZ 1959, 287, 290, 292 f.

35 Dazu Prütting/Helms/Holzer, FamFG, § 395 Rdnr. 14.

36 BayObLG, Beschluss vom 14.8.1959, BReg. 2 Z 96/59, BayObLGZ 1959, 287, 290; BayObLG, Beschluss vom 5.11.1971, BReg. 2 Z 22/71, BayObLGZ 1971, 329, 331; OLG Jena, Beschluss vom 15.10.1997, 6 W 513/97, Rpfleger 1998, 114, 115; LG Gera, Beschluss vom 23.8.2002, 5 T 127/02, NotBZ 2003, 399 ff.

37 BayObLG, Beschluss vom 14.8.1959, BReg. 2 Z 96/59, BayObLGZ 1959, 287, 296 f.

38 LG Gera, Beschluss vom 23.8.2002, 5 T 127/02, NotBZ 2003, 399 ff.; a. A. BayObLG, Beschluss vom 14.8.1959, BReg. 2 Z 96/59, BayObLGZ 1959, 287, 297.

39 Dazu BeckOK-GBO/Holzer, Stand: 1.10.2017, § 1 Rdnr. 49 ff.

40 Dazu oben II. 3. b).

41 Etwa BayObLG, Beschluss vom 24.4.1959, BReg. 2 Z 217/58, BayObLGZ 1959, 152, 153.

42 Dazu oben II. 3. b).

43 BeckOK-GBO/Holzer, § 22 Rdnr. 94 m. w. N.

nicht materiell im Sinne des § 894 BGB unrichtig. Da § 22 Abs. 1 GBO eine materielle Unrichtigkeit des Grundbuchs voraussetzt, können Falschbezeichnungen privilegierter Schützengesellschaften nicht im Wege der Grundbuchberichtigung korrigiert werden. Demzufolge scheiden auch eine Zwangsberichtigung des Grundbuchs nach § 82 GBO sowie dessen Berichtigung von Amts wegen nach § 82a GBO aus.⁴⁴

Die geschilderten Fehlbezeichnungen privilegierter Schützengesellschaften sind vielmehr im Grundbuch im Wege der Richtigstellung zu korrigieren.⁴⁵ Dabei handelt es sich um ein Amtsverfahren, das zum Nachweis der korrekten Bezeichnung eine Mitwirkung des Berechtigten erfordert.⁴⁶ Das Grundbuchamt muss im Verfahren der Richtigstellung gemäß § 26 FamFG von Amts wegen ermitteln, welche Bezeichnung der Schützengesellschaft zutreffend ist und ob die altrechtlichen Privilegien ggf. mit der Folge aufgegeben wurden, dass die Schützengesellschaft im Grundbuch als Idealverein im Sinne des § 21 BGB zu bezeichnen ist.

Das Vereinsregister ist für die vorgenannte Prüfung nicht maßgebend, da der Bezeichnung einer Schützengesellschaft als „privilegiert“ und „eingetragener Verein“ kein Hinweis auf ihre wahre Rechtsnatur entnommen werden kann. Das Grundbuchamt muss daher – ebenso wie die Verwaltungsbehörde – auf die von der privilegierten Schützengesellschaft erstellten Unterlagen zurückgreifen. Kommt diese ihrer Mitwirkungs-

pflcht nicht nach, können Zwangsmittel nach § 35 FamFG verhängt werden.

Hinsichtlich der bestehenden Rechtsverhältnisse kann das Grundbuchamt im Rahmen seiner Amtsermittlung jedoch auch eine behördliche Auskunft der Regierung von Schwaben einholen, die nicht der Form des § 29 GBO bedarf. Abgesehen von dieser Besonderheit entspricht die rechtliche Behandlung der privilegierten Schützengesellschaften im Grundbuch bei der Korrektur von Falschbezeichnungen im Wesentlichen der von juristischen Personen.

IV. Zusammenfassung

Die bei privilegierten Schützengesellschaften bestehenden Besonderheiten können im Vereinsregister und Grundbuch manchmal Zweifelsfragen aufwerfen. Entscheidend ist stets, ob die jeweilige Schützengesellschaft ihre durch königliche Einzelverleihung oder Anerkennung der Allgemeinen Schützenordnung erworbenen Privilegien noch nicht aufgegeben oder durch behördliche Entscheidung verloren hat. Antworten auf diese Frage kann in erster Linie die privilegierte Schützengesellschaft selbst, ggf. aber auch die Regierung von Schwaben geben. Die auf diesem Wege gewonnenen Erkenntnisse tragen dazu bei, hinsichtlich der Rechtsnatur und Bezeichnung der privilegierten Schützengesellschaft zutreffende Anmeldungen und Eintragungsanträge zu formulieren. Das Register- und Grundbuchrecht hält ferner das erforderliche Instrumentarium bereit, um auf fehlerhafte Eintragungen und Bezeichnungen privilegierter Schützengesellschaften angemessen zu reagieren. Der Umgang mit privilegierten Schützengesellschaften im Rechtsverkehr dürfte damit ohne Schwierigkeiten möglich sein.

44 BayObLG, Beschluss vom 24.4.1959, BReg. 2 Z 217/58, BayObLGZ 1959, 152, 162.

45 Holzer, Die Richtigstellung des Grundbuchs, 2003, S. 143.

46 Dazu BeckOK-GBO/Holzer, § 22 Rdnr. 92 ff.

Aktuelle Entwicklungen im Bereich der Grunderwerbsteuer für die notarielle Gestaltungspraxis¹

Von Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

Im Anschluss an den Beitrag in MittBayNot 2017, 9 wird im Folgenden die aktuelle Entwicklung des Grunderwerbsteuerrechts aus der Zeit von Herbst 2016 bis Ende 2017 geschildert. Einen Paukenschlag stellt der Vorlagebeschluss des BFH an den EuGH zu § 6a GrEStG dar, mit dem die Frage zur Entscheidung vorgelegt wird, ob es sich bei der Steuerbefreiung für Konzernumwandlungen um eine europarechtswidrige Beihilfe handelt. Mehrfach musste sich die Finanzrechtsprechung mit den Voraussetzungen der ordnungsgemäßen, steuerbefreienden Rückabwicklung eines grunderwerbsteuerpflichtigen Vorgangs beschäftigen. Auch Vorgänge der vorweggenommenen Erbfolge und der Umstrukturierung von Gesellschaften und Änderungen im Gesellschafterbestand haben erneut mehrfach interessante und praxisrelevante grunderwerbsteuerliche Fragen aufgeworfen. Zu Fragen des sog. einheitlichen Vertragswerkes hat die Finanzverwaltung auf der Grundlage aktueller Rechtsprechung einen umfassenden Erlass veröffentlicht, der auch für die notarielle Praxis einige bedeutsame Aussagen beinhaltet.

I. Gesetzesänderungen

Berichtswerte Änderungen des Bundes im Bereich der Grunderwerbsteuer sind nicht zu verzeichnen. Lediglich hinsichtlich der länderspezifischen Steuersätze nach Art. 105 Abs. 2a Satz 2 GG ist zu vermelden, dass Thüringen den Steuersatz der Grunderwerbsteuer nun auch auf 6,5 % angehoben hat. Derzeit liegt die obere Schallgrenze weiterhin bei 6,5 % (Saarland, Nordrhein-Westfalen, Thüringen, Brandenburg, Schleswig-Holstein). Gleichzeitig wären die Bundesländer aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht gehindert, die Steuerschraube weiter anzuziehen, da der Bundesgesetzgeber keine Obergrenze im GG oder GrEStG vorgegeben hat.²

II. § 6a GrEStG als europarechtswidrige Beihilfe?

1. Grundlagen

Das deutsche Steuerrecht wird immer stärker vom Europarecht geprägt.³ Dies gilt auch in Bereichen, in denen die EU eigentlich keine Gesetzgebungskompetenz hat. Eingriffsmittel der EU ist in derartigen Fällen das Verbot unzulässiger Beihilfen. Prominent hat in der Vergangenheit die europäische Kom-

mission § 8c Abs. 1a KStG als unzulässige selektive Beihilfe eingestuft und die Unanwendbarkeit dieser Norm wegen Verstoßes gegen höherrangiges Europarecht angeordnet. Bei § 8c Abs. 1a KStG ging es um die sog. Sanierungsklausel, bei der in Sanierungsfällen eine Anteilsübertragung unter bestimmten Voraussetzungen nicht zum Verlust der Verlustvträge einer Kapitalgesellschaft führt. Das EuG hat am 6.2.2016⁴ die Auffassung der Kommission bestätigt, wonach es sich bei der Sanierungsklausel des § 8c Abs. 1a KStG um eine europarechtswidrige selektive Beihilfe handelt. Noch sind Rechtsmittelverfahren beim EuGH anhängig.⁵

Die Neuregelung des sog. Sanierungserlasses in § 3a EStG⁶ steht unter dem Vorbehalt der Genehmigung der Kommission bzw. der Bestätigung der Unschädlichkeit (Notifizierungsverfahren) und tritt erst hiernach in Kraft, da es sich aufgrund der selektiven Wirkung um eine europarechtlich unzulässige Beihilfe handeln könnte.

Diese Problematik und Diskussion erreicht nach dem Erbschaftsteuerrecht⁷ nun auch das Grunderwerbsteuerrecht. Das Verbot unzulässiger Beihilfen folgt aus Art. 107 ff. AEUV. Staatliche Beihilfen im Sinne der Art. 107 ff. AEUV sind aus europarechtlicher Sicht durch vier Voraussetzungen definiert:⁸

- staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Maßnahmen
- Wettbewerbsverfälschung
- Beeinträchtigung des Binnenhandels
- Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige (Selektivität)

Entscheidend ist stets, ob es sich um eine selektive Beihilfe bzw. Begünstigung handelt, da die übrigen Voraussetzungen für eine Beihilfe meist zweifelsfrei gegeben sind. Liegt eine selektive Beihilfe vor, stellt sich nur noch die Frage, ob die Beihilfe durch das Steuersystem gerechtfertigt bzw. die differenzierende Begünstigung systemimmanent ist.

Problematisch an der Charakterisierung als Beihilfe ist, dass die Bundesregierung stets verpflichtet wäre, eine entspre-

1 Der Aufsatz beruht auf dem Vortrag des Verfassers auf der DAI Jahresarbeitstagung 2017, Berlin.
 2 Siehe zu dieser Norm Boruttau/Viskorf, GrEStG, 18. Aufl. 2016, § 11 Rdnr. 17 ff.
 3 Siehe nur Drüen, DStR 2011, 289; Klemm, DStR 2013, 1057; Wachter, DB 2016, 1273.

4 EuG, Urteile vom 4.2.2016, T-287/11 sowie T-620/11.

5 Siehe Az. C-203/16 P, C-208/16 P sowie C-209/16 P.

6 Siehe dazu Hechtner, NWB 2017, 1275; Lautenbach/Roll/Völkner, BB 2017, 643; Sonnleitner/Strotkemper, BB 2017, 668; Mohr, BB 2017, 673; Beutel/Eilers, FR 2017, 266; Sistermann, DStR 2017, 689.

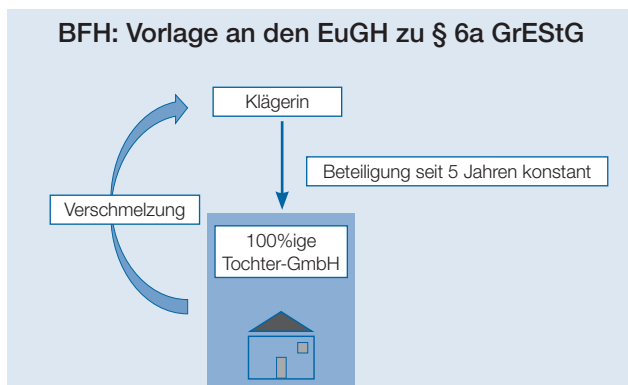
7 Vogel/Bäumel, BB 2015, 736; siehe auch zum vergleichbaren Problem bei der Grunderwerbsteuer Behrens, DStR 2016, 785; zur Erbschaftsteuer wiederum Wachter, DB 2016, 1273 ff.; Reimer, BB 2016 Heft 14, Beilage I.

8 Siehe Wachter, DB 2016, 1273, 1274.

chende (steuerliche) Beihilfe vor ihrer Anwendung der Kommission anzuzeigen, damit diese hierzu Stellung nehmen kann. Allein eine fehlende Anzeige macht die Beihilfe rechtswidrig. Rechtswidrig gewährte Beihilfen sind zwingend zu erstatten. Dem steht weder die Bestandskraft eines Steuerbescheides entgegen noch die Rechtskraft eines Urteils eines nationalen Gerichts.⁹ Dies beruht auf dem Grundsatz der Effektivität der Durchsetzung des Europarechts gegenüber den nationalen Normen, Behörden und Gerichten.

2. Beschluss des BFH

Die umwandlungsrechtliche Grunderwerbsteuerprivilegierung wurde mit Beschluss des BFH vom 30.5.2017 dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt.¹⁰ Der BFH hat Zweifel, ob eine Grunderwerbsteuerrechtliche Begünstigung des nationalen Rechts gegen das Beihilfeverbot des EU-Rechts verstößt und deshalb angewendet werden darf. Der BFH hat sich daher in einem Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gewandt.



In dem vom BFH zu entscheidenden Sachverhalt war die Obergesellschaft seit mehr als fünf Jahren Alleingesellschafterin einer grundbesitzenden Tochtergesellschaft (*up-stream-merger*), die auf die Klägerin verschmolzen wurde. Das FA lehnte § 6a GrEStG ab, da durch die Verschmelzung der Konzernverbund erloschen sei.¹¹ Das FG¹² gab der Klage des Steuerpflichtigen statt. Nach Auffassung des BFH ist im vorlie-

genden Fall grundsätzlich § 6a GrEStG erfüllt. Dass die Obergesellschaft nach der Verschmelzung aus umwandlungsrechtlichen Gründen keine Beteiligung mehr an der Tochtergesellschaft halten konnte, ist nach Auffassung des BFH unschädlich.

Der BFH legt § 6a GrEStG entsprechend dem Begünstigungszweck, Umstrukturierungen innerhalb von Konzernen zu erleichtern, weit aus. Wörtlich heißt es dort:

„Das gilt zunächst für den Begriff des herrschenden Unternehmens im Sinne des § 6a Satz 3 GrEStG. Herrschendes Unternehmen kann jede natürliche oder juristische Person, Personengesellschaft oder Personenvereinigung sein, die wirtschaftlich tätig ist. An den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb des herrschenden Unternehmens sind keine hohen Anforderungen zu stellen. Es reicht aus, wenn das herrschende Unternehmen über die Beteiligung am abhängigen Unternehmen am Markt teilnimmt. Deshalb ist es nicht erforderlich, dass der an der Umwandlung als herrschendes Unternehmen beteiligte Rechtsträger ein Unternehmer im Sinne des § 2 UStG ist. Unerheblich ist auch, ob das herrschende Unternehmen die Beteiligung an der abhängigen Gesellschaft im Privat- oder im Betriebsvermögen hält. Die in § 6a Satz 4 GrEStG vorgesehenen Fristen beschränken die Anwendung der Steuerbegünstigung auf Fälle, in denen die Beteiligung des herrschenden Unternehmens an der abhängigen Gesellschaft fünf Jahre vor dem Rechtsvorgang und dieselbe Zeit nach dem Rechtsvorgang besteht. Diese Regelung, die eine dem Zweck der Vorschrift entgegenstehende Ausweitung der Steuerbegünstigung verhindern soll, ist dahin auszulegen, dass die Fristen nur insoweit maßgebend sind, als sie aufgrund der Umwandlung auch eingehalten werden können. So kann beispielsweise bei einer Verschmelzung einer abhängigen Gesellschaft auf das herrschende Unternehmen nur die Frist „vor“ der Verschmelzung eingehalten werden. Nach der Verschmelzung besteht die Beteiligung des herrschenden Unternehmens an der abhängigen Gesellschaft nicht mehr. Die Steuerbegünstigung nach § 6a GrEStG ist zu gewähren, weil die Frist nach der Verschmelzung gerade wegen der Verschmelzung nicht eingehalten werden kann. Dasselbe gilt für die anderen von § 6a Satz 1 GrEStG erfassten Umwandlungsvorgänge, bei denen aus Rechtsgründen die Fristen nicht eingehalten werden können.“

Nach nationalem Recht gelangt der BFH daher zur Auffassung, dass eigentlich der Klage der Klägerin stattzugeben gewesen wäre. Der BFH entscheidet sich damit in vielfacher Hinsicht gegen die Ansicht der koordinierten Ländererlasse¹³ und führt den Anwendungsbereich des § 6a GrEStG so einer sinnvollen Auslegung zu. Auf die Entstehung oder Beendigung einer Konzernstruktur kommt es danach nicht mehr an.¹⁴ Auch die Ausgliederung eines einzelkaufmännischen

9 So ausdrücklich zur Durchbrechung der Rechtskraft eines rechtskräftig entschiedenen Rechtsstreits vor einem Gericht EuGH, C-505/14, ECLI: EU: C:2015:742 = EuZW 2016, 57 mit Anm. Weiß; siehe auch *Martin-Ehlers*, EuZW 2014, 247, 252; *Schnitger*, IStR 2017, 421; EuGH, Urteil vom 20.9.1990, C-5/89 (Kommission Deutschland), Slg. 1990, I-3427 ff.; EuGH, Urteil vom 20.3.1997, C-24/95 (Rheinland-Pfalz/Alcan), Slg. 1997, I-1607 = NJW 1998, 47 Rdnr. 24; BFH, Beschluss vom 30.1.2009, VII B 180/08, BFH/NV 2009, 857, und BFH, Beschluss vom 30.1.2009, VII B 181/08.

10 BFH, Beschluss vom 30.5.2017, II R 62/14, BB 2017, 1633 m. Anm. Bron = DStR 2017, 1324 m. Anm. Schmid = DB 2017, 1368 = GmbHR 2017, 830. Siehe dazu auch *Wischott/Graessner*, NWB 2017, 2184; *Zapf/Schwedhelm*, DStR 2016, 1906 und DStR 2016, 1967; *M. Schmid*, DStR 2017, 1324.

11 Dies ist ein Dauerstreit mit der Finanzverwaltung, siehe den gleichlautenden Ländererlass vom 19.6.2012, BStBl. II 2012, S. 662 Rdnr. 2.1 a. E.; a. A. FG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 1.10.2015, 15 K 3015/15, Revision anhängig unter II R 53/15.

12 FG Nürnberg, Urteil vom 16.10.2014, 4 K 1059/13, EFG 2015, 424; siehe dazu BFH, Urteil vom 25.11.2015, II R 62/14, BStBl. II 2016, S. 167 = DStR 2016, 125.

13 Gleichlautender Ländererlass vom 19.6.2012, BStBl. II 2012, S. 662 Rdnr. 2.2 zum Begriff des herrschenden Unternehmens und Rdnr. 2.1 zum Fortbestand des Verbundes von herrschendem und abhängigem Unternehmen.

14 Anders noch gleichlautender Ländererlass vom 19.6.2012, BStBl. II 2012, S. 662 Rdnr. 2.1.

BFH²⁶ bereits in der Vergangenheit genauso entschieden, so dass die Entscheidung insoweit nicht überraschend ist.

Soweit hingegen ein Fall des § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG verwirklicht wird, also in einer Hand vereinigte Anteile von mindestens 95 % eingebracht werden, kommt § 5 GrEStG zur Anwendung.²⁷

3. Erwerb eines Grundstücks zum Bau einer Windkraftanlage (BFH, Urteil vom 10.5.2017, II R 16/14)

In der BFH-Entscheidung vom 10.5.2017 geht es nicht um die Steuerbarkeit eines Verkaufsvorgangs als solchem, sondern um die maßgebliche Bemessungsgrundlage und damit allein um die Höhe der Grunderwerbsteuer.

Sachverhalt: Ein Verkäufer verkaufte ein Grundstück an den Käufer, der darauf bestimmungsgemäß eine Windkraftanlage errichten wollte. Damit die Windkraftanlage errichtet werden konnte, bestellte der Verkäufer auf anderen, ihm verbleibenden Grundstücken Baulasten und Dienstbarkeiten, für die der Käufer weitere Zahlungen zu leisten hatte. Der Käufer streitet nunmehr mit dem FA darüber, ob in die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer auch eine Entschädigung einzubeziehen ist, die der Käufer an den Verkäufer für An- und Durchschneidungen und ggf. notwendige Baulasten und Dienstbarkeiten auf anderen Grundstücken des Verkäufers zahlt.

Die grundsätzliche Steuerpflicht war vorliegend nicht weiter zweifelhaft, da mit dem Abschluss des Grundstückskaufvertrages der Steuertatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG verwirklicht wurde. Nach § 8 Abs. 1 GrEStG richtet sich die Bemessungsgrundlage grundsätzlich nach der Gegenleistung. Was zur Gegenleistung zählt, ist in § 9 GrEStG normiert. Als „Gegenleistung“ bei einem Kauf gelten demnach auch die vom Käufer übernommenen sonstigen Leistungen, § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG.²⁸ Sonstige Leistungen sind alle Verpflichtungen des Käufers, die zwar nicht unmittelbar Kaufpreis für das Grundstück im bürgerlichrechtlichen Sinne, aber gleichwohl Entgelt für den Erwerb des Grundstücks sind.²⁹ Der Erwerb des Grundstücks und die Gegenleistung müssen kausal verknüpft sein, damit die Gegenleistung in die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer einbezogen wird.³⁰

Der BFH hat es abgelehnt, die Leistungen für die Dienstbarkeiten in die Grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage einzubeziehen. Bei dem Erwerb eines Grundstücks zur Errichtung einer Windkraftanlage gehört eine Entschädigungszahlung, die der Käufer an den Verkäufer für An- und Durchschneidungen und ggf. notwendige Baulasten und Dienstbar-

keiten auf anderen Grundstücken des Verkäufers zahlt, nicht zur Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer.³¹ Leistungen des Erwerbers, die nicht den der Grunderwerbsteuer unterliegenden Rechtsvorgang betreffen, insbesondere also für eine andere Leistung aufgewendet werden, als für die Verpflichtung, Besitz und Eigentum an dem Grundstück zu verschaffen, scheiden entsprechend der bisherigen BFH-Rechtsprechung, die der BFH erneut bestätigt, aus der Gegenleistung im Sinne des § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG aus.

Gestaltungshinweis: Die Nutzung dieser Rechtsprechung erfordert eine entsprechende Vertragsgestaltung. Nur wenn die Beträge der Gegenleistung aufgegliedert werden, kann eine entsprechende Grunderwerbsteuerfreiheit erreicht werden. Wird hingegen ein einheitlicher Kaufvertrag mit einer einheitlichen Gegenleistung vereinbart, bei dem der Verkäufer zusätzlich die Einräumung von Dienstbarkeiten und Baulasten schuldet, um den verkauften Grundbesitz in einen vertragskonformen Zustand zu versetzen, so wäre die Grunderwerbsteuerfreiheit (wohl) nicht zu erreichen. Maßgeblich für die konkrete Entscheidung war vielmehr, dass ein Teil der Gegenleistung gerade nicht für das Grundstück, sondern für die Einräumung der Rechte geschuldet war.

Diese Gestaltung hat auch *einkommensteuerliche* Auswirkungen. Die Vereinbarung eines Entgelts für die Einräumung eines Nutzungsrechts oder einer Dienstbarkeit kann entweder Einkommensteuer nach § 21 EStG auslösen oder ggfs. sonstige Einkünfte nach § 22 EStG. Diese Frage ist derzeit zur Klärung beim BFH³² anhängig. Der BFH³³ hat dazu gerade das BMF aufgefordert, dem Verfahren beizutreten, um zu der Frage Stellung zu nehmen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine einmalige Entschädigung, die für die Überspannung eines zum Privatvermögen gehörenden Grundstücks mit einer Hochspannungsleitung gezahlt wird, zu den nach dem EStG steuerbaren Einkünften zählt.

4. Grunderwerbsteuer bei Grundstücksschenkung unter Nießbrauchsvorbehalt (BFH, Beschluss vom 9.2.2017, II B 38/15)

Grundsätzlich sind unentgeltliche freigebige Zuwendungen bei der Grunderwerbsteuer nach § 3 Nr. 2 GrEStG befreit, weil diese Zuwendungen der Schenkungsteuer unterliegen.³⁴ Wird jedoch bei einer Grundstücksschenkung ein Nießbrauch zugunsten des Schenkers eingeräumt und ist der Nießbrauch bei der Schenkungsteuer abziehbar,³⁵ unterliegt die Grundstücksschenkung hinsichtlich des Wertes des Nießbrauchs der Grunderwerbsteuer. Diese BFH-Entscheidung hat jedoch nur Relevanz, wenn die Überlassung nicht an eine Person erfolgt, die mit dem Schenker in gerader Linie verwandt ist (§ 3 Nr. 6 GrEStG). Der Wert des Nießbrauchs ist nach den für die

26 BFH, Urteil vom 2.4.2008, II R 53/06, BStBl. II 2009, S. 544; zust. Hofmann, GrEStG, § 5 Rdnr. 39.

27 Hofmann, GrEStG, § 5 Rdnr. 39.

28 Siehe Boruttau/Loose, GrEStG, § 9 Rdnr. 206, 241 ff.

29 Z. B. vorbehaltene Nutzungen, bestimmte übernommene Lasten, auch rückständige öffentliche Lasten und die Bestellung neuer dinglicher Belastungen zugunsten des Verkäufers, siehe in Boruttau/Loose, GrEStG, § 9 Rdnr. 243.

30 BFH, Urteil vom 10.5.2017, II R 16/14, BStBl. II 2017, S. 964 Rdnr. 11.

31 BFH, Urteil vom 10.5.2017, II R 16/14, BStBl. II 2017, S. 964.

32 BFH, Beschluss vom 11.4.2017, IX R 31/16, BB 2017, 1301.

33 BFH, Beschluss vom 11.4.2017, IX R 31/16, BB 2017, 1301.

34 Siehe Pahlke, GrEStG, § 3 Rdnr. 31 ff.; Hofmann, GrEStG, § 3 Rdnr. 7 ff.; Holler/Schmitt, ErbR 2016, 192 ff.; Behrens, BB 2015, 2525 ff.

35 Dies ist seit der Abschaffung des § 25 ErbStG mit Wirkung ab dem 1.1.2009 heute stets der Fall.

Grunderwerbsteuer geltenden Vorschriften zu ermitteln. Eine identische Bewertung für Schenkungsteuer und Grunderwerbsteuer ist nicht zwingend vorgegeben. Daher ist der volle Wert des Nießbrauchs gemäß § 16 i. V. m. § 17 Abs. 3 Satz 2 BewG Grunderwerbsteuerpflichtig, auch wenn nach § 16 BewG der schenkungsteuerliche Wert des Nießbrauchs begrenzt wird auf den 18,6-ten Teil des Steuerwertes. Schenkungsteuer und Grunderwerbsteuer folgen insoweit unterschiedlichen Grundsätzen. Dies hat der BFH erneut – wie auch bereits in vergangenen Fällen – so entschieden.³⁶ Auch die Gewährung von Freibeträgen oder die Anwendung des § 13d ErbStG ändern hieran nichts.

5. Problem der Tatbestandsverwirklichung (FG Münster, Urteil vom 7.6.2017, 8 K 2338/14 GrE, StED 2017, 502)

Der Fall dreht sich um die Fragen mittelbarer Grundstücksschenkung bzw. Geldschenkung im Grunderwerbsteuerrecht.

Sachverhalt (vereinfacht und verändert):³⁷ Ein Schenker wandte einer nahestehenden Person ein Grundstück zu und verpflichtete dabei den Erwerber, den Grundbesitz zu bereits festgelegten Konditionen an einen Dritten weiterzuveräußern. In § 3 des notariellen Vertrages verpflichtete der Zwischenerwerber „sich umgehend nach der Eigentumsumschreibung zum Verkauf der übertragenen Grundstücke an XY zum Kaufpreis in Höhe von (...) Euro (Festpreis) mit dem Zweck, den so erzielten Kaufpreis dauerhaft ertragsbringend anzulegen.“ Das FA setzte für den unentgeltlichen Erwerb GrESt fest.

Die Zwischenbeschenkte (Klägerin) vertritt die Auffassung, dass es sich bei dem Übereignungsvertrag um eine Grundstücksschenkung unter Lebenden handele, die gemäß § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG Grunderwerbsteuerfrei sei.

Dem ist das FG Münster mit folgendem Argument entgegengetreten: Verpflichtet sich der Steuerpflichtige im Zusammenhang mit einem unentgeltlichen Grundstückserwerb, den erworbenen Grundbesitz umgehend zu einem festen Kaufpreis an einen Dritten zu verkaufen, ist keine nach § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG steuerfreie Grundstücksschenkung, sondern eine mittelbare Geldschenkung gegeben.³⁸

Der BFH geht in ständiger Rechtsprechung von der Möglichkeit einer mittelbaren (Grundstücks-)Schenkung aus.³⁹ Dementsprechend bestimmt sich der steuerpflichtige Erwerb gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG nach der Bereicherung des Erwerbers und knüpft die Wertermittlung (§ 11 ErbStG) über § 9 Abs. 1 Nr. 2, § 12 Abs. 1 bis 6 ErbStG an den Gegenstand

an, über den der Beschenkte endgültig verfügen kann. Danach kann in der Hingabe von Vermögensgegenständen mittelbar die Schenkung eines anderen Vermögensgegenstandes gesehen werden. Der Gegenstand einer mittelbaren Schenkung kann auch der Erlös aus der Veräußerung eines zugewandten Gegenstandes sein. Wird ein Vermögensgegenstand unentgeltlich übertragen, jedoch mit der Auflage, dass der Erwerber diesen Gegenstand zeitnah veräußert, ist Gegenstand der Zuwendung folglich nicht der zugewandte Sachwert, sondern der aus seiner Veräußerung erzielte Erlös.⁴⁰

Derartige Probleme würden sich bei einer Schenkung an ein Kind oder einen Ehegatten wegen § 3 Nr. 4, Nr. 6 GrEStG nicht stellen, wohl aber bei einer Zuwendung an eine Stiftung oder an Neffe bzw. Nichte.

Beispiel: Ein Onkel wendet seiner Nichte unentgeltlich ein Grundstück mit der festen Abrede zu, dass diese das Grundstück zu einem vorgegebenen Preis unverzüglich an einen Dritten zu veräußern habe.

Zivilrechtlich hat die Nichte das Grundstück zwischenzeitlich erworben. Dieser Vorgang ist grundsätzlich Grunderwerbsteuerpflichtig. § 3 Nr. 2 ErbStG käme jedoch nicht zur Anwendung, da schenkungsteuerrechtlich nicht das Grundstück geschenkt wäre, sondern das Geld aus dem Weiterverkauf. Denn erst darüber hätte die Nichte frei verfügen können. Es würde also zu einer unerwarteten *Doppelbesteuerung* mit GrESt kommen.

Gestaltungshinweis: Die Doppelbelastung mit Grunderwerbsteuer wäre leicht zu vermeiden gewesen. Wäre der Zwischenbeschenkte frei in seiner Entscheidung gewesen, über das Grundstück für eigene Rechnung zu verfügen oder dieses zu behalten, so wäre die Zuwendung als freigebige Grundstückszuwendung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG in Verbindung mit § 3 Nr. 2 GrEStG bei der Grunderwerbsteuer steuerbefreit gewesen.

6. Rückgängigmachung eines Erwerbsvorgangs nach § 16 GrEStG (FG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16.6.2016, 12 K 4041/12, DStRE 2017, 940)

Das Grunderwerbsteuerrecht ermöglicht es nach § 16 GrEStG, eine bereits ausgelöste Steuer mit Rückwirkung wieder zu beiseitigen, wenn der Erwerbsvorgang in den Grenzen des § 16 GrEStG wieder rückgängig gemacht wird. Dies erfordert jedoch eine endgültige Rückgängigmachung. Erfolgt die Verwertung des Grundstücks für Rechnung oder im Interesse des Ersterwerbers, so handelt es sich tatsächlich nur um eine scheinbare Rückgängigmachung.

Ein Verkäufer verkaufte ein Grundstück an eine Klägerin zum Kaufpreis von 2,2 Mio. €. Ca. einen Monat später hoben die Beteiligten den Grundstückskaufvertrag wieder auf. In derselben Urkunde wurde zwischen der Veräußererseite und einer anderen GmbH ein gleichlautender Grundstückskaufvertrag geschlossen. Alle am Vertrag Beteiligten wurden vollmachtlos vertreten und später alles nachgenehmigt. Das FA erkannte in

36 BFH, Urteil vom 12.7.2016, II R 57/14, BStBl. II 2016, S. 897; siehe auch BFH, Urteil vom 20.11.2013, II R 38/12, BStBl. II 2014, S. 479.

37 Der vom FG zu entscheidende Sachverhalt ist so speziell, dass er vorliegend vereinfacht und auf einen gebräuchlicheren Sachverhalt abgeändert wurde, um das eigentliche Thema besser hervorzuheben.

38 FG Münster, Urteil vom 7.6.2017, 8 K 2338/14 GrE – Revision zugelassen.

39 BFH, Urteil vom 8.3.2017, II R 2/15, BStBl. II 2017, S. 751 = DStR 2017, 1161; BFH, Urteil vom 4.10.2016, IX R 26/15, BStBl. II 2017, S. 343 = DStR 2017, 445.

40 Siehe BFH, Urteil vom 28.3.2012, II R 39/10, BStBl. II 2012, S. 712.

der Rückgängigmachung keine Grunderwerbsteuerrechtlich wirksame Vertragsaufhebung, sondern eine Vertragsübernahme durch die neue GmbH.

Sowohl die Klägerin als auch die neue GmbH zahlten denselben Kaufpreis zu denselben Konditionen, verfügten über identische Geschäftsführer und seien offensichtlich miteinander verbunden. Klägerin und neue GmbH hatten aber unterschiedliche Muttergesellschaften, die von teilweise verschiedenen Investoren gegründet worden waren. Das FG Berlin-Brandenburg verneint eine Rückgängigmachung im Sinne des § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG. Ein Erwerbsvorgang ist rückgängig gemacht, wenn die Vertragspartner sich über die zivilrechtliche Aufhebung des den Steuertatbestands erfüllenden Rechtsgeschäfts hinaus derart aus ihren vertraglichen Bindungen entlassen haben, dass die Möglichkeit zur Verfügung über das Grundstück nicht beim Erwerber verbleibt, sondern der Veräußerer seine ursprüngliche Rechtsstellung wiedererlangt. Wird mit der Aufhebung eines Kaufvertrags über ein Grundstück dieses weiterveräußert, ist für die Anwendung des § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG entscheidend, ob für den früheren Erwerber trotz der Vertragsaufhebung die Möglichkeit der Verwertung einer aus dem rückgängig gemachten Erwerbsvorgang herzuleitenden Rechtsposition verblieben und der Verkäufer demzufolge nicht aus seinen Bindungen entlassen war.⁴¹ Soweit beide Verträge in einem Vertrag zusammengefasst werden, verbleibt dem Erwerber die Möglichkeit der Verwertung. Der Erwerber hat die rechtliche Möglichkeit, die Aufhebung des ursprünglichen Kaufvertrags zum anschließenden Erwerb des Grundstücks durch eine von ihm ausgewählte dritte Person zu nutzen.

Nach Auffassung des FG reicht es insoweit auch aus, wenn die Aufhebung und der Neuabschluss im Interesse des Organs, etwa des Geschäftsführers der beteiligten Gesellschaften erfolgen. Auch dann handele es sich nicht um ein Handeln im ausschließlichen Interesse eines Dritten, sondern im eigenen wirtschaftlichen Interesse. Die Besonderheit des Falles lag vorliegend darin, dass die Gesellschaften jeweils nicht miteinander verflochten waren, außer durch den identischen Geschäftsführer. Auch dies genügt nach Überzeugung des FG, um von einer Verwertung im eigenen Interesse des ursprünglichen Erwerbers auszugehen.

Ergänzend zu der bezeichneten Entscheidung ist auf folgende weitere allgemeine Grundsätze hinzuweisen:

Eine Rückgängigmachung kann bei allen gesellschaftsrechtlichen Vorgängen nur dann erfolgen, wenn die Anzeige rechtzeitig und in allen Teilen vollständig erfolgt ist, § 16 Abs. 5 GrEStG. Diese Einschränkung des § 16 Abs. 5 GrEStG gilt allerdings nicht bei regulären Kaufverträgen oder sonstigen schuldrechtlichen Verträgen im Sinne des § 1 Abs. 1 GrEStG. Insoweit ist bei gesellschaftsrechtlichen Vorgängen im Sinne des § 1 Abs. 2 a, 3 und 3a GrEStG besondere Aufmerksamkeit der Anzeige beim FA zu widmen. Ggf. sollten die Mandanten ausnahmsweise selbst angehalten werden, ebenfalls selbst die Anzeige beim FA zu machen. Insbesondere sollte dort bei gesellschaftsrechtlichen Vorgängen beispielsweise

auch die Beteiligungsübersicht mit eingereicht werden. Hierzu ist der Notar wohl nicht verpflichtet.

Ferner muss bei den gesellschaftsrechtlichen Grunderwerbsteuertatbeständen, die auf eine Übertragung oder Vereinigung von 95 % der Gesellschafts- oder Geschäftsanteile abzielen, nicht der gesamte letzte Erwerbsvorgang rückabgewickelt werden, sondern nur in dem Umfang, dass die 25 %-ige Übertragung oder Vereinigung nicht mehr eintreten.

Bei einer solchen Rückgängigmachung muss die Gegenleistung nicht automatisch und nicht zwingend rückabgewickelt werden.

IV. Aktuelle Anweisungen der Finanzverwaltung

1. Gleichlautender Ländererlass zum einheitlichen Vertragswerk vom 14.3.2017, BStBl. I 2017, S. 436

a) Kernaussagen des Erlasses

Maßgeblich ist für das Grunderwerbsteuerrecht der Vertragsgegenstand, wie er nach den vertraglichen Bestimmungen geschuldet ist. Ist das Grundstück bereits vollständig bebaut, so kann es nur in dem Zustand verkauft werden, in dem es sich schon tatsächlich befindet. Die Grundsätze des einheitlichen Vertragswerkes sind nur dann anwendbar, wenn noch Bauleistungen durch den Verkäufer oder durch eine mit diesem verbundene oder sonst abgestimmt agierende dritte Person zu erbringen sind. Grunderwerbsteuerrechtlich ist maßgebend, in welchem tatsächlichen Zustand das Grundstück nach dem Willen der Vertragsparteien erworben werden soll (Gegenstand des Erwerbsvorgangs).⁴²

Ob das Grundstück als unbebaut, also ohne weitere Bauleistungen, verkauft wird oder ob es in bebautem Zustand geschuldet ist, richtet sich entweder nach den vertraglichen Vereinbarungen (rechtlicher Zusammenhang) oder nach einem objektiven, tatsächlichen Verlauf der Ereignisse (objektiver enger sachlicher Zusammenhang). Wesentliches Indiz für einen objektiven Zusammenhang zwischen Grundstückskauf und Bauverpflichtung ist vor allem der zeitliche Zusammenhang zwischen Kauf- und Werkvertrag. Wurde der Werkvertrag bereits vor Abschluss des Grundstückskaufvertrages vereinbart, so spricht dies für das Vorliegen eines einheitlichen Vertragswerkes.⁴³ Jedoch auch wenn der Werkvertrag zeitlich dem Grundstückskauf nachfolgt, kann ein einheitlicher Vertragsgegenstand vorliegen, wenn nach allen objektivierten Umständen, ggf. auch nur faktisch, der Käufer verpflichtet war, neben dem Kaufvertrag auch den Werkvertrag abzuschließen. Dies kann in Ausnahmefällen sogar auch dann noch gelten, wenn 19 Monate zwischen beiden Verträgen liegen.⁴⁴

⁴² Gleichlautender Ländererlass zum einheitlichen Vertragswerk vom 14.3.2017, BStBl. I 2017, S. 436 Rdnr. 1.

⁴³ Gleichlautender Ländererlass zum einheitlichen Vertragswerk vom 14.3.2017, BStBl. I 2017, S. 436 Rdnr. 3.4.1.

⁴⁴ Gleichlautender Ländererlass zum einheitlichen Vertragswerk vom 14.3.2017, BStBl. I 2017, S. 436 Rdnr. 3.4.1.; BFH, Urteil vom 28.3.2012, II R 57/10, BStBl. II 2012, S. 920.

⁴¹ Siehe auch BFH, Urteil vom 5.9.2013, II R 16/12, BStBl. II 2014, S. 42.

Die nachfolgende Übersicht aus dem Erlass⁴⁵ fasst die möglichen Fälle der Verknüpfung von Kaufvertrag und Werkvertrag zusammen. In der notariellen Praxis kommen eigentlich nur die Fälle aus der linken Spalte der Tabelle vor. Denn in den Fällen eines rein faktischen, objektiven Zusammenhangs ist die Verknüpfung beider Verträge dem Notar regelmäßig verschwiegen worden, da der Notar anderenfalls nach § 311b BGB auf gemeinschaftlicher Beurkundung beider Verträge bestanden hätte.

| Rechtlicher Zusammenhang | Objektiv enger sachlicher Zusammenhang |
|--|---|
| (= zivilrechtliche Verknüpfung der Verträge) | (= tatsächliche Verknüpfung der Verträge) |
| Pflicht zur Grundstücksüber- eignung und Gebäudeerrich- tung aufgrund eines Vertrags oder | einheitliches Vertragsangebot und |
| ausdrückliche Bestandsver- knüpfung mehrerer Verträge oder | Bindung des Erwerbers an das „Ob“ und „Wie“ der Bebauung im Zeitpunkt des Abschlusses des Grundstückskaufvertrages |
| Vereinbarungen sind derart voneinander abhängig, dass sie miteinander „stehen und fallen“ | |

Indizien für einen einheitlichen Vertragsgegenstand sind beispielsweise⁴⁶

- die Verknüpfung im Vertragstext,
- die Zusammenfassung der Vereinbarungen in einer Urkunde oder
- die Vereinbarung eines Gesamtpreises.

Liegen zwei oder mehrere Verträge vor, sind sie als Einheit zu werten, wenn sie ausdrücklich voneinander abhängig sind. Dies gilt auch ohne ausdrückliche Bestandsverknüpfung, wenn sie nach dem Willen der Parteien derart voneinander abhängig sind, dass sie miteinander „stehen und fallen“ sollen. Dabei reicht es aus, wenn nur eine der Vertragsparteien einen solchen Einheitswillen erkennen lässt und die andere Partei ihn anerkennt oder zumindest hinnimmt.⁴⁷ Ob die Vereinbarungen miteinander „stehen und fallen“, ist unter Berücksichtigung der Interessenlage der Vertragsparteien, ihrem Verhalten vor und bei Vertragsabschluss und dem tatsächlichen Geschehensablauf zu ermitteln.⁴⁸

Der Vertragsverknüpfung steht nicht entgegen,⁴⁹ dass

- die Vereinbarungen in unterschiedlichen Urkunden niedergelegt werden oder
- der Verkäufer und das mit der Erbringung der Bauleistungen beauftragte Unternehmen nicht identisch sind, wenn auf der Veräußererseite mehrere Personen beteiligt sind.

45 Gleichlautender Ländererlass zum einheitlichen Vertragswerk vom 14.3.2017, BStBl. I 2017, S. 436 Rdnr. 3.4.

46 Gleichlautender Ländererlass zum einheitlichen Vertragswerk vom 14.3.2017, BStBl. I 2017, S. 436 Rdnr. 3.3.

47 BGH, Urteil vom 24.11.1983, VII ZR 34/83, NJW 1984, 869.

48 BFH, Urteil vom 21.9.2005, II R 49/04, BStBl. II 2006, S. 269.

49 Gleichlautender Ländererlass zum einheitlichen Vertragswerk vom 14.3.2017, BStBl. I 2017, S. 436 Rdnr. 3.3.

Die rechtliche Einheit mehrerer Verträge hat zur Folge, dass alle Verträge beurkundungspflichtig sind.⁵⁰ Eine Formunwirksamkeit steht der Erhebung der vollständigen Grunderwerbsteuer nicht entgegen (§ 41 Abs. 1 AO i. V. m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG).⁵¹

Die Problematik hat auch umsatzsteuerliche Folgewirkungen. Ist Gegenstand des Erwerbsvorgangs ein (zukünftig) bebautes Grundstück, gehören zur Gegenleistung als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer alle Leistungen des Erwerbers, die dieser an den Grundstücksveräußerer und an Dritte gewährt, um das Grundstück im (zukünftig) bebauten Zustand zu erwerben.⁵² Handelt auf der Erwerberseite nur eine Person, so ist die Umsatzsteuer wegen § 4 Nr. 9 Buchst. a UStG⁵³ bzw. § 9 UStG in Verbindung mit § 13b Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 5 Satz 1 UStG⁵⁴ nicht Bestandteil der Bemessungsgrundlage, wohl aber wenn auf der Veräußererseite zwei oder mehr Personen handeln.⁵⁵ Denn die Grundsätze des einheitlichen Vertragswerkes gelten nur für das Grunderwerbsteuerrecht, aber nicht für das Umsatzsteuerrecht. Dies ist sowohl verfassungsrechtlich als auch europarechtlich nicht zu beanstanden.⁵⁶

Bei Vorliegen eines einheitlichen Vertragswerkes erstreckt sich die Anzeigepflicht der Notare nach § 18 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GrEStG sowohl auf den Grundstückskaufvertrag als auch auf Verträge, die zivilrechtlich mit diesem eine Einheit bilden. Dies gilt unabhängig davon, ob sie in derselben oder einer anderen Niederschrift beurkundet worden oder ob die Verträge mit dem Grundstückskaufvertrag im Wege einer Verknüpfungsabrede rechtlich verbunden sind (zum Beispiel Treuhandvertrag, Baubetreuungsvertrag, Generalunternehmervertrag oder Bauvertrag).⁵⁷

Hinweis: Der unbefangene Leser müsste annehmen, dass die Grundsätze des einheitlichen Vertragswerkes auch für den Fall gelten, dass ein Verkäufer sich verpflichtet, ein Grundstück zu verkaufen und gleichzeitig im gleichen Vertrag die Pflicht übernimmt, die Erschließungsanlagen für das Grundstück herzustellen; dem ist jedoch nicht so, sodass bei separaten Verträgen in einer Urkunde keine Grunderwerbsteuer auf die Gegen-

50 So zu Recht auch die Finanzverwaltung ebendort Rdnr. 3.3.

51 Gleichlautender Ländererlass zum einheitlichen Vertragswerk vom 14.3.2017, BStBl. I 2017, S. 436 Rdnr. 3.3.; BFH, Urteil vom 19.1.1994, II R 52/90, BStBl. II 1994, S. 409.

52 Gleichlautender Ländererlass zum einheitlichen Vertragswerk vom 14.3.2017, BStBl. I 2017, S. 436 Rdnr. 5.1.; BFH, Urteil vom 24.1.1990, II R 94/87, BStBl. II 1990, S. 590.

53 Der Vorgang ist dann nämlich vollständig umsatzsteuerbefreit.

54 Macht der Verkäufer von der Möglichkeit der Option zur Umsatzsteuer nach § 9 UStG Gebrauch, so ist der Erwerber selbst Umsatzsteuerschuldner und hat die Umsatzsteuer daher nicht gegenüber dem Verkäufer zu erbringen.

55 Gleichlautender Ländererlass zum einheitlichen Vertragswerk vom 14.3.2017, BStBl. I 2017, S. 436 Rdnr. 5.2.1. und Rdnr. 5.2.2.

56 BVerfG, Beschluss vom 27.12.1991, 2 BvR 72/90, BStBl. II 992, S. 212; EuGH, Urteil vom 27.11.2008, C-156/08, HFR 2009, 419; EuGH, Urteil vom 20.3.2014, C-139/12, HFR 2014, 465.

57 Gleichlautender Ländererlass zum einheitlichen Vertragswerk vom 14.3.2017, BStBl. I 2017, S. 436 Rdnr. 6.

leistung für die Erschließungsanlagen erhoben wird.⁵⁸ Gleiches gilt⁵⁹ in den Fällen des Erwerbs eines noch zu erschließenden Grundstücks von der Gemeinde oder der Erstattung der Erschließungskostenvorauszahlungen, sofern das Grundstück im Zeitpunkt des Verkaufs noch nicht vollständig erschlossen ist.

- b) Aktuelle BFH-Rechtsprechung zum einheitlichen Vertragswerk
- aa) Einheitlicher Erwerbsgegenstand im Grunderwerbsteuerrecht (BFH, Urteil vom 6.7.2016, II R 5/15, BB 2016, 2531)

Die Verpflichtung eines Erwerbers, ein im Zeitpunkt des Erwerbs noch unbebautes Grundstück alsbald nach den gestalterischen Vorgaben der Veräußererseite zu bebauen, reicht nach Ansicht des BFH allein noch nicht aus, um anzunehmen, dass der Erwerber das Grundstück in bebautem Zustand erwirbt. Hinzukommen muss nach Ansicht des BFH, dass das vom Erwerber mit der Bebauung beauftragte Bauunternehmen in diesem Zeitpunkt zur Veräußererseite gehörte.

Entsprechende Probleme können sich regelmäßig stellen, wenn staatliche Hoheitsträger eine bestimmte Art der Bebauung vorgeben, die Person des Bebauenden jedoch nicht vorgeben bzw. hieran zumindest kein wirtschaftliches oder rechtliches Interesse haben.

- bb) Einheitlicher Erwerbsgegenstand im Grunderwerbsteuerrecht (BFH, Urteil vom 25.1.2017, II R 19/15)

Ist der Erwerber eines Grundstücks beim Abschluss des Grundstückskaufvertrags hinsichtlich des ob und wie der Bebauung gebunden, wird das erworbene Grundstück erst dann im bebauten Zustand Gegenstand des Erwerbsvorgangs, wenn der Bauerrichtungsvertrag geschlossen wird. Der spätere Abschluss des Bauerrichtungsvertrags ist daher ein nachträgliches Ereignis, welches die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer auf den Zeitpunkt des Grundstückserwerbs dahin gehend verändert, dass zu den Kosten des Grundstückserwerbs nunmehr die Baukosten hinzutreten. Dies unterfällt § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO und durchbricht eine bereits vorhandene Bestandskraft.

In dem vom BFH zu entscheidenden Fall hatte eine Stadt Reihenhausgrundstücke ohne Bebauungsverpflichtung an mehrere Käufer verkauft. Die Planung war über einen Architekten erfolgt, der wiederum eine X-GmbH einschaltete, nach deren Vorgaben die Reihenhausgrundstücke zu bebauen waren. Zunächst setzte das FA nur die Grunderwerbsteuer aus dem Grundstückskaufvertrag fest, da ein Bauverpflichtungsvertrag nicht beurkundet wurde, wohl aber die Verpflichtung, die Grundstücke entsprechend der Planung des Architekten A auszuführen.

58 Siehe den umfassenden Erlass der Finanzbehörden der Länder zur Behandlung von Erschließungs- und Folgekostenbeiträgen vom 16.9.2015, BStBl. I 2015, S. 823.

59 Siehe den umfassenden Erlass der Finanzbehörden der Länder zur Behandlung von Erschließungs- und Folgekostenbeiträgen vom 16.9.2015, BStBl. I 2015, S. 823.

Einige Zeit später wurden die Werkverträge mit der X-GmbH abgeschlossen. Als das FA davon Kenntnis erlangte, änderte es die Bescheide auf der Grundlage des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO als rückwirkendes Ereignis und zog die vereinbarten Baukosten in die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer ein. Die Grunderwerbsteuerbescheide waren bis dahin allerdings bestandskräftig geworden. Der BFH ließ gleichwohl die grunderwerbsteuerliche Berücksichtigung der später abgeschlossenen Werkverträge bei der Grunderwerbsteuer zu, da die Käufer jeweils gebunden gewesen seien.

- cc) Kein einheitlicher Erwerbsgegenstand bei wesentlicher Änderung des ursprünglich angebotenen Generalübernehmervertrags nach Abschluss des Grundstückskaufvertrags (BFH, Urteil vom 8.3.2017, II R 38/14)

Grundsätzlich hält der BFH auch weiterhin an den Grundsätzen des einheitlichen Vertragswerkes fest. Sofern jedoch nach Abschluss des Grundstückskaufvertrags der ursprünglich angebotene Bauwerkvertrag wesentlich verändert wurde, so ist dies ein Indiz für eine wesentliche Abweichung vom ursprünglichen Angebot mit der Konsequenz, dass die Grundsätze des einheitlichen Erwerbsgegenstands keine Anwendung finden, wenn sich durch die Veränderung die Flächengrößen und/oder die Baukosten um mehr als 10 % verändern. Die Errichtung eines zusätzlichen Gebäudes kann ebenfalls als Indiz für eine wesentliche Abweichung vom ursprünglichen Angebot zu werten sein. Ist das zusätzliche Bauwerk derart prägend oder maßgebend für das gesamte Bauvorhaben, dass sich dadurch der Charakter der Baumaßnahme ändert, kann allein aufgrund des zusätzlichen Bauwerks eine wesentliche Änderung des ursprünglichen Angebots vorliegen, selbst wenn durch das zusätzliche Gebäude die 10 %-Grenze für Flächen oder Baukosten nicht überschritten wird.

Sofern eine entsprechende wesentliche Änderung gegenüber den ursprünglichen Planungen eingetreten ist, sind die Grundsätze des einheitlichen Erwerbsgegenstandes insgesamt zu verneinen und zwar unabhängig davon, ob daneben die weiteren im ursprünglichen Angebot bereits enthaltenen Gebäude im Wesentlichen wie geplant errichtet werden.

2. Erlass des FM Saarland vom 10.7.2017, ZEV 2017, 544 = DStR 2017, 1998

Der Erlass des Finanzministeriums Saarland ist mit den Vertretern der obersten Finanzbehörden der Länder abgestimmt und setzt sich mit der Frage auseinander, ob die Übertragung eines Grundstücks im Rahmen einer Erbauseinandersetzung unter mehreren Geschwistern als Miterben auf den Abkömmling nur eines Miterben nach § 3 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit ist.

§ 3 Nr. 3 Satz 1 GrEStG nimmt den Erwerb eines zum Nachlass gehörigen Grundstücks durch Miterben zur Teilung des Nachlasses von der Besteuerung aus. Im Wege der Auslegung und einer Zusammenschau der Befreiungsvorschriften (Interpolation⁶⁰) des § 3 GrEStG gilt die Steuerbefreiung auch

60 Siehe dazu *Pahlke*, GrEStG, vor § 3 Rdnr. 10; *Gottwald/Behrens*, Grunderwerbsteuer, Rdnr. 417 ff.

dann, wenn das Grundstück nicht auf einen Miterben, sondern auf dessen Abkömmling übertragen wird.

Dieser Ansicht der Finanzverwaltung ist zuzustimmen. Die Grundstücksübertragung von der Erbengemeinschaft auf den Abkömmling eines Miterben stellt auch nach Ansicht der Finanzverwaltung in dem aktuellen Erlass einen abgekürzten Übertragungsweg dar – nämlich erst von der Erbengemeinschaft auf den Miterben und von diesem auf das Kind. Die Zwischenerwerbe wären nach § 3 Nr. 3 Satz 1 GrEStG (Übertragung von der Erbengemeinschaft auf den Miterben) und nach § 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG (unentgeltlich bzw. entgeltliche Übertragung vom Miterben auf seinen Abkömmling) steuerfrei. Dies entspricht auch bisher schon der herrschenden Ansicht in der Rechtslehre.⁶¹

Gleiches muss meines Erachtens bei unmittelbarer Übertragung aus der Erbengemeinschaft auf ein Schwiegerkind oder Stiefkind eines Miterben gelten nach § 3 Nr. 3 in Verbindung mit § 3 Nr. 6 Satz 2, 3 GrEStG. Dazu schweigt die Finanzverwaltung allerdings.

V. Zusammenfassung

Auch im Berichtszeitraum 2017 waren Rechtsprechung und Finanzverwaltung nicht tatenlos, sondern haben der Praxis zahlreiche neuere Entwicklungen beschert, teilweise überra-

schende und teilweise Bestätigung dessen, was bisher als gesicherter Kenntnisstand gelten konnte.

Erhebliche praktische Bedeutung hat die Vorlage des BFH an den EuGH, aufgrund derer der EuGH nun wird entscheiden müssen, ob die Konzernumwandlungsregelung des § 6a GrEStG euroaprechtskonform ist oder gegen das europäische Beihilferecht verstößt. Der BFH vertritt zwar eine sehr gesetzestreu und damit für die Praxis gut handhabbare Auslegung des Gesetzes; die rechtssichere Anwendung der Norm bleibt jedoch bis zur Entscheidung der europäischen Gerichte offen.

Unternehmensumstrukturierungen und Gesellschafterwechsel bleiben regelmäßiger Streitpunkt mit der Finanzverwaltung und haben die FG mehrfach beschäftigt. Zu erwähnen ist insoweit der Wechsel vom mittelbaren zum unmittelbaren Gesellschafter im Rahmen des § 1 Abs. 3 GrEStG sowie die Aufstockung einer Beteiligung an einer GmbH & Co. KG oder sonstigen Personengesellschaft.

Besondere Aufmerksamkeit wird die Praxis weiterhin der ordnungsgemäßen Anzeige von Grunderwerbsteuerpflichtigen Vorgängen zuwenden müssen, da nur dann die Möglichkeit der steuerbefreienden Rückabwicklung nach § 16 GrEStG eröffnet ist, was die FG im Berichtszeitraum mehrfach beschäftigte.

Die Finanzverwaltung hat die Voraussetzungen und Rechtsfolgen des sog. einheitlichen Vertragswerkes in einem umfassenden Erlass auf der Grundlage der aktuellen Rechtsprechung zusammengefasst.

⁶¹ Hofmann, GrEStG, § 3 Rdnr. 3; Gottwald/Behrens, Grunderwerbsteuer, Rdnr. 456; Wälzholz, ZEV 2016, 369, 372.

BUCHBESPRECHUNGEN

Herbert Arndt/Klaus Lerch/Gerd Sandkühler: Bundesnotarordnung

8. Aufl., Carl Heymanns, 2016. 1.056 S., 164 €
Von Notar Dr. **Rainer Regler**, München

Anzuzeigen ist die Neuauflage des Standardwerkes von *Arndt/Lerch/Sandkühler* zur Bundesnotarordnung, das nunmehr in 8. Auflage vorliegt. Die Neuauflage beinhaltet die Neuerungen insbesondere durch das Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im notariellen Beurkundungsverfahren, das Gesetz zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit und das Gesetz zur Verbesserung der Feststellung und Anerkennung im Ausland erworbener Berufsqualifikationen. Literatur und Rechtsprechung wurden von den Autoren *Klaus Lerch*, Richter am LG a. D., und *Gerd Sandkühler*, Vors. Richter am OLG a. D., bis Ende 2015 berücksichtigt.

Das Werk mit gut 1.000 Seiten besticht weiterhin durch eine gut strukturierte Kommentierung der einzelnen Vorschriften, die den Anwender schnell zum Problem vordringen lässt und daher in der Handhabung überzeugt. Dies gilt maßgeblich für die vom Praktiker im Bedarfsfall häufig zu konsultierenden Vorschriften zur notariellen Verschwiegenheitspflicht einschließlich der Bezüge zum Datenschutzrecht und zu den Informationsfreiheitsgesetzen (§ 18 BNotO, § 51 BeurkG), zur Zuständigkeit der Notare für Beurkundungen und Beglaubigungen einschließlich Vermögens- und Nachlassverzeichnisse und Versammlungsniederschriften (§ 20 BNotO) sowie zur notariellen Verwahrung einschließlich Bürgschaften und Datenträger (§ 23 BNotO) und zur sonstigen notariellen Betreuungstätigkeit (§ 24 BNotO).

Im Einzelnen sei hervorgehoben:

Das Werk enthält im Rahmen der von *Sandkühler* kommentierten Amtspflichten (§ 14 BNotO) ein knapp 30-seitiges Kompendium zu den notariellen Belehrungs- und Beratungspflichten (§ 17 BeurkG), das einen Überblick über nahezu sämtliche Fragestellungen gibt, ohne eine Kommentierung des BeurkG liefern zu wollen. Das Werk enthält insbesondere Ausführungen zum nunmehr zwingenden Eigenversand des Textes des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts durch den Notar, zur Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist und zur Dokumentation sachlicher Gründe im Ausnahmefall der Fristunterschreitung. Die Bestellung der Finanzierungsgrundschuld durch den erwerbenden Verbraucher wird zutreffend nicht als sog. Vollzugsgeschäft angesehen, wodurch die Bevollmächtigung von Mitarbeitern ausscheidet (nunmehr auch BGH, Beschluss vom 20.7.2015, NotSt (Brg) 3/15, DNotZ 2016, 72). Korrespondierend besteht der (neue) Amtsenthebungsgrund des § 50 Abs. 1 Nr. 9b BNotO, welcher von *Lerch* im Hinblick auf die praktische Relevanz und Umsetzung durchaus kritisch kommentiert wird (§ 50 Rdnr. 42).

Die Gesamtkommentierung des § 14 BNotO, die ohne Längen sämtliche Facetten und Ausprägungen der zentralen Vorschrift der notariellen Berufsausübung beleuchtet, ist stets einen Blick wert. Gleiches gilt für die Kommentierung der notariellen Verwahrung, die unter Einbeziehung der §§ 54a ff. BeurkG und des § 27 DNot ein Mehrwert für den Rechtsanwender bietet.

Das Werbeverbot des § 29 BNotO, besser: das Verbot gewerblichen Verhaltens und amtswidriger Werbung, wird von *Sandkühler* ebenso prägnant wie routiniert kommentiert. Die Kommentierung enthält die Vorgaben für die Benutzung von Internet-Domains und E-Mail-Adressen, ferner Ausführungen zur unzulässigen Beeinflussung von elektronischen Suchmaschinen und zur unzulässigen Nutzung von entgeltlichen Angeboten für eine hervorgehobene (elektronische) Präsentationen und Annoncen. Die Kommentierung stellt eine gut handhabbare Grundlage für die berufsrechtliche Beurteilung von werblichem Verhalten von Notaren im Spannungsfeld zwischen Berufsausübungsfreiheit und öffentlichem Amt dar. Als zu eng wird die Auffassung des BGH angesehen, wonach das Führen der Bezeichnung „Notariat“ als unzulässig anzusehen ist (§ 29 Rdnr. 17). Dies mag als zutreffend erachtet werden mit Blick auf eine – zwischenzeitlich vielleicht nicht mehr zu bejahende – Verwechslungsgefahr zum (ehemals) staatlichen Notariat in Baden-Württemberg. Unzulässig bleibt die Bezeichnung Notariat aber stets im Hinblick auf die Personenbezogenheit des Notaramtes (§ 2 BNotO).

Zur Vorschrift des § 29 BNotO konnten die zwischenzeitlichen Änderungen aufgrund des Gesetzes zur Umsetzung der Berufsankennungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe vom 12.5.2017 (BGBl. 2017 I, S. 1121), das am 18.5.2017 in Kraft trat, keine Berücksichtigung mehr finden.

Den Leser verwundern die Ausführungen zu den Voraussetzungen für die Vornahme einer Beurkundung außerhalb des Amtsbezirks: Vom seltenen Sachverhalt des Vorliegens von Gefahr im Verzug abgesehen, kann eine Beurkundung nur *nach* Vorliegen der Genehmigung des Präsidenten des OLG, in dessen Bezirk der die Genehmigung beantragende Notar seinen Amtssitz hat, erteilt werden. *Lerch* verweist zutreffend darauf, dass nach Sinn und Zweck dieser Ausnahmvorschrift – auch nach den Verfügungen zu den Angelegenheiten der Notarinnen und Notare (AVNot) der Landesjustizverwaltungen – die Genehmigung nur in besonders gelagerten Einzelfällen erteilt werden kann. Auch hierdurch kommt die Ausprägung

des öffentlichen Amtes des Notars zum Ausdruck. Insofern überrascht die Feststellung des Kommentators, dass nach der Praxis einiger Landesjustizverwaltungen und der in Verfahren anzuhörenden Notarkammern mit der Ausnahmevorschrift „teilweise sehr großzügig umgegangen werde“ (§ 11 Rdnr. 10).

Folgende Bemerkungen sind noch veranlasst:

Der *Arndt/Lerch/Sandkühler* kann mit seiner Ausrichtung auf das gesamtdeutsche Notariat ersichtlich nicht auf alle landesspezifischen Merkmale der Notariatsverfassungen im Detail Rücksicht nehmen. So bezieht die Kommentierung zwar in § 7 BNotO (Anwärterdienst) weiterhin das bayerische Prüfungsjahrgangsprinzip als eine von der Rechtsprechung als zulässig angesehene Verfahrensweise bei der Eignungsbeurteilung von Notarassessoren ein, nicht jedoch die seit 2013 von der Justizverwaltung geänderte Praxis hin zum Einstellungsjahrgangsprinzip, unter anderem zum Zweck der Erweiterung des Bewerberkreises. Gemäß Ziffer 1.1.3 NotBek wird der Einstellungsbedarf nunmehr grundsätzlich aus Bewerbern gedeckt, die sich „im zeitlichen Zusammenhang“ mit dem Bestehen ihrer Zweiten Juristischen Staatsprüfung bewerben, wobei der zeitliche Zusammenhang in Anlehnung an die Praxis bei der Einstellung in den höheren Justizdienst bis zu einem Zeitraum von drei Jahren besteht.

Auch die Thematik der Mindestverweildauer als Belang der geordneten Rechtspflege im Rahmen der Amtssitzverlegung (§ 10 Abs. 1 Satz 3 BNotO) und deren Ausformung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung (BVerfG, Beschluss vom 28.6.2005, 1 BvR 1506/04, DNotZ 2005, 939; BGH, Beschluss vom 20.7.2015, NotZ (Brg) 1/15, DNotZ 2015, 876; BGH, Beschluss vom 12.7.2004, NotZ 7/04, DNotZ 2005, 153) werden nicht thematisiert. Gleiches gilt für die berufsrechtlich problematische Frage der Notwendigkeit der Einhaltung der Mindestverweildauer bei einer Bewerbung um eine Notarstelle nach einer vorübergehenden Amtsniederlegung nach § 48b BNotO.

Für die praktische Handhabung nachteilig ist, dass das Werk weiterhin keine Kommentierung der Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer enthält. Teilweise finden sich in der Bearbeitung noch veraltete Paragraphenverweise, so insbesondere auf die KostO statt auf das GNotKG.

Von diesen Bemerkungen abgesehen, lohnt die Anschaffung des Werks, das zu sämtlichen berufsrechtlichen Fragestellungen bei der Ausübung des Notarberufs in Deutschland eine fundierte und ausgereifte Kommentierung bereithält. Das Standardwerk zum notariellen Berufsrecht von *Arndt/Lerch/Sandkühler* sollte daher auch weiterhin in keiner gut sortierten notariellen Handbibliothek fehlen.

Stefan Hügel (Hrsg.):

Grundbuchordnung

3. Aufl., C. H. Beck, 2016. 1.731 S., 129 €

Von Notar Prof. Dr. **Alexander Krafka**, Landsberg am Lech

Wer einen Kommentar zur Grundbuchordnung anschaffen möchte, steht mittlerweile vor einer stattlichen Auswahl. Neben *Demharter's* klassischem und regelmäßig erscheinenden Werk und dem in vierter Auflage bereits angekündigten *Bauer/Schaub* sticht das von insgesamt neun Autoren verfasste, in dritter Auflage als Printausgabe des Beck'schen Onlinekommentars erschienene, von *Stefan Hügel* herausgegebene Buch hervor. Immer noch überzeugend ist auch in dieser neuen Auflage die auf drei Gliederungsebenen beruhende Struktur des Kommentars, die letztlich den im elektronischen Ursprungsmedium verlagsseitig vorgegebenen Strukturen folgt. Damit bleibt die Darstellung jederzeit übersichtlich und gut nachvollziehbar.

Im Detail hat das Grundbuchrecht mittlerweile eine Komplexität erreicht, die kaum Platz für die Hoffnung lässt, den notariellen Alltag ohne sachkundig kommentierende Hilfe fehlerfrei und verständlich bewältigen zu können. Liest man etwa die Kommentierung zu Antragsvorbehalten (§ 16 Abs. 2 GBO), verbleibt allerdings das eigenartige Gefühl, dass im Einzelnen doch erhebliche Unsicherheiten hinsichtlich der dogmatischen Umsetzung der gesetzgeberischen Voraussetzungen verbleiben. So erklärt auch *Reetz* in seiner Behandlung der Bestimmung (§ 16 Rdnr. 20) nicht, warum der Vorbehalt in die Bewilligung aufgenommen werden kann und sodann dieser Vorbehalt kongruent auch im gestellten Antrag – den allein § 16 GBO behandelt – übernommen werden muss. Dieses wiederholt angemahnte Prinzip der Deckungsgleichheit von Antrag und Bewilligung soll im Fall eines Verstoßes sogar eine Zwischenverfügung im Grundbuchverfahren rechtfertigen (vgl. § 16 Rdnr. 45), obwohl die ihm zugrunde liegende Behauptung mit keiner Silbe erklärt wird.

Ein in der Praxis wiederkehrendes Problem ist die Frage der denkbaren Löschungserleichterungen von befristeten Rechten gemäß §§ 23 f. GBO, wobei stets im Auge zu behalten ist, dass bei fehlender Eintragung eines Widerspruchs im Grundbuch die Löschung auf jeden Fall nach Ablauf eines Jahres nach dem Rechtsablauf möglich ist (vgl. § 23 Rdnr. 54). *Wilsch* behandelt bei seiner Kommentierung der dazugehörigen Fragen die einzelnen maßgeblichen Rechte, mithin außer dem Nießbrauch auch Reallasten, Wohnungsrechte, Vorkaufs-

rechte, Pfandrechte und Vormerkungen. Zu Letzteren empfiehlt sich auch weiterhin, in Überlassungsverträgen aufzunehmen, dass die Vormerkung selbst auflösend bedingt mit dem Tod des Berechtigten erlischt, sofern man mit einer Sterbeurkunde auch die grundbuchmäßige Beseitigung des Rechts erreichen möchte (vgl. § 23 Rdnr. 31).

Eine besondere Zugabe des Werks ist sicherlich die von *Zeiser* verfasste Kommentierung der Grundbuchverfügung, in der etwa die Existenz der berüchtigten „Strichblätter“ ebenso erläutert wird (Rdnr. 103) wie das Datengrundbuch und die technischen Aspekte bei der Umstellung auf die elektronische Grundbuchführung (Rdnr. 70 ff.). Außerdem erfreulich ist die konzise Darstellung des Wohnungseigentumsrechts aus der Perspektive des Grundbuchamts (S. 1.288 ff.), verfasst von *Kral*. Dort finden sich beispielsweise überaus klare Ausführungen zu Fragen der Prüfung bei Veräußerungsbeschränkungen (Rdnr. 77) und zur Wirksamkeit von Öffnungsklauseln (Rdnr. 85 ff.). Wer schließlich eine umfassende Darstellung von Verfügungen über Wohnungseigentum sucht, wie etwa die Veräußerung von Eigentumsanteilen (Rdnr. 143 ff.) bzw. Teilflächen (Rdnr. 147 ff.) oder die Veränderung von Wohnungseigentum (Rdnr. 160 ff.) einschließlich der Unterteilung (Rdnr. 171 ff.), wird in diesem Kommentar schnell die gesuchte Antwort auf seine Frage finden können.

Dass angesichts des Erscheinungstermins naturgemäß die erst im Frühsommer 2017 in Kraft getretene Vorgabe der notariellen Prüfung von Grundbuchanträgen gemäß § 15 Abs. 3 GBO nicht behandelt wird, steht meines Erachtens der Anschaffung des Werkes keineswegs entgegen. Insgesamt handelt es sich um ein Buch, in dem jeder Suchende sicherlich ohne wesentlichen zeitlichen Aufwand eine passende Antwort auf seine Frage aus dem Bereich des Grundbuchrechts finden wird. Üblicherweise sind das *Schöner/Stöber'sche* Handbuch und der Kommentar von *Demharter* die erste Wahl bei der Recherche im Grundbuchrecht. Zumindest für Letzteres mag man in Zukunft mit größerem Erfolg das von *Hügel* herausgegebene Werk heranziehen. Es handelt sich um ein hervorragendes Buch, das keine Wünsche offen lässt. Ich würde es vor allem angesichts seiner Übersichtlichkeit und Vollständigkeit ohne jeden Zweifel vermissen.

Gerhard Schlitt/Gabriele Müller (Hrsg.):

Handbuch Pflichtteilsrecht

2. Aufl., C. H. Beck, 2017. 1.025 S., 149 €

Von Notarassessor **Christoph Aumann**, LL.M. (London), Maître en droit (Paris), München

Nach sieben Jahren ist nunmehr die zweite Auflage des Werks erschienen, das im Bereich der Literatur zum Pflichtteilsrecht bereits mit der ersten Auflage eine starke Position einnehmen konnte und diese nunmehr sicher behaupten wird. Die Neuauflage kommt zu diesem Zweck auch zur rechten Zeit, unterliegen doch seit der Reform des Pflichtteilsrechts im BGB und der darauf folgenden Rechtsprechungsentwicklung, der Erbschaftsteuerreform und der Einführung der EUErbVO wichtige Grundpfeiler des Pflichtteilsrechts nach wie vor einiger Diskussion und Veränderung. Das Handbuch des Pflichtteilsrechts reagiert darauf in zweiter Auflage nicht nur mit der gebotenen Aktualisierung, sondern auch mit einer noch stärkeren Fokussierung auf einzelne Teilbereiche. Insbesondere der internationale Teil erfuhr deshalb eine deutliche Ausweitung.

Dieser internationale Teil ist dabei eine besondere Stärke des Buchs. Er ist übersichtlich gestaltet und beginnt in § 14 mit einem vollständig überarbeiteten allgemeinen Teil zum internationalen Pflichtteilsrecht. *Lehmann* stellt darin eine umfassende, aber nicht weniger detailreiche Einführung in die Thematik zur Verfügung, die vor allem das Inkrafttreten der EUErbVO und die zu ihr bereits erschienene Literatur berücksichtigt. Auch die Altfälle, also Erbfälle vor Inkrafttreten der EUErbVO, erfahren noch eine ausführliche Behandlung. Für Neu- und Altfälle gibt *Lehmann* jeweils einen Leitfaden zur Bestimmung des einschlägigen Erbstatuts und nimmt anschließend zu dessen jeweiliger Reichweite Stellung. Abgeschlossen wird § 14 sodann mit einem Unterkapitel zum internationalen Erbverfahrensrecht, das auch die für die Praxis immer wieder relevante Frage der Anerkennung ausländischer Erbnachweise beleuchtet. Damit kann der allgemeine Teil ohne jede Einschränkung über das Pflichtteilsrecht hinaus als aktuelles international-privatrechtliches Nachschlagewerk in allen internationalen Erbrechtsfällen dienen.

Im Anschluss daran berichten mehrere Autor/-innen auf ca. 130 Seiten über das Pflichtteilsrecht in 26 Staaten. Die Auswahl ist aus deutscher Sicht gelungen, da viele Länder enthalten sind, zu denen Deutschland in regem Austausch steht. Es finden sich Berichte zu wichtigen europäischen (Nachbar-)Staaten, zur Türkei, zu Russland und zu den USA.

Ein weiteres Herzstück des Buchs sind aus notarieller Sicht die von *Gabriele Müller*, Referatsleiterin für Erb- und Familienrecht am DNotI, auf ca. 150 Seiten verfassten Kapitel § 10 („Das Pflichtteilsrecht in der notariellen Kautelarpraxis“) und § 11 („Strategien zur Minimierung des Pflichtteils“). Der Leser kann diesen Teilen ein umfangreiches Instrumentarium zur Reaktion auf verschiedenste, das Pflichtteilsrecht berührende

Beratungssituationen entnehmen und auf die angebotenen Formulierungsvorschläge in der Beurkundungspraxis zurückgreifen. *Gabriele Müller* stellt dabei umfassend die Möglichkeiten der Pflichtteilsminimierung durch lebzeitige (auch familien-, gesellschafts- und international-privatrechtliche) Gestaltungen und durch Verfügungen von Todes wegen dar. Als Beispiele für den tiefeschürfenden Charakter des Handbuchs an dieser Stelle seien die Gegenüberstellung verschiedener Formulierungsvorschläge für Pflichtteilsstrafklauseln im Rahmen von gemeinschaftlichen Testamenten oder Ehegattenerbverträgen oder das Eingehen auf Sonderkonstellationen wie Geschiedenen- oder Behindertentestament genannt.

Dass es die Autorin dabei versteht, ihren Teil so zu verfassen, dass er für die notarielle Praxis einen echten Mehrwert bringt, zeigt sich nicht nur in ihren Ausführungen zum notariellen Nachlassverzeichnis. Über die bisweilen mit ausufernden Forderungen an den notariellen Ermittlungsaufwand bei Erstellung des Nachlassverzeichnisses geführte Diskussion vermag *Gabriele Müller* einen differenzierenden Überblick zu verschaffen und daraus praxistaugliche Handlungsempfehlungen für den Notar zu geben.

Das Buch ist indes weder überwiegend von Notaren noch nur für Notare geschrieben. Unter den Autoren befinden sich auch viele Rechtsanwälte und Rechtswissenschaftler, die in ihrer Gesamtheit erst den umfassenden Blick des Werks auf das Pflichtteilsrecht gewähren können. So verwundert es nicht und ist es auch für den Notar interessant zu erfahren, wie – um beim Beispiel des Nachlassverzeichnisses zu bleiben – *Blum* in § 2 die Erwartungen an ein notarielles Nachlassverzeichnis aus Sicht des Anwalts des Pflichtteils- (bzw. Auskunfts-)berechtigten sieht.

Nicht zuletzt stammt auch der von *Lohr/Otto* bearbeitete § 12 („Das Pflichtteilsrecht im Steuerrecht“) nicht aus notarieller Feder und ist doch für den erbrechtlich beratenden Notar von erheblichem Interesse. Es wird darin ein Überblick über den Pflichtteil im Erbschaft-, Einkommen- und Grunderwerbsteuerrecht gegeben und auf Gestaltungsmöglichkeiten beispielsweise zur Nutzung des Pflichtteilsrechts zur Erbschaftsteuergestaltung eingegangen.

Damit steht fest, dass das Werk in der notariellen Handbibliothek einen festen Platz verdient hat. Es kann allen zur Anschaffung empfohlen werden, besonders denen, die auf der Suche nach einem aktuellen Nachschlagewerk zum Pflichtteilsrecht sind, aber dabei auf eine umfassende Darstellung nicht verzichten wollen.

RECHTSPRECHUNG

BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

1. Unterbringung von Flüchtlingen und Asylbewerbern in einer Gemeinschaftsunterkunft als heimähnliche Unterbringung

BGH, Urteil vom 27.10.2017, V ZR 193/16 (Vorinstanz: LG München I, Beschluss vom 15.6.2016, 36 S 734/16 WEG)

WEG § 1 Abs. 1 und 3, § 15 Abs. 1
BGB § 1004 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Die mit Wohnungs- und Teileigentum gesetzlich vorgesehenen Grundtypen der Nutzungsbefugnis schließen sich – vorbehaltlich anderer Vereinbarungen – gegenseitig aus; jedenfalls im Hinblick auf eine Einheit, an der angesichts ihrer Ausstattung sowohl Wohnungs- als auch Teileigentum begründet werden könnte, gibt es keine Nutzungen, die zugleich als Wohnen und nicht als Wohnen anzusehen sind.
2. Eine (nicht zu Wohnzwecken dienende) Nutzung als Heim wird dadurch gekennzeichnet, dass die Unterkunft in einer für eine Vielzahl von Menschen bestimmten Einrichtung erfolgt, deren Bestand von den jeweiligen Bewohnern unabhängig ist und in der eine heimtypische Organisationsstruktur an die Stelle der Eigengestaltung der Haushaltsführung und des häuslichen Wirkungskreises tritt. Insoweit bedarf es einer Gesamtschau verschiedener Kriterien, die die Art der Einrichtung und die bauliche Gestaltung und Beschaffenheit der Einheit einbezieht.
3. Die Unterbringung von Flüchtlingen und Asylbewerbern in einer Gemeinschaftsunterkunft i. S. v. § 53 AsylG ist in der Regel als heimähnliche Unterbringung anzusehen, die grundsätzlich nur in Teileigentumseinheiten erfolgen kann; dagegen dient die Überlassung von Wohnungen von üblicher Größe und Beschaffenheit an diesen Personenkreis im Grundsatz Wohnzwecken.

2. Der Schutz der Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG schließt familiäre Bindungen zwischen nahen Verwandten ein

BGH, Beschluss vom 31.5.2017, XII ZB 550/16 (Vorinstanz: LG Gießen, Beschluss vom 22.11.2016, 7 T 446/16)

GG Art. 6 Abs. 1
BGB § 1897 Abs. 5
FamFG § 274 Abs. 4 Nr. 1

LEITSÄTZE:

1. Der Schutz der Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG schließt familiäre Bindungen zwischen nahen Verwandten ein und umfasst das Recht naher Verwandter, bei der Entscheidung über die Auswahl eines Betreuers nach § 1897 Abs. 5 BGB berücksichtigt zu werden (im Anschluss an BVerfG, FamRZ 2014, 1435 und FamRZ 2014, 1841).
2. Das fremdnützig ausgestaltete Betreuungsverfahren kennt kein subjektives Recht auf eine Bestellung als Betreuer. Die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe für eine Beteiligung am Betreuungsverfahren nach § 1897 Abs. 5 BGB, § 274 Abs. 4 Nr. 1 FamFG ist daher ausgeschlossen (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 22.10.2014, XII ZB 125/14, FamRZ 2015, 133).

SACHVERHALT:

1 I. Die Betroffene leidet an einer chronischen, residualen, paranoiden Schizophrenie mit akustischen und optischen Halluzinationen und ausgeprägtem Hospitalismus. Für sie ist seit Jahren eine Betreuung eingerichtet, die zuletzt mit Überprüfungsfrist bis zum 13.3.2020 verlängert wurde. Die Beschwerdeführerin (Beteiligte zu 1), die Schwester der Betroffenen, war zunächst als Betreuerin bestellt worden, wurde aber Ende 2004 entlassen, weil sie „ohne jeden konstruktiven Vorschlag zur sonstigen Gestaltung des Aufenthalts der Betroffenen deren weitere Unterbringung in einer beschützenden Einrichtung abgelehnt“ habe. Ihre dagegen gerichtete Beschwerde blieb ohne Erfolg. Zuletzt wurden die Tochter der Beteiligten zu 1, die Schwester der Beteiligten zu 3, und die Beteiligte zu 2 als Mitbetreuerinnen bestellt. Der Aufgabenkreis der Beteiligten zu 3 umfasst derzeit die Sorge für die Gesundheit, die Aufenthaltsbestimmung, die Vermögenssorge, die Entgegennahme und das Öffnen der Post sowie die Rechts-, Antrags- und Behördenangelegenheiten. Hinsichtlich der Gesundheits- und der Aufenthaltsbestimmung ist die Beteiligte zu 3 nur gemeinsam vertretungsberechtigt mit der Beteiligten zu 2, deren Aufgabenkreis als Mitbetreuerin sich auf diese Bereiche beschränkt, die insoweit aber allein vertretungsberechtigt ist. Die weitere Unterbringung der Betroffenen in einer geschlossenen Einrichtung wurde auf Antrag der Beteiligten zu 2 zuletzt bis 10.3.2017 genehmigt.

2 Im April 2016 beantragte die Beteiligte zu 2 beim AG altersbedingt ihre Entlassung als Betreuerin und schlug zugleich eine andere Berufsbetreuerin, die sich zur Übernahme der Betreuung bereit erklärt habe, als Nachfolgerin vor. Die Beteiligte zu 3 beantragte ihrerseits, die Betreuung nunmehr allein zu übernehmen. Diesem Ansinnen trat die Beteiligte zu 2 unter Hinweis darauf entgegen, dass die Beteiligte zu 3 nicht in der Lage sei, dem Verhalten ihrer Mutter (der Beteiligten zu 1) entgegenzutreten, das der Betroffenen mehr schade als nutze.

3 Die Beteiligte zu 1 hat daraufhin beantragt, sie selbst als Beteiligte zum Verfahren hinzuzuziehen, ihr Verfahrenskostenhilfe zu bewilligen und sie als Betreuerin für die Betroffene zu bestellen. Das AG hat ihr Verfahrenskostenhilfe versagt. Die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde hat das LG zurückgewiesen. Mit ihrer zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Beteiligte zu 1 ihren Antrag auf Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe in vollem Umfang weiter.

AUS DEN GRÜNDEN:

II.

(...)

7 a) Im Ausgangspunkt zutreffend ist die Auffassung des LG, dass Verfahrenskostenhilfe nach § 76 Abs. 1 FamFG, §§ 114 ff. ZPO nur der bedürftige Beteiligte erhalten kann, der eigene Rechte geltend zu machen beabsichtigt, während für eine rein fremdnützige Verfahrensbeteiligung eine Gewährung von Verfahrenskostenhilfe nicht möglich ist (vgl. Senatsbeschluss vom 22.10.2014, XII ZB 125/14, FamRZ 2015, 133 Rdnr. 8 ff. m. w. N.). Daraus, dass die Beteiligte zu 1 hier nach § 274 Abs. 4 Nr. 1 FamFG als Schwester und Vertrauensperson der Betroffenen in deren Interesse am Verfahren beteiligt werden kann, folgt nichts anderes (vgl. Senatsbeschluss vom 22.10.2014, XII ZB 125/14, FamRZ 2015, 133 Rdnr. 12 ff. m. w. N.).

8 b) Indessen geht das LG zu Unrecht davon aus, nach der Rechtsprechung des Senats komme ein subjektives Recht auf Bestellung zum Betreuer zwar im Eltern-Kind-Verhältnis in Betracht, nicht aber bei erwachsenen Geschwistern, da deren Beziehung untereinander nicht denselben verfassungsrechtlichen Rang genieße. Der Senat hat es bislang ausdrücklich offen gelassen, ob ein Verwandter Verfahrenskostenhilfe erhalten kann, wenn er verlangt, an der Betreuerauswahl beteiligt und wegen enger familiärer Bindungen bevorzugt berücksichtigt zu werden (Senatsbeschluss vom 22.10.2014, XII ZB 125/14, FamRZ 2015, 133 Rdnr. 19).

9 Allerdings erweist sich die angefochtene Entscheidung im Ergebnis aus anderen Gründen als zutreffend.

10 c) Soweit das BVerfG in Sorgerechtsverfahren bereits wiederholt entschieden hat, dass der Schutz der Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG die familiären Bindungen zwischen nahen Verwandten einschließt und insbesondere das Recht umfasst, bei der Entscheidung über die Auswahl eines Vormunds oder Ergänzungspflegers in Betracht gezogen zu werden (BVerfG, FamRZ 2014, 1435 Rdnr. 24, 30 und FamRZ 2014, 1841 Rdnr. 16 ff.), kann dies ein Beschwerderecht in Betreuungssachen nicht begründen. Denn die Auswahl eines Betreuers als solche greift nicht in die eigene Rechtssphäre des Betreuers ein, da die Betreuung nicht in seinem Interesse, sondern ausschließlich im Interesse des Betroffenen angeordnet wird (vgl. Senatsbeschluss vom 4.12.2013, XII ZB 333/13, FamRZ 2014, 470 Rdnr. 5 f. m. w. N.). Entsprechend steht einem Betreuer gegen die Aufhebung einer Betreuung keine Beschwerdebefugnis aus eigenem Recht zu (vgl. Senatsbeschluss vom 4.12.2013, XII ZB 333/13, FamRZ 2014, 470 Rdnr. 5 f. m. w. N. und BVerfG, FamRZ 2014, 1435 Rdnr. 31 ff. m. w. N.).

11 d) Dem Schutz der Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG wird im Betreuungsverfahren durch die Regelung in § 1897 Abs. 5 BGB hinreichend Rechnung getragen. Schlägt ein Volljähriger niemanden vor, der zum Betreuer bestellt werden kann, so ist danach bei der Auswahl des Betreuers auf die verwandtschaftlichen und sonstigen persönlichen Bindungen des Betroffenen, insbesondere auf die Bindungen zu Eltern, zu Kindern, zum Ehegatten und zum Lebenspartner sowie auf die Gefahr von Interessenkonflikten Rücksicht zu nehmen. Entsprechend können Ehepartner, Verwandte und Vertrauenspersonen nach § 274 Abs. 4 Nr. 1 FamFG am Verfahren zur Bestellung eines Betreuers beteiligt werden (Senatsbeschluss vom 30.9.2015, XII ZB 53/15, FamRZ 2015, 2165 Rdnr. 23 ff.).

12 Diese Beteiligung erfolgt indessen nach § 274 Abs. 4 Nr. 1 FamFG (ausschließlich) im Interesse des Betroffenen. Damit ist die Verfahrensbeteiligung rein fremdnützig ausgestaltet. Eine Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe ist daher ausgeschlossen, ohne dass es darauf ankommt, wie die familiären oder verwandtschaftlichen Beziehungen im Einzelfall ausgestaltet sind.

3. Erfüllungswirkung der Direktzahlung an den Verkäufer statt auf das notarielle Anderkonto

OLG Nürnberg, Beschluss vom 9.11.2017, 15 W 1859/17; mitgeteilt von RiOLG **Andreas Leuzinger**, Nürnberg

*GBO §§ 18, 22, 29
BGB § 464*

LEITSÄTZE:

1. **Eine Zwischenverfügung ohne rangwahrende Wirkung ist im Hinblick auf ihren Sinn und Zweck dem Grundbuchverfahrensrecht fremd.**
2. **Zahlt der Käufer vereinbarungswidrig statt auf das Anderkonto eines Notars direkt an den Verkäufer, so tritt damit Erfüllung ein, sofern eine anderweitige Zahlungsweise nicht zumindest konkludent ausgeschlossen wurde. Aufgrund dessen ist die amtliche Feststellung eines Notars, dass keine fristgerechte Kaufpreiszahlung des Vorkaufsberechtigten auf dem Notarkonto eingegangen und deshalb – im Fall der Vorkaufsrechtsausübung – jedenfalls die vereinbarte auflösende Bedingung eingetreten sei, regelmäßig nicht ausreichend, um das Grundbuch durch Löschung des Vorkaufsrechts zu berichtigen.**

SACHVERHALT:

1 I. Mit notariellem Kaufvertrag vom 5.1.2006 veräußerten die Beteiligten zu 3 bis 5 als Gesellschafter bürgerlichen Rechts die streitgegenständliche Immobilie an den Beteiligten zu 1. Dieser wurde am 5.5.2006 als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen.

2 Den Beteiligten zu 3 bis 5 wurde als Gesamtberechtigte in dem Kaufvertrag vom 5.1.2006 ein „subjektiv persönliches Vorkaufsrecht für denjenigen (ersten) Verkaufsfall [eingeräumt], bei welchem dem

Vorkaufsberechtigten erstmals eine Ausübung des Vorkaufsrechts rechtlich möglich ist“. Dieses Vorkaufsrecht wurde am 5.5.2006 im Grundbuch eingetragen.

3 Mit notariellem Kaufvertrag vom 25.4.2017 veräußerte der Beteiligte zu 1 die Immobilie an den Beteiligten zu 2, wobei folgende Regelung zur Abwicklung der Kaufpreiszahlung vorgesehen wurde:

„a) Der gesamte Kaufpreis ist bis zum 31.7.2017 auf ein (...) Anderkonto des amtierenden Notars zur Hinterlegung einzuzahlen. (...) Dieser Kaufvertrag entfällt/wird unwirksam (auflösende Bedingung), sofern der Kaufpreis nicht bis spätestens 16.8.2017 auf dem Notaranderkonto einbezahlt sein sollte. (...)

b) Hinsichtlich der Verwendung des hinterlegten Betrages erteilen die Vertragspartner dem Notar folgende Weisungen: Mit dem hinterlegten Kaufpreis sind zunächst nicht übernommene grundbuchliche Belastungen, insbesondere Forderungen von Grundpfandrechtsgläubigern abzulösen. Ein danach etwa verbleibender Restbetrag ist dem Verkäufer ausbezahlen (...).

c) In jedem Fall kann der Notar über den hinterlegten Betrag erst verfügen, sobald die folgenden Auszahlungsvoraussetzungen vorliegen:

(1) zugunsten des Erwerbers ist eine Vormerkung auf vertragsgemäße Übereignung eingetragen

(2) (...)

(3) die Lastenfreistellung gesichert ist. Sicherung der Lastenfreistellung liegt vor, wenn für alle nicht übernommenen Belastungen beim beurkundenden Notar Löschungserklärungen auflagenfrei oder mit Auflagen vorliegen, die durch die Zahlung des Erwerbers erfüllt werden können. (...)

f) Der Kaufpreisanspruch gilt mit Eintritt der Auszahlungsreife als erfüllt.“

4 Am 10.5.2017 wurde den vorkaufsberechtigten Beteiligten zu 3 bis 5 der Kaufvertrag vom 25.4.2017 ausgehändigt.

5 Unter Vorlage entsprechender Empfangsbestätigungen beantragte die Urkundsnotarin durch ihren Vertreter mit Schreiben vom 17.8.2017 „namens des Grundstückseigentümers“, das im Grundbuch eingetragene Vorkaufsrecht „im Wege der Grundbuchberichtigung“ zu löschen. Das Schreiben enthält dabei folgende amtliche Feststellung:

„Es sind keine Umstände bekannt, wonach das Vorkaufsrecht durch die Vorkaufsberechtigten ausgeübt worden wäre. Eine Zahlung zum Kaufpreis auf das den Vorkaufsberechtigten mitgeteilte Notarkonto ist nicht erfolgt. Auch soweit ein Kaufvertrag etwa durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommen wäre, wäre auch ein solcher Kaufvertrag durch Eintritt der auflösenden Bedingung (keine Kaufpreiszahlung auf das Notaranderkonto) entfallen/unwirksam geworden.“

6 Am 1.9.2017 erließ das Grundbuchamt eine Zwischenverfügung. In dieser vertrat es die Auffassung, dass die Unrichtigkeit des Grundbuchs durch die vorgelegten Unterlagen nicht nachgewiesen sei, und forderte den Beschwerdeführer auf, „die Löschungsbewilligung der eingetragenen Berechtigten des Vorkaufsrechts“ bis 1.10.2017 vorzulegen.

7 Dagegen wandte sich die Urkundsnotarin mit Schreiben vom 5.9.2017. Sie vertritt die Auffassung, dass der Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs durch die vorgelegten Empfangsbestätigungen einerseits und die amtliche Feststellung vom 17.8.2017 andererseits in der erforderlichen Form nachgewiesen sei. Nach Ausübung des Vorkaufsrechts hätte der Kaufpreis nach Maßgabe der Vereinbarungen im Kaufvertrag auf das Notaranderkonto einbezahlt werden müssen, und zwar bis zum Ablauf des 16.8.2017.

8 Am 29.9.2017 entschied das Grundbuchamt, der Beschwerde nicht abzuwehren.

AUS DEN GRÜNDEN:

9 II. 1. Die nach §§ 71 Abs. 1, 73 GBO statthafte Beschwerde ist zulässig. Sie hat – allerdings lediglich aus formellen Gründen – auch in der Sache Erfolg.

10 Das Grundbuchamt vertritt die Auffassung, dass der Antragsteller die Löschung des Vorkaufsrechts nur unter veränderten Voraussetzungen (Bewilligung nach § 19 GBO statt des Nachweises der Unrichtigkeit nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO) zu erlangen vermag. Ausgehend davon hätte das Grundbuchamt keine Zwischenverfügung erlassen dürfen, sondern hätte – ggf. nach Erteilung eines rechtlichen Hinweises und erneuter Fristsetzung – den Löschantrag zurückweisen müssen.

11 Grundlegende Voraussetzung für den Erlass einer Zwischenverfügung ist das Vorhandensein eines mit rückwirkender Kraft behebenden Eintragungshindernisses. Daran fehlt es, wenn – wie hier – die erforderlichen Eintragungsbewilligungen der unmittelbar Betroffenen von vornherein nicht vorlagen. Es kann nicht Gegenstand einer Zwischenverfügung sein, einem Antragsteller die Vorlage einer noch gar nicht abgegebenen Eintragungsbewilligung aufzuerlegen (zur Löschung eines Vorkaufsrechts: OLG Rostock, Beschluss vom 8.10.2014, 3 W 51/14, juris Rdnr. 10; im Übrigen: OLG Jena, Beschluss vom 28.7.2014, 3 W 287/14, juris Rdnr. 1; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 18 Rdnr. 12; *Meikel/Böttcher*, GBO, 11. Aufl., § 18 Rdnr. 36; *Lemke/Zimmer*, Immobilienrecht, 2. Aufl., § 18 GBO Rdnr. 17; *Keller/Munzig/Volmer*, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 18 Rdnr. 26). Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Eintragungsbewilligung eine Rechtsänderung oder eine Grundbuchberichtigung herbeiführen soll (BayObLG, Beschluss vom 21.7.2004, 2 Z BR 134/04, juris Rdnr. 13; a. A. OLG Zweibrücken, Beschluss vom 3.7.2013, 3 W 32/13, juris Rdnr. 8; OLG Hamm, Beschluss vom 15.3.2007, 15 W 404/06, juris Rdnr. 14; a. A. im Ergebnis wohl auch: OLG München, Beschluss vom 25.9.2015, 34 Wx 121/15; wie hier aber u. a.: OLG München, Beschluss vom 26.9.2012, 34 Wx 30/12, juris Rdnr. 15; Beschluss vom 18.11.2011, 34 Wx 425/11, juris Rdnr. 11). Auch bei einer Grundbuchunrichtigkeit kann dem Zeitpunkt der Antragstellung gemäß § 892 Abs. 2 BGB wesentliche Bedeutung zukommen. Unabhängig davon ist eine Zwischenverfügung ohne rangwahrende Wirkung im Hinblick auf ihren Sinn und Zweck dem Grundbuchverfahrensrecht fremd (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.6.2013, 3 Wx 100/13, juris Rdnr. 13; *Lemke/Zimmer*, Immobilienrecht, § 18 GBO Rdnr. 16).

12 2. Gegenstand eines Rechtsmittelverfahrens gegen eine Zwischenverfügung ist nur das in ihr angenommene Eintragungshindernis; über den Eintragungsantrag selbst ist vom Beschwerdegericht dagegen nicht zu entscheiden (BayObLG, Beschluss vom 29.8.1989, BReg 2 Z 92/89, juris Rdnr. 19). Für die weitere Behandlung des Berichtigungsantrags weist der Senat allerdings auf das Folgende hin:

13 Ein Sachverhalt, in dem eine Löschung wegen – nachgewiesener – Grundbuchunrichtigkeit (§ 22 Abs. 1 GBO) erfolgen könnte, ist nicht ersichtlich. An den Nachweis einer Grundbuchunrichtigkeit sind strenge Anforderungen zu stellen; ein gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit genügt nicht

(BayObLG, Beschluss vom 14.12.1995, 2 Z BR 127/95, juris Rdnr. 15). Die Antragsteller müssen – in der Form des § 29 GBO – lückenlos ausräumen, was der begehrten berichtigen Eintragung, hier also der begehrten Löschung des eingetragenen Vorkaufsrechts, entgegenstehen könnte.

14 Dem genügt die amtliche Feststellung vom 17.8.2017 nicht. Insbesondere besteht die – keinesfalls ganz entfernt liegende und auch nicht nur theoretische – Möglichkeit, dass die Vorkaufsberechtigten den Kaufpreis unmittelbar an den Beschwerdeführer geleistet haben. Es mag sein, dass bei einer Ausübung des Vorkaufsrechts im Hinblick auf § 464 Abs. 2 BGB einerseits der Beschwerdeführer lediglich Zahlung auf das Notaranderkonto hätte fordern können und andererseits die Vorkaufsberechtigten verpflichtet gewesen wären, den Kaufpreis termingerecht auf das Anderkonto einzubezahlen (wobei sich die Frage stellen würde, ob der im Vertrag genannte Termin bei einer Ausübung des Vorkaufsrechts anzupassen wäre, weil ein selbstständiger, neuer Kaufvertrag begründet wird, dessen Inhalt sich lediglich nach den Bedingungen des Ausgangsvertrags bestimmt). Grundsätzlich gilt aber: Zahlt der Käufer vereinbarungswidrig statt auf das Anderkonto eines Notars direkt an den Verkäufer, so tritt damit Erfüllung ein, sofern eine anderweitige Zahlungsweise nicht zumindest konkludent ausgeschlossen wurde (Eylmann/Vaasen/Hertel, BNotO/BeurkG, § 23 BNotO Rdnr. 23; Winkler, BeurkG, 18. Aufl., § 54b Rdnr. 15). Für einen Ausschluss des § 362 BGB gibt es aber im vorliegenden Fall – und zwar gerade angesichts der vereinbarten auflösenden Bedingung – keine Anhaltspunkte. Denn einerseits dient die vereinbarte Abwicklung über das Anderkonto dem Schutz und damit dem Interesse des Käufers. Andererseits gibt eine Direktzahlung dem Verkäufer nichts anderes als dasjenige, was ihm zusteht – nur eher als geschuldet. In einer solchen Situation bei einer (termingerechten) Leistung vom Eintritt der auflösenden Bedingung auszugehen, weil die vereinbarte Abwicklung der Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto nicht eingehalten wurde, liefe den Interessen beider Parteien zuwider.

(...)

4. Unwirksame Weiterverkaufsklausel in Grundstückskaufvertrag mit einer Gemeinde

OLG München, Urteil vom 22.5.2017, 21 U 4277/16

BGB §§ 134, 307 Abs. 1

BauGB § 11 Abs. 2

LEITSATZ:

Die Vereinbarung einer Nachzahlungsverpflichtung des Käufers bei Verstoß gegen die vereinbarte „Behaltensfrist“ ist unwirksam, wenn die Gemeinde als Verkäuferin einen Bauplatz zum Verkehrswert veräußert hat. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

1 I. Die Parteien streiten darüber, ob der Kläger in einem Grundstückskaufvertrag mit der Beklagten verpflichtet werden konnte, eine Nachzahlung zu entrichten, wenn das erworbene Grundstück samt Wohnhaus vor Ablauf von acht Jahren ab Bezugsfertigkeit weiterverkauft wird, was hier wegen der Scheidung des Klägers von seiner Ehefrau erfolgt ist.

2 Der Kläger und seine damalige Ehefrau, die in der Nachbargemeinde wohnten, erwarben mit notariellem Kaufvertrag vom 28.7.2009 von der Beklagten zwei benachbarte Grundstücke mit einer Gesamtfläche von 857 m² zu einem m²-Preis von 106,75 € (einschließlich Erschließungskosten). Insgesamt betrug der Kaufpreis 91.482,07 €. Dazu wurde in Ziffer XII des notariellen Vertrages festgehalten, dass eine Veräußerung unter Wert nicht vorliegt.

3 Ziffer VII 5 e des vorgenannten Vertrages enthält zusammengefasst – wie sonst bei einem Einheimischenmodell üblich – die Verpflichtung der Käufer, das Grundstück mit einem Wohnhaus zu bebauen und dieses bis zum Ablauf des achten Jahres ab Bezugsfertigkeit (Anmeldung beim Meldeamt) selbst zu bewohnen und in dieser Zeit nicht weiter zu veräußern. Sollte der Käufer diesen Verpflichtungen nicht nachkommen und die bebauten Grundstücke an Dritte veräußern, so kann die Gemeinde den Grundstückseigentümer verpflichten, zusätzlich zum bereits bezahlten Kaufpreis einen Aufschlag von 25 €/m² nachzuentrichten.

4 Der Kläger und seine Ehefrau errichteten in der Folgezeit auf den erworbenen Grundstücken ein Wohnhaus, welches sie bis zum Jahr 2011 gemeinsam bewohnten. Nach der Ehescheidung am 23.9.2013 verkauften der Kläger und seine geschiedene Frau die mit einem Einfamilienhaus bebauten beiden Grundstücke an einen Dritten. Daraufhin verlangte die Beklagte vom Kläger und seiner früheren Ehefrau einen Gesamtbetrag von 21.425 €, den diese unter dem Vorbehalt der Rückforderung bezahlten. Mit vorliegender Klage verlangt der Kläger den von ihm getragenen hälftigen Anteil, 10.712,50 €, von der Beklagten zurück.

5 Der Kläger ist der Auffassung, dass die Vertragsklausel, wonach die Gemeinde bei einer Veräußerung vor Ablauf von acht Jahren eine Nachzahlung verlangen kann, eine Allgemeine Geschäftsbedingung sei, die ihn unangemessen benachteilige und deshalb nichtig sei. Die Beklagte habe kein berechtigtes Interesse an der verwendeten Klausel, weil hier – anders als im Einheimischenmodell – kein Preisvorteil gewährt worden ist und der Kläger damit ohne Grund schlechter gestellt werde als Einheimische. Die Regelung im Notarvertrag sei darüber hinaus unbestimmt und unklar, persönliche Umstände fänden keine Berücksichtigung.

6 Die Beklagte hält die Regelung im notariellen Kaufvertrag hingegen für wirksam und trägt vor, dass die Klausel zur Abwehr von Spekulationsgeschäften aufgenommen worden sei. Die Scheidung der Eheleute sei kein Härtefall, weshalb auf die Nachforderung nicht hätte verzichtet werden können.

7 Das LG hat die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, dass die streitgegenständliche Regelung zwar eine Allgemeine Geschäftsbedingung darstelle, diese aber nicht unwirksam sei. Eine unangemessene Benachteiligung des Klägers liege nicht vor, denn dem Grundstückserwerber sei zumutbar, das errichtete Wohnhaus acht Jahre zu bewohnen. Die Gemeinde habe auch ein legitimes Interesse, Spekulationsgeschäfte mit im Gemeindebereich gelegenen Grundstücken zu vermeiden. Eine Notsituation aufseiten des Klägers sei zu verneinen, weshalb ihm die Nachzahlung auch zumutbar sei.

8 Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit seinem Rechtsmittel. Der Kläger wiederholt und vertieft in der Berufung seinen Standpunkt, wonach ein berechtigtes Interesse der Beklagten zu der Regelung nicht feststellbar sei, insbesondere, weil der Kläger den marktüblichen Preis für die Grundstücke gezahlt habe. Das „finanzielle Debakel“ der Scheidung könne dem Kläger nicht vorgeworfen werden. Er dürfe im Vergleich zu Einheimischen, die weniger beim

Kauf zahlen und dann nur ihren Vorteil wieder herausgeben müssen, nicht schlechter gestellt werden. Die Beklagte habe zudem außerhalb der Normen des BauGB keinen Auftrag, gegen Spekulanten zu kämpfen.

(...)

11 Die Beklagte beruft sich auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit und verweist darauf, dass der Kläger sich frei entschlossen habe, mit der Beklagten den vorliegenden notariellen Kaufvertrag abzuschließen. Die Grenze der Vertragsfreiheit liege allein bei § 138 Abs. 2 BGB. Es handle sich nicht um eine Regelung nach dem BauGB. Es sei auch zweifelhaft, ob die Bestimmung als eine Allgemeine Geschäftsbedingung zu qualifizieren sei, weil die Gemeinde kein Unternehmer ist. Die Regelung sei aber auch angemessen. Es sei kein Grund ersichtlich, weshalb die Gemeinde eine solche Aufzahlungsverpflichtung nicht vereinbaren dürfe.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

14 II. Die gemäß § 511 ff. ZPO zulässige Berufung des Klägers hat in der Sache Erfolg. (...)

15 1. Der Anspruch des Klägers gegen die Beklagte ergibt sich aus § 812 Abs. 1 Alt. 1 BGB. Zwar enthält der zwischen den Parteien geschlossene notarielle Kaufvertrag über die vormals der Beklagten gehörenden Grundstücke in Ziffer VII 5 e eine entsprechende Nachzahlungsverpflichtung des Klägers. Der Senat hält diese Regelung aber für unwirksam, sodass der Kläger für die unter Vorbehalt geleistete Zahlung von 10.712,50 € einen bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch hat. Selbst wenn man die Vertragsklausel für wirksam erachten würde, hat die Beklagte das vertraglich eingeräumte Ermessen nicht ordnungsgemäß ausgeübt und verkannt, dass aufgrund der konkreten Umstände eine Nachforderung nicht in Betracht kommt.

16 a) Nicht gefolgt werden kann der Argumentation der Beklagten, sie sei in der Vertragsgestaltung bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) bei der Vorgabe vertraglicher Klauseln gegenüber einem Erwerber eines Grundstücks frei. Vielmehr unterliegt die Beklagte beim Abschluss privatrechtlicher Verträge sowohl den §§ 307 ff. BGB, soweit sie Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, als auch § 11 BauGB, soweit sie einem Käufer aus städtebaulichen oder subventionsrechtlichen Gründen Beschränkungen auferlegen will.

17 aa) Die Streitgegenständliche Klausel ist – wie auch das LG zutreffend entschieden hat – als eine Allgemeine Geschäftsbedingung anzusehen, deren Wirksamkeit nach § 307 Abs. 1 BGB zu prüfen ist. Die Beklagte hat selbst vorgetragen, dass die Klausel von ihr gleichartig bei zahlreichen Verträgen im fraglichen Baugebiet verwendet worden ist. §§ 310 und 14 BGB, auf die sich die Beklagte beruft, sind nicht einschlägig, weil es hier nicht um die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber einem öffentlichen Vertragspartner geht, sondern die Beklagte als staatliche Körperschaft hier selbst die Bestimmung getroffen hat. In solchen Fällen finden die Regelungen über AGB-Klauseln in vollem Umfang Anwendung, vgl. MünchKomm-BGB/Basedow, 7. Aufl. 2016, § 310 Rdnr. 3.

18 bb) Zu prüfen ist die Streitgegenständliche vertragliche Regelung ebenso am Maßstab des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB,

weil in dem überwiegend privatrechtlichen Grundstückskaufvertrag auch Regelungen zur Bebauung und der Grundstücksnutzung getroffen worden sind, wie sie in § 11 Abs. 1 Nr. 2 BauGB normiert sind und die Beklagte damit erklärtermaßen städtebauliche Ziele verfolgt. § 11 BauGB normiert das Gebot einer angemessenen Vertragsgestaltung, welches dann eingehalten ist, wenn bei wirtschaftlicher Betrachtung des Gesamtvorgangs die Gegenleistung nicht außer Verhältnis zu der Bedeutung und dem Wert der von der Gemeinde erbrachten oder zu erbringenden Leistung steht und die vertragliche Übernahme von Pflichten auch ansonsten zu keiner unzumutbaren Belastung für den Vertragspartner der Behörde führt (BGH, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02; BGH, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 144/15, Rdnr. 19 cc). Letztlich muss nach beiden Bestimmungen, § 307 Abs. 1 BGB und § 11 Abs. 2 BauGB i. V. m. § 134 BGB, eine Inhaltskontrolle durchgeführt und geprüft werden, ob die Vertragsbestimmungen in ihrer Gesamtheit ausgewogen sind. Darüber hinaus hat die beklagte Gemeinde ganz allgemein das Gebot der angemessenen Vertragsgestaltung zu beachten, das auf dem allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beruht und daher auch ohne ausdrückliche Regelung für das gesamte Handeln der öffentlichen Körperschaften im Rechtsverkehr mit Privaten bestimmend ist (vgl. BGH, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 144/14, Rdnr. 17). Eine solche Ausgewogenheit hält der Senat indessen aus nachfolgenden Gründen nicht für gegeben, weswegen im Ergebnis dahinstehen kann, ob einer der genannten Vorschriften bzw. Grundsätze dogmatisch ein Vorrang zukommt (vgl. BGH, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, Rdnr. 17; BGH vom 16.4.2010, V ZR 175/09, Rdnr. 9).

19 b) Anders als bei den typischen Kaufverträgen im Rahmen sog. Einheimischenmodelle (vgl. BGH, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09 und vom 26.6.2015, V ZR 271/14) wurde dem Kläger und seiner Ehefrau beim Erwerb der Grundstücke von der Beklagten kein Preisvorteil eingeräumt – vgl. auch Ziffer VII des Kaufvertrages –, der nunmehr wieder herausverlangt wird. Vom Kläger wird sogar nachträglich ein höherer Betrag gefordert als der Wertsteigerung der Grundstücke zwischen Erwerb und Wiederverkauf entspricht, was die Beklagtenseite in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ausdrücklich eingeräumt hat. Die Regelung dient damit nicht der Abschöpfung einer gewährten Subventionierung, sondern behindert eine Weiterveräußerung vor Ablauf der vereinbarten „Haltefrist“ durch eine über dem Verkehrswert liegende Nachzahlungspflicht. Darin liegt eine Benachteiligung des Klägers, die auch nicht dadurch gerechtfertigt werden kann, dass er kein Einheimischer ist. Wie dargelegt hat die Beklagte als Gemeinde auch im Rahmen ihres Handelns im Privatrechtsverkehr sowohl den Gleichheitsgrundsatz als auch das Übermaßverbot zu beachten.

20 Die durch die vertragliche Regelung erfolgte Einschränkung der Grundrechte, Art. 11 GG (Freizügigkeit), Art. 14 GG (Eigentum), als auch der Unionsrechte Art. 21 (Unionsbürgerschaft, Nichtdiskriminierung), 45 (Freizügigkeit) und 49 (Niederlassungsrecht) AEUV kann auch nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass die Beklagte geltend macht, hiermit Spekulationen bekämpfen zu müssen. Zwar ist der Gemeinde durchaus das Recht einzuräumen, mit gemeindeeigenem

Vermögen auch planerische Zwecke zu verfolgen und hierzu Vertragsklauseln zu formulieren, die zum Beispiel der Spekulationsbekämpfung dienen. Die Klausel darf aber nicht so gestaltet sein, dass sie offensichtlich unverhältnismäßig ist und ausschließlich die Interessen der Gemeinde an der Steuerung des Verkaufs von Grundstücken berücksichtigt und den Vertragspartner einseitig benachteiligt. Um die Verhältnismäßigkeit zu wahren, hätte es insoweit für die Unterbindung von Grundstücksspekulationen genügt, dass beim Weiterverkauf des Grundstücks die Differenz zwischen dem Verkehrswert zum Zeitpunkt des Erwerbs im Verhältnis zum Verkehrswert zum Zeitpunkt des Verkaufs nachzuentrichten ist und somit eine Orientierung an den tatsächlichen Verhältnissen stattfindet (vgl. hierzu auch OLG Celle, Urteil vom 29.6.2005, 4 U 56/05). Demgegenüber regelt der Vertrag pauschal eine Nachzahlungspflicht in einer erheblichen Größenordnung. Auf den vereinbarten Quadratmeterpreis ohne Erschließungskosten ist ein Aufschlag von knapp 29 % zu zahlen, bezogen auf den Preis inklusive der Erschließung bewegt sich die Nachzahlung in einer Größenordnung von 23,4 %. Der einzige „Vorteil“, den der Erwerber hat, ist der Umstand, dass die Beklagte überhaupt bereit ist, ihm ein gemeindliches Grundstück zu verkaufen.

21 Darüber hinaus ist zu beanstanden, dass die streitgegenständliche Regelung keinerlei Abstufungen enthält, um den Umständen des Einzelfalles gerecht zu werden, insbesondere um unzumutbare Härten zu vermeiden. Die Beklagte kann die Nachzahlung unabhängig von Verschuldungsgesichtspunkten, den Motiven der Weiterveräußerung und den individuellen Folgen im Einzelfall verlangen. Insbesondere wird nicht danach differenziert, wie lange der Erwerber das Haus bewohnt hat und welche Hintergründe der Wiederverkauf hat. Die Beklagte hat keine Kriterien aufgestellt, nach denen sie bereit ist, Ausnahmen zu machen, sondern nur bestimmt, dass die Nachforderung erfolgen kann und der Gemeinderat über diese eventuelle Nachentrichtung im Einzelfall entscheidet. Insgesamt besteht damit keine vorhersehbare und konkret bestimmte vertragliche Korrekturmöglichkeit, die geeignet ist, das Verhältnis der beiderseitigen Leistungen insgesamt noch als angemessen i. S. v. § 11 Abs. 2 BauGB und § 307 BGB anzusehen.

22 Mit Blick auf das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion unwirksamer Vertragsklauseln kommt auch eine ergänzende Vertragsauslegung zugunsten der Beklagten nicht in Betracht. Anders als in den Fällen subventionierter Verkäufe von Grundstücken (vgl. BGH, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, Rdnr. 22 ff.) verschiebt sich vorliegend bei einer ersatzlosen Streichung der Vertragsklausel zur Nachzahlungspflicht das Vertragsgefüge gerade nicht unangemessen zu Lasten einer Vertragspartei.

23 c) Selbst wenn man dies zugunsten der Beklagten anders beurteilen würde, ist der Anspruch des Klägers deshalb begründet, weil die Gemeinde einen vertretbaren Abwägungsprozess unter Berücksichtigung der konkret betroffenen Belange des Klägers nicht vorgenommen hat. Hätte sie ihr Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt, wäre sie zwingend zu dem Ergebnis gelangt, dass von einer Nachforderung Abstand zu nehmen ist. Die Beklagte stellt nicht in Frage, dass der Ver-

kauf der Immobilie durch die Trennung bzw. Scheidung der Eheleute veranlasst war. Einen spekulativen Hintergrund, den die Beklagte als Rechtfertigung der Vereinbarung heranzieht, nimmt sie selbst nicht an. Auf Beklagtenseite wurde nur darauf abgestellt, dass eine Scheidung kein ausreichender Grund sei, von der Nachforderung abzusehen und dass finanzielle Härten nicht ausreichend dargestellt seien. Demgegenüber hat der Kläger zumindest jetzt im gerichtlichen Verfahren ausreichend Dokumente vorgelegt, welche die finanziellen Zwänge des Klägers und seiner früheren Ehefrau zum Verkauf der Immobilie belegen. Dies hätte die Beklagte berücksichtigen müssen. Aber auch unabhängig von solchen finanziellen Umständen ist der Senat der Meinung, dass ein Ehepaar, das keinerlei finanziellen Vorteil beim Kauf der Immobilie erhalten hat, im Rahmen einer Scheidung selbst – ohne finanzielle Nachteile – entscheiden darf, wie es mit der für das Zusammenleben gemeinsam erworbenen, bebauten und bewohnten Immobilie verfährt. Die Motive, sich für einen Verkauf zu entscheiden, können wirtschaftlicher oder auch emotionaler Natur sein. Sie fallen jedenfalls in den Bereich der ganz persönlichen, privaten Lebensgestaltung der Betroffenen. Eine sachliche Rechtfertigung zugunsten der Beklagten, die diesbezügliche Entscheidungsfreiheit eines Erwerbers im Rahmen einer Trennung bzw. Scheidung durch die Forderung einer erheblichen Nachzahlung auf den ursprünglichen Kaufpreis einzuschränken, vermag der Senat nicht zu erkennen. Die Entscheidung, dass keiner der beiden getrennten bzw. geschiedenen Ehepartner das bisherige gemeinsame Eigenheim behalten und nutzen kann bzw. will (oder darf), ist vielmehr zu respektieren, ebenso wie die Entscheidung, berufsbedingt den Wohnort zu ändern (vgl. auch OLG Schleswig, Urteil vom 26.3.2010, 17 U 67/08). Insoweit ist die Konstellation auch nicht mit dem Erwerb eines subventionierten Grundstücks vergleichbar, bei dem es für den Käufer keine unzumutbare Belastung darstellt, bei einem vorzeitigem Fortzug auch im Fall nachvollziehbarer persönlicher Gründe den erhaltenen Preisvorteil wieder herauszugeben.

24 Ein Anspruch auf Nachzahlung stand der Beklagten mithin nicht zu, weswegen sie den unter Vorbehalt bezahlten Betrag zurückzuerstatten hat.

(...)

27 IV. Der Senat lässt gemäß § 543 Abs. 2 ZPO die Revision gegen die ansonsten nicht anfechtbare Entscheidung zu, weil die vorstehende Konstellation (Nachzahlungspflicht eines Erwerbers eines gemeindlichen Grundstücks bei vorzeitiger Veräußerung ohne Gewährung eines Preisvorteils) in der Rechtsprechung des BGH noch nicht behandelt worden ist und entsprechende Vertragsbedingungen von der Beklagten, wohl aber auch von anderen Gemeinden, in einer Vielzahl von anderen Fällen verwendet wurden und werden.

ANMERKUNG:

Von Rechtsanwalt Dr. **Jürgen Busse**, München

Mit notariellem Kaufvertrag vom 28.7.2009 veräußerte die Gemeinde an ein Ehepaar Grundstücke zu einem Quadratmeterpreis von 106,75 € einschließlich Erschließungskosten. Im Vertrag wurde festgehalten dass eine Veräußerung unter Wert nicht vorliegt. Des Weiteren verpflichtete sich der Käufer, das Grundstück mit einem Wohnhaus zu bebauen und dieses bis zum Ablauf des achten Jahres ab Bezugsfertigkeit selbst zu bewohnen und in dieser Zeit nicht weiter zu veräußern. Sollte der Käufer diesen Verpflichtungen nicht nachkommen, war die Gemeinde berechtigt, zusätzlich zum Kaufpreis einen Aufschlag von 25 € pro Quadratmeter zu fordern. Der Kläger und seine Ehefrau errichteten ein Wohnhaus, welches sie bis zum Jahr 2011 gemeinsam bewohnten. Nach der Ehescheidung im Jahr 2013 veräußerten sie die Grundstücke an einen Dritten. Daraufhin verlangte die Gemeinde einen Nachzahlungsbetrag i. H. v. 21.425 €. Der Ehemann forderte die Rückerstattung des von ihm unter Vorbehalt gezahlten hälftigen Anteils.

Das OLG München hob das die Klage abweisende Urteil des LG Ingolstadt auf. Es bejahte den Anspruch des Klägers gegen die Gemeinde aus § 812 Abs. 1 Alt. 1 BGB und erachtete die Nachzahlungsverpflichtung für unwirksam. Dabei nahm es eine Inhaltskontrolle der Klausel nach § 307 Abs. 1 BGB vor. Zugleich beurteilte das Gericht die Regelung nach § 11 Satz 1 BauGB, da in dem überwiegend privatrechtlichen Kaufvertrag auch Regelungen zur Bebauung und zur Grundstücksnutzung getroffen wurden.

Mit der Regelung hat die Gemeinde nach Auffassung des OLG gegen das Gebot der angemessenen Vertragsgestaltung verstoßen. Zwar sei der Gemeinde das Recht einzuräumen, Vertragsklauseln zu formulieren, die zum Beispiel der Spekulationsbekämpfung dienen. Jedoch sei hier dem Kläger kein Preisvorteil eingeräumt worden, sodass die Klausel offensichtlich unverhältnismäßig sei. Um die Verhältnismäßigkeit zu wahren, hätte eine Regelung genügt, dass beim Weiterverkauf des Grundstücks die Differenz zwischen Verkehrswert zum Zeitpunkt des Erwerbs im Verhältnis zum Verkehrswert zum Zeitpunkt des Verkaufs nachzuentrichten ist. Zudem enthalte die Regelung keine Abstufungen, um den Umständen des Einzelfalles gerecht zu werden, insbesondere um unzumutbare Härten zu vermeiden.

Die Gemeinde kann bei kommunalen Grundstücksverkäufen keine umfassende Vertragsfreiheit beanspruchen.¹

Nach der Rechtsprechung des BVerfG unterliegen Fiskalgeschäfte der Gemeinden der Bindung an die Grundrechte.²

- 1 Zur Frage der Verpflichtung, kommunale Grundstücksverkäufe auszuschreiben, siehe BGH, Urteil vom 3.8.2011, 10 ZR 55/10, NZBau 2012, 45.
- 2 BVerfG, Beschluss vom 19.7.2016, 2 BvR 470/08, DVBl. 2016, 1597.

Das BVerfG legt dar, dass es den Gemeinden nicht von vornherein verwehrt ist, bei Rechtsgeschäften ihre Einwohner bevorzugt zu behandeln. Die darin liegende Ungleichbehandlung muss sich jedoch am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG messen lassen und daher durch Sachgründe gerechtfertigt sein.

Beim vorliegenden Kauf handelte sich um keinen subventionierten Kauf, wie dies im Rahmen von Einheimischenmodellen der Fall ist.³ Daher ist dem OLG München in seiner Entscheidung vom 2.5.2017 zuzustimmen, dass die mit der Gemeinde vereinbarte Nachzahlungsverpflichtung bei einer Verletzung der „Behaltensfrist“ gegen das Gebot der angemessenen Vertragsgestaltung verstößt.

Da die Gemeinde diese Klausel gleichartig bei zahlreichen Verträgen in dem Baugebiet verwendet hat, geht das OLG München im Rahmen der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB i. V. m. § 134 BGB zutreffend von der Unangemessenheit und damit der Nichtigkeit der Regelung aus.

Zwar ist die Gemeinde nicht daran gehindert, Nutzungsbindungen vertraglich zu vereinbaren, um zum Beispiel Spekulationen zu verhindern. Jedoch muss dieses Mittel geeignet und verhältnismäßig sein.⁴

Die Verhältnismäßigkeit liegt hier nicht vor und es wird auch nicht der „besondere Härtefall“ berücksichtigt (zulässig wäre zum Beispiel eine Klausel, mit der die Nachzahlung auf die Bodenwertsteigerung beschränkt wird).

Eine sinnvollere Vertragsgestaltung für die Gemeinde wäre es, das Ziel einer Eigennutzung durch den Käufer und der Verhinderung von Bodenspekulationen durch Erbbaurechtsmodelle zu sichern.⁵

Fraglich ist, ob die Aussage des OLG München, dass die Regelung auch nach § 11 Abs. 2 BauGB unzulässig ist, zutrifft. Die Gemeinde hat den Grundstücksverkauf nicht im Rahmen eines Einheimischenmodells im Zusammenhang mit einer Bauleitplanung vorgenommen sondern nach Abschluss der Bauleitplanung den Grundstücksverkauf zum Verkehrswert getätigt.

Ein städtebaulicher Vertrag liegt jedoch nur vor, wenn ein Zusammenhang mit einer gemeindlichen Bauleitplanung besteht.⁶

3 *Grziwotz*, ZfIR 2017, 221 ff.

4 BGH, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, ZfIR 2010, 462 zur Zulässigkeit von Bindungsfristen.

5 Zutreffend *Grziwotz*, Städtebauliche Verträge mit sozialer Zwecksetzung, in Spannowsky/K. Hofmeister, Kooperative und nachfrageorientierte Kommunalentwicklung durch städtebauliche Verträge, 2016, S. 109, 131.

6 BGH, Urteil vom 30.9.2006, V ZR 37/05, WM 2006, 300, 301; BGH, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 144/14, BGHZ 206, 120.

5. Kein Notwegerecht durch langjährige, unbeanstandete Nutzung

OLG Saarbrücken, Urteil vom 9.5.2017, 1 U 81/16

BGB § 151 Satz 1, §§ 242, 598, 917 Abs. 1 und 2

LEITSÄTZE:

1. **Allein die langjährige, unbeanstandete Nutzung des über ein fremdes Grundstück verlaufenden Weges begründet kein Notwegerecht im Sinne des § 917 Abs. 1 BGB.**
2. **Allerdings kann hieraus auf das Zustandekommen eines Leihvertrags geschlossen werden; bei der Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigung dieses Vertrags greift § 242 BGB ein.**

6. Übernahme der Unterkunftskosten nach SGB II bei lebenslangem Wohnungsrecht ohne Regelung zur Entgeltlichkeit in der notariellen Bestellsurkunde

LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 2.3.2017, L 19 AS 1458/16

SGB II § 22 Abs. 1 Satz 1

SGB X § 44 Abs. 1

BGB §§ 117, 1093 Abs. 1 Satz 1

LEITSÄTZE:

1. **Zweck der Regelung über die Erstattung der Kosten für die Unterkunft im Rahmen der Grundsicherung für Arbeitsuchende ist es, existentielle Notlagen zu beseitigen und den Eintritt von Wohnungslosigkeit zu verhindern. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Ist ein im Grundbuch eingetragenes, lebenslanges Wohnungsrecht nicht daran gebunden, dass der Mietzins entrichtet wird, droht den Beteiligten bei Nichtzahlung der Miete bzw. Kündigung des Mietvertrages keine Wohnungslosigkeit. Der Anspruch auf Übernahme der Unterkunftskosten entfällt damit. (Leitsatz der Schriftleitung)**

SACHVERHALT:

(...)

2 Die miteinander verheirateten Kläger zu 1 und zu 2 erwarben im Jahr 2003 ein etwa 55 Jahre altes Mehrfamilienhaus mit drei Wohnungen in C zu einem Preis von 146.000 €. Sie waren Miteigentümer je zur Hälfte und bewohnten mit ihren vier Kindern, unter anderem mit den 1995 und 1996 geborenen Klägern zu 3 und zu 4, die Wohnung im ersten Obergeschoss. Die beiden anderen Wohnungen waren vermietet.

3 Am 19.2.2014 schlossen die Kläger zu 1 und 2 mit ihrem 1989 geborenen Sohn, dem Zeugen, einen notariellen Kaufvertrag, in dem sie ihm das Haus zu einem Kaufpreis von 144.000 € veräußerten.

Der Kaufpreis entsprach der Summe der auf dem Grundstück lastenden Grundschulden; die durch die Grundschulden gesicherten Darlehensforderungen (i. H. v. 132.629,81 €) waren geringer. Der Kaufpreis wurde zur Tilgung der durch Grundschulden gesicherten Darlehensverbindlichkeiten der Kläger zu 1 und zu 2 verwandt; eine teilweise Auszahlung des Kaufpreises an die beiden Kläger zu 1 und zu 2 erfolgte nicht. In § 5 des Kaufvertrages wurde vereinbart, dass sich die Kläger zu 1 und 2 an den gesamten Wohnräumen des Obergeschosses ein lebenslanges, dinglich gesichertes Wohnungsrecht vorbehalten. Ferner wurde vereinbart, dass die auf das Wohnungsrecht anfallenden verbrauchsabhängigen Nebenkosten wie Wasser, Kanal, Müllabfuhr und Heizkosten von den Klägern zu 1 und 2 zu tragen sind. Die Überlassung des Wohnungsrechts an Dritte wurde nicht gestattet. (...) Zum 1.4.2014 zogen der Zeuge und sein Bruder N aus der elterlichen Wohnung aus und bezogen die im Anbau des Hauses befindliche Wohnung.

4 Im April 2014 beantragten die Kläger bei der Beklagten die Gewährung von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II, nachdem der Kläger zu 1 bis zum 13.4.2014 Arbeitslosengeld I bezogen hatte. Bei der Antragstellung legten die Kläger einen vom Kläger zu 1 und dem Zeugen unterzeichneten Mietvertrag vom 15.4.2014 vor, wonach sie ab dem 1.4.2014 eine Grundmiete von 400 €, Nebenkosten i. H. v. 130 € und Heizkosten i. H. v. 174 € an den Zeugen zu zahlen haben. Die Beklagte bat um Darlegung, aus welchen Gründen das Haus so kurz vor Beantragung der SGB-II-Leistungen veräußert worden sei. Der Kläger zu 1 gab hierzu an, dass er sich die Hausfinanzierung nach Kündigung seines Arbeitsverhältnisses im Jahre 2012 nicht mehr leisten können. Er habe das Haus damals schon veräußern wollen. Sein Sohn sei an einem Erwerb interessiert gewesen, da dieser jedoch nur einen befristeten Arbeitsvertrag gehabt habe, habe er keine Finanzierung erhalten. Erst am 17.1.2014 habe dieser einen unbefristeten Arbeitsvertrag erhalten, sodass er das Haus dann habe finanzieren können.

5 Die Beklagte bewilligte den Klägern daraufhin für die Zeit vom 1.4.2014 bis zum 30.9.2014 Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II in Höhe von insgesamt 1.268 € und berücksichtigte dabei (...) Kosten für Unterkunft und Heizung in Höhe von insgesamt 304 € (Nebenkosten 130 € + Heizkosten 174 €). Die Grundmiete i. H. v. 400 € blieb als Bedarf unberücksichtigt.

6 Hiergegen erhoben die Kläger Widerspruch und machten geltend, trotz des lebenslangen Wohnungsrechts seien sie zur Mietzahlung verpflichtet. Auf Veranlassung der Kläger teilte der Notar, der den Kaufvertrag beurkundet hatte, der Beklagten mit, dass das dingliche Wohnungsrecht von Gesetzes wegen immer unentgeltlich sei, die Vertragsparteien daneben jedoch schuldrechtliche Vereinbarungen wie zum Beispiel einen Mietvertrag treffen könnten. Der Kaufvertrag sage hierzu nichts aus, da schuldrechtliche Vereinbarungen nicht zum Inhalt der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit gemacht werden könnten.

7 Der Hochsauerlandkreis wies den Widerspruch als unbegründet zurück. Voraussetzung für die Übernahme der Miete sei, dass diese auch tatsächlich entstehe. Dies sei hier nicht der Fall, da die Unterkunft unentgeltlich gewährt werden müsse. Lediglich die Neben- und Heizkosten müssten übernommen werden, da dies der Kaufvertrag vorsehe. Auch sei eine Zahlung der Miete nicht nachgewiesen. Ferner sei auch der enge zeitliche Zusammenhang zwischen Hausverkauf und Beantragung der SGB-II-Leistungen zu sehen.

8 Am 17.9.2014 beantragten die Kläger die Überprüfung des Bewilligungsbescheides in Gestalt des Widerspruchsbescheides nach § 44 SGB X. Sie machten erneut geltend, dass die Kaltmiete i. H. v. 400 € zu übernehmen sei. Hätte es den Hausverkauf nicht gegeben, hätten zumindest die Darlehenszinsen übernommen werden müssen.

9 Die Beklagte lehnte den Überprüfungsantrag ab; der hiergegen gerichtete Widerspruch blieb ebenfalls erfolglos. Ergänzend wurde ausgeführt, auch wenn vorliegend ein Mietvertrag bestehe, verstoße dieser nach § 138 BGB gegen die guten Sitten, da dieser in erster Linie darauf angelegt sei, die Vermögensverhältnisse zum Schaden

des Trägers der Leistungen nach dem SGB II und damit auf Kosten der Allgemeinheit zu regeln. Die Kläger könnten ihren Unterkunftsbedarf durch das eingeräumte Wohnungsrecht decken, da der Zeuge die Ausübung dulden müsse, ohne hierfür eine gesonderte Entschädigung verlangen zu können.

10 Hiergegen haben die Kläger Klage vor dem SG Dortmund erhoben.

11 Sie haben die Auffassung vertreten, der Mietvertrag verstoße nicht gegen die guten Sitten, da dieser überhaupt Grundlage dafür gewesen sei, dass der Zeuge bereit gewesen sei, das Haus zu erwerben. Da er Darlehensverbindlichkeiten habe eingehen müssen, habe er diese in Form von Mieteinnahmen refinanzieren müssen.

(...)

15 Mit Urteil vom 30.5.2016 hat das SG den angefochtenen Bescheid geändert und die Beklagte verpflichtet, den Klägern für die Zeit vom 1.4.2014 bis zum 30.9.2014 monatlich weitere Kosten der Unterkunft und Heizung i. H. v. 400 € zu gewähren. Zur Begründung seiner Entscheidung hat das SG im Wesentlichen ausgeführt, die Kläger verfügten über einen wirksamen Mietvertrag, aufgrund dessen sie ab dem 1.4.2014 die Zahlung einer Grundmiete i. H. v. 400 € monatlich schuldeten. Die Kläger seien aufgrund des Mietvertrages einer konkreten Zahlungsverpflichtung ausgesetzt. Der Mietvertrag verstoße nicht gegen die guten Sitten und sei deshalb nicht nach § 138 BGB nichtig, denn der Mietvertrag sei nicht nach Inhalt, Zweck und Beweggrund in erster Linie darauf angelegt, Vermögensverhältnisse zum Schaden des SGB-II-Trägers und damit auf Kosten der Allgemeinheit zu regeln. Die Kammer habe auch keine Veranlassung gesehen, von einem Scheingeschäft i. S. d. § 117 Abs. 1 BGB auszugehen. Dementsprechend seien die mietvertraglich vereinbarten Kosten als tatsächliche Aufwendungen nach § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II von der Beklagten bei der Leistungsbewilligung zu berücksichtigen.

16 Gegen das Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt.

17 Sie trägt vor, die Miete stelle keine angemessene Aufwendung im Sinne des SGB II dar. Durch die vertraglich vereinbarte Zahlung einer monatlichen Kaltmiete i. H. v. 400 € würde der Steuerzahler de facto dazu beitragen, dass der Zeuge seine monatlichen Verpflichtungen gegenüber der Bank bedienen könne, obgleich die Kläger aufgrund des dinglich gesicherten Wohnungsrechts unentgeltlich wohnen könnten. Dieses dingliche Recht verleihe den Klägern nach § 1093 Abs. 1 BGB die Befugnis zum Wohnen in dem auf dem belasteten Grundstück befindlichen Gebäude unter Ausschluss des Eigentümers. Der Zeuge habe als Eigentümer die Pflicht, die Ausübung des Wohnungsrechts zu dulden, ohne dass er hierfür eine gesonderte Entschädigung verlangen könne, den Berechtigten träfen nur die Pflichten des Nießbrauchers. Vor diesem Hintergrund verstoße der Mietvertrag gegen die guten Sitten und sei nach § 138 BGB nichtig. (...)

(...)

20 Die Kläger halten das angefochtene Urteil für zutreffend und tragen ergänzend vor, die Beklagte unterstelle ihnen im Ergebnis ein unredliches Verhalten. Wäre die Übertragung des Hausgrundstücks nicht erfolgt, hätte die Beklagte ihnen indes ebenfalls weitere Unterkunfts-kosten gewähren müssen. Denn zum Zeitpunkt der Übertragung hätten Darlehensverbindlichkeiten bestanden, für die sie Zinsen hätten zahlen müssen. Diese Darlehenszinsen hätte die Beklagte ihnen auch als Unterkunfts-kosten gewähren müssen. Dies unterscheide den streitgegenständlichen Sachverhalt entscheidend von dem Verfahren, den das LSG Baden-Württemberg in dem von der Beklagten zitierten Urteil zu entscheiden gehabt habe, denn dort hätten die Beteiligten eine Zahlungsverpflichtung konstruiert, die ansonsten gar nicht bestanden hätte. Vorliegend habe dagegen durchgehend eine Zahlungsverpflichtung bestanden. Insbesondere hätten die Beteiligten auch kein unentgeltliches Wohnungsrecht vereinbaren und über die rechtliche Konstruktion eines Mietvertrages eine Zahlungsverpflichtung zulasten der Beklagten schaffen wollen. Die Vereinbarung (auch) eines Wohnungsrechts sei auf Vorschlag des Notars

erfolgt, eine solche Konstruktion sei ihnen überhaupt nicht bekannt gewesen. Grundlegende Überlegung sei gewesen, dass eine Übertragung gegen Übernahme der Darlehensverbindlichkeiten nur dann erfolge, wenn die Kläger ihr „Recht zum Wohnen“ gegen Zahlung von Miete, Heiz- und Betriebskosten erhalten. Dieses Begehren sei ohne Weiteres nachvollziehbar und verstoße nicht gegen die guten Sitten im Sinne von § 138 BGB.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

23 Die Berufung der Beklagten ist zulässig und begründet.

24 Das SG hat der auf die Gewährung höherer Leistungen für Unterkunft und Heizung gerichteten Klage zu Unrecht stattgegeben.

(...)

28 (...) Die Kläger haben – neben den bereits bewilligten Leistungen für die Kosten von Unterkunft und Heizung in Höhe von insgesamt 304 € (Nebenkosten 130 € + Heizkosten 174 €) – im Monat Mai 2014 keinen Anspruch auf weitere Leistungen für Unterkunft und Heizung i. H. v. 400 €.

29 Nach § 22 Abs. 1 Satz 1 SGB II werden Leistungen für Unterkunft und Heizung in Höhe der tatsächlichen Aufwendungen erbracht, soweit diese angemessen sind. Übernahmefähig sind die tatsächlichen Mietkosten einschließlich der zu zahlenden Nebenkosten. Bereits aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich eindeutig, dass der Grundsicherungsträger nur solche Kosten zu übernehmen hat, die dem Leistungsberechtigten tatsächlich entstanden sind und für deren Deckung ein Bedarf besteht. Dies sind in erster Linie Kosten, die durch Mietvertrag entstanden sind, wie sie die Kläger vorliegend auch geltend machen. „Tatsächliche Aufwendungen“ für eine Wohnung liegen allerdings nicht nur dann vor, wenn der Leistungsberechtigte die Miete bereits gezahlt hat und nunmehr deren Erstattung verlangt. Vielmehr reicht es aus, dass der Leistungsberechtigte im jeweiligen Leistungszeitraum einer wirksamen und nicht dauerhaft gestundeten Mietzinsforderung ausgesetzt ist (vgl. BSG, Urteile vom 23.5.2013, B 4 AS 67/12 R, BSGE 113, 270 m. w. N. und vom 3.3.2009, B 4 AS 37/08 R, SozR 4-4200 § 22 Nr. 15). Denn bei Nichtzahlung der Miete droht regelmäßig Kündigung und Räumung der Unterkunft. Zweck der Regelung über die Erstattung der Kosten für die Unterkunft ist es aber gerade, existenzielle Notlagen zu beseitigen und den Eintritt von Wohnungslosigkeit zu verhindern. Der Leistungsberechtigte wird – solange er im Leistungsbezug steht – zumeist auf die Übernahme der Unterkunfts-kosten durch den Grundsicherungsträger angewiesen sein. Ob ein rechtlicher Bindungswille der Beteiligten besteht, beurteilt sich auch bei einem Mietverhältnis zwischen Familienangehörigen nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls. Ausgangspunkt für die Frage, ob eine wirksame Mietzinsverpflichtung des Leistungsberechtigten vorliegt, ist dabei in erster Linie der Mietvertrag, mit dem der geschuldete Mietzins vertraglich vereinbart worden ist (vgl. BSG, Urteile vom 7.5.2009, B 14 AS 31/07 R, SozR 4-4200 § 22 Nr. 21 und vom 3.3.2009, a. a. O.).

30 Vorliegend lässt sich eine ernsthafte Verpflichtung der Kläger zur Zahlung eines monatlichen Mietzinses i. H. v. 400 €

zur Überzeugung des Senats nicht feststellen. Der Senat geht vielmehr davon aus, dass es sich bei dem Mietvertrag um ein Scheingeschäft i. S. v. § 117 BGB handelt. Ein solches Scheingeschäft liegt vor, wenn die Vertragsparteien einverständlich nur den äußeren Schein eines Rechtsgeschäftes hervorrufen, dagegen die mit dem Geschäft verbundenen Rechtsfolgen nicht eintreten lassen wollen. Dies ist hier zur Überzeugung des Senats der Fall.

31 So ist zunächst auffallend, dass die Klägerin zu 2, die im Mietvertrag neben dem Kläger zu 1 als Mieterin aufgeführt ist, den Mietvertrag nicht unterschrieben hat und auch die zum Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrages am 15.4.2014 volljährigen Kläger zu 3 und zu 4 nicht in den Mietvertrag mit einbezogen worden sind. Die Erklärung der Klägerin zu 2 im Termin, dass sie als Vertragspartei keine Notwendigkeit gesehen habe, den Vertrag zu unterschreiben, da ihr Ehemann die Unterschrift geleistet habe, spricht eher gegen einen rechtlichen Bindungswillen der Klägerin zu 2. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass in einem zeitlich kurzen Abstand vom Kläger zu 1 unterschiedliche Angaben zur Höhe der zu entrichtenden Miete gemacht worden sind. Während in der am 11.4.2014 unterzeichneten „Anlage KdU“ die Grundmiete mit 495 €, die Nebenkosten mit 160 € (40 € pro Person) und die Heizkosten mit 100 € angegeben worden sind, wurden in dem nur vier Tage später unterzeichneten Mietvertrag vom 15.4.2014 die Netto-Kaltmiete mit 400 €, die kalten Betriebskosten mit 130 € und die Heizkostenvorauszahlung mit 174 € beziffert. Auch der Einschätzung des SG, es halte die Aussage des Zeugen, für ihn seien die Mietzahlungen unabdingbare Voraussetzung für den Erwerb des Hauses gewesen, da er die für den Kauf eingegangenen Darlehensverbindlichkeiten aus seinem Einkommen nicht habe aufbringen können, für glaubhaft und nachvollziehbar, vermag der Senat nicht zu folgen. Zwar hat der Zeuge aufgrund des Darlehens monatliche Verbindlichkeiten i. H. v. 650 € gegenüber der Bank. Er hat sein monatliches Nettoeinkommen aber mit immerhin 2.100 € bis 2.200 € angegeben, darüber hinaus hatte er Mieteinnahmen aufgrund der im Erdgeschoss vermieteten Wohnung i. H. v. 430 € (bei einer ursprünglichen Kaltmiete von 300 €, die zwischenzeitlich auf 400 € angehoben worden ist). Sofern (weitere) Mieteinnahmen unabdingbare Voraussetzung für den Erwerb des Hauses gewesen wären, hätte es auch nahegelegen, eine Miete von dem Bruder N, der zum 1.4.2014 ebenfalls in den Anbau des Hauses gezogen ist, zu verlangen. Dieser aber hat sich nach Aussage des Zeugen an den Kosten des Hauses, einschließlich der Nebenkosten, nicht beteiligt. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Kläger der vermeintlichen Mietzinsverpflichtung von Beginn an nicht nachgekommen sind – ohne dass dies für sie negative Konsequenzen haben könnte (dazu sogleich) – und lediglich die von der Beklagten erbrachten Leistungen für die Nebenkosten an ihren Sohn weitergeleitet haben. Eine Betriebs- und Nebenkostenabrechnung ist nach der Aussage des Zeugen bislang zu keinem Zeitpunkt erstellt worden. In einer Gesamtschau sprechen diese Umstände dafür, dass sich die Kläger zu 1 und 2 sowie ihr Sohn als Hauseigentümer letztlich darüber einig waren, dass (allein) die Beklagte die Grundmiete übernehmen, mithin diese die eigentliche Schuldnerin für die vermeintlichen Mietzinsverpflichtung sein sollte und nicht die Kläger.

32 Vermochte sich der Senat schon nicht davon zu überzeugen, dass die Kläger einer ernsthaften, mietvertraglich vereinbarten Mietzinsverpflichtung ausgesetzt sind, kommt eine Verpflichtung der Beklagten zur Übernahme der Miete auch aus einem weiteren Grund nicht in Betracht. Das BSG hat unter Hinweis darauf, dass bei Nichtzahlung der Miete regelmäßige Kündigung und Räumung der Unterkunft drohe, ausdrücklich klargestellt, dass es gerade Sinn und Zweck der Regelung über die Erstattung der Kosten für die Unterkunft ist, existenzielle Notlagen zu beseitigen und den Eintritt von Wohnungslosigkeit zu verhindern (BSG, Urteil vom 3.3.2009, a. a. O.). Vorliegend droht den Klägern aber selbst in dem Falle, dass der – auf die gesetzlichen Kündigungsfristen verweisende – Mietvertrag ernst gemeint ist, bei Nichtzahlung der Miete bzw. Kündigung des Mietvertrages seitens des Zeugen keine Wohnungslosigkeit. Vielmehr haben die Kläger zu 1 und 2 aufgrund des in dem notariellen Kaufvertrag vereinbarten und im Grundbuch eingetragenen lebenslangen Wohnungsrechts eine Rechtsposition inne, die auch durch eine etwaige Kündigung des Mietvertrages nicht zu einem Wohnungsverlust führen kann. Denn das Wohnungsrecht ist vorliegend nicht daran gebunden, dass der Mietzins entrichtet wird.

33 Nach § 1093 Abs. 1 Satz 1 BGB kann als beschränkte persönliche Dienstbarkeit das Recht bestellt werden, ein Gebäude oder einen Teil eines Gebäudes unter Ausschluss des Eigentümers als Wohnung zu benutzen. Das dingliche Wohnungsrecht ist grundsätzlich als abstrakt dingliches Recht weder entgeltlich noch unentgeltlich. Daher kann als dinglicher Rechtsinhalt weder die Verpflichtung zur Zahlung eines Entgelts im Grundbuch eingetragen werden noch eine Vereinbarung, wonach jemand ein unentgeltliches Wohnungsrecht erhält (vgl. hierzu *Staudinger/Reymann*, Neub. 2017, § 1093 Rdnr. 11). Rechtsgrund für ein dingliches Wohnungsrecht ist der schuldrechtliche Vertrag, in dem Verpflichteter und Berechtigter die Bestellung vereinbart haben (BGH, Urteil vom 13.11.1998, V ZR 29/98, NJW-RR 1999, 376), wobei es den Vertragschließenden freisteht, neben der schuldrechtlichen Vereinbarung über die Bestellung eines (dinglichen) Wohnungsrechts zusätzlich einen Mietvertrag über die von dem dinglichen Recht erfasste Wohnung abzuschließen (vgl. BGH, Urteil vom 13.11.1998, a. a. O.; *jurisPK-BGB/Alpmann*, 7. Aufl., § 1093 Rdnr. 9; *Staudinger/Reymann*, a. a. O. Rdnr. 9 f.). Die beiden Rechtsverhältnisse – schuldrechtliche Vereinbarung über die Bestellung des Wohnungsrechts und Mietvertrag – sind grundsätzlich abstrakt voneinander, sofern nicht besondere Vereinbarungen getroffen werden. In der schuldrechtlichen Vereinbarung über die Bestellung eines dinglichen Wohnrechts kann eine periodisch wiederkehrende mietzinsähnliche Entgeltzahlung an den Eigentümer vereinbart und die Entgeltzahlung zur (auflösenden) Bedingung des Wohnungsrechts gemacht werden, sodass durch eine auflösende Bedingung das Wohnungsrecht mit einer Gegenleistung verknüpft werden kann (*MünchKomm-BGB/Joost*, 6. Aufl., § 1093 Rdnr. 21). Die Kündigung eines dinglichen Wohnungsrechts kommt ebenso wie die Kündigung des seiner Bestellung zugrunde liegenden schuldrechtlichen Vertrags nur dann in Betracht, wenn das als Inhalt des Rechts ausdrücklich vereinbart ist (vgl. BGH, Urteil vom 11.3.2016, V ZR 208/15, NJW-RR 2017, 140 m. w. N.; *Staudinger/Reymann*, a. a. O. Rdnr. 11).

34 Vorliegend stellt der notarielle Kaufvertrag vom 19.2.2014 und nicht der – erst nachfolgend abgeschlossene – Mietvertrag vom 15.4.2014 den schuldrechtlichen Rechtsgrund für die Einräumung des Wohnungsrechts dar. Der Kaufvertrag enthält weder eine Vereinbarung über die Verpflichtung zur Zahlung eines Entgelts noch eine Vereinbarung über eine auflösende Bedingung, wonach die Dauer des Wohnungsrechts vom Fortbestand eines Mietverhältnisses abhängig gemacht wird. Es gibt im notariellen Kaufvertrag vom 19.2.2014 keine Anhaltspunkte dafür, dass eine etwaige Kündigung des Mietverhältnisses als auflösende Bedingung für das Wohnungsrecht vereinbart worden ist. Zum einen war der Mietvertrag im Zeitpunkt der Vereinbarung des notariellen Kaufvertrages noch gar nicht abgeschlossen, sodass schon von daher das Wohnungsrecht nicht an die Existenz des Mietvertrages gebunden werden konnte, zum anderen haben sich die Kläger zu 1 und 2 in § 5 des Kaufvertrages an den gesamten Wohnräumen des Obergeschosses ausdrücklich ein lebenslanges Wohnungsrecht vorbehalten. Auch der als Zeuge vernommene Sohn der Kläger hat in seiner Aussage eingeräumt, er sei damit einverstanden gewesen, dass er seine Eltern bei Einräumung des Wohnrechts „nicht rausschmeißen“ könne. Insoweit haben die vom Zeugen bekundeten Vorstellungen, dass er auf die Mietzahlungen seiner Eltern finanziell angewiesen sei, um die aus der Übernahme der Darlehensverpflichtungen seiner Eltern sich ergebenden finanziellen Lasten zu tragen, sich nicht im Inhalt des Kaufvertrages, insbesondere im Hinblick auf Umfang und Bedingung des Wohnungsrechts seiner Eltern an der Wohnung im ersten Obergeschoss, niedergeschlagen.

35 Da die Kündigung des Mietvertrages im vorliegenden Fall keine auflösende Bedingung für das Wohnungsrecht darstellt, würde die Kündigung des Mietvertrages nicht zum Wegfall des Rechtsgrundes für das Wohnungsrecht führen. Vielmehr würde das Wohnungsrecht als kein der Kündigung zugängliches Dauerschuldverhältnis von der Kündigung des zusätzlich abgeschlossenen Mietvertrages unberührt bleiben (vgl. BGH, Urteil vom 13.11.1998, a. a. O.). Es gibt dementsprechend keinen Hinweis darauf, dass durch Kündigung des Mietvertrages die Berechtigung der Kläger zu 1 und 2 bezüglich des Wohnungsrechts erlöschen könnte. Weil es sich weder bei dem dinglichen Recht selbst noch bei dem Bestellungsvertrag um Dauerschuldverhältnisse handelt, können im Übrigen auch weder auf den Bestellungsvertrag noch auf das dingliche Recht die Vorschriften über die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund in §§ 314 oder 543 BGB analog angewendet werden (vgl. BGH, Urteil vom 11.3.2016, a. a. O.).

36 Ist nach alledem das Wohnraumbedürfnis der Kläger zu 1 und 2 unabhängig davon, ob sie jemals einen Mietzins entrichten, aufgrund des ihnen eingeräumten lebenslangen Wohnungsrechts auf Dauer befriedigt, liefe eine dennoch erfolgte Verpflichtung der Beklagten zur Übernahme der Miete – worauf die Beklagte zutreffend hinweist – faktisch darauf hinaus, dass der Steuerzahler dazu beitragen würde, dass der – nicht hilfbedürftige – Sohn der Kläger seine monatlichen Verpflichtungen gegenüber der Bank bedient.

(...)

ANMERKUNG:

Von Rechtsanwältin Dr. Gudrun Doering-Striening, Essen

Das LSG Nordrhein-Westfalen verneinte im Rahmen eines Zugunstenverfahrens (§ 44 SGB X) im vorliegenden Fall einen Anspruch auf Kosten der Unterkunft nach § 22 SGB II. Dazu prüfte es Verpflichtungen aus einem Mietvertrag und einem dinglichen Wohnrecht. Es ist möglich, beides nebeneinander zu vereinbaren.¹ Zwischen nahen Angehörigen sind die Anforderungen an die Ernsthaftigkeit zivilrechtlich² wie sozialrechtlich³ jedoch hoch. Das LSG bezweifelte, dass die Kläger überhaupt einer ernsthaften, mietvertraglich vereinbarten Mietzinsverpflichtung ausgesetzt waren.

Das LSG wollte sich allerdings nicht auf diese Argumentation alleine stützen. Sinn und Zweck der Regelung über die Erstattung der Kosten der Unterkunft im SGB II sei es, existenzielle Notlagen zu beseitigen und den Eintritt der Wohnungslosigkeit zu verhindern.⁴ Aufgrund des dinglichen Wohnungsrechts, das den Bedarf der Kläger an Unterkunft decke, könne eine solche Situation aber gar nicht drohen. Ein solches Wohnungsrecht ist ebenso wenig wie der Vertrag über dessen Bestellung einer Kündigung zugänglich.⁵ Ausnahme: In der dem Wohnungsrecht zugrunde liegenden Vereinbarung ist eine mietzinsähnliche Entgeltzahlung an den Eigentümer vereinbart⁶ und die Entgeltzahlung ist zur (auflösenden) Bedingung des Wohnungsrechts gemacht worden.⁷ Mangels einer solchen Gestaltung konnte das LSG von einer Bedarfsdeckung ausgehen.

Der Fall zeigt, dass bei der Vertragsgestaltung immer auch der Bezug oder der drohende Entzug von subsidiär ausgestalteten Sozialleistungen abgefragt werden muss. Vorbehaltene Rechte oder vereinbarte Gegenleistungen können Leistungsansprüche aus dem SGB II/SGB XII gar nicht erst entstehen oder wegfallen lassen. Die Reparatur solcher Fehler ist problematisch. Grundsätzlich kann man das Wohnungsrecht nachträglich durch einen Mietvertrag ersetzen.⁸ Das ist ein Verzicht. Verzichte stellen Schenkungen dar, die Schenkungsrückforderungsansprüche (§ 528 BGB) auslö-

- 1 BGH, Urteil vom 27.6.2014, V ZR 51/13, NJW-RR 2014, 1423; BGH, Urteil vom 13.11.1998, V ZR 29/98, Rpfleger 1999, 122; LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 8.2.2011, L 12 AS 4387/10, n. v.; BFH, Urteil vom 17.2.2003, IX R 60/98, BFHE 204, 485.
- 2 BGH, Urteil vom 21.9.2016, VIII ZR 277/15, MDR 2016, 1373; BGH, Urteil vom 21.9.2016, VIII ZR 188/15, NJW 2016, 3787.
- 3 BSG, Urteil vom 7.5.2009, B 14 AS 13/07 R, NZS 2010, 148; BSG, Urteil vom 23.5.2013, B 4 AS 67/12 R, NZM 2014, 684; LSG NRW, Urteil vom 16.10.2016, L 2 AS 242/12, n. v.; LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 10.9.2009, L 34 AS 1321/08, n. v.
- 4 BSG, Urteil vom 3.3.2009, B 4 AS 37/08 R, NJW 2009, 2479.
- 5 BGH, Urteil vom 27.6.2014, V ZR 51/13, NJW-RR 2014, 1423; BGH, Urteil vom 11.3.2016, V ZR 208/15, WM 2016, 2223.
- 6 BGH, Urteil vom 11.3.2016, V ZR 208/15, NJW-RR 2017, 140.
- 7 BGH, Urteil vom 27.6.2014, V ZR 51/13, NJW-RR 2014, 1423; BGH, Urteil vom 10.5.1968, V ZR 221/64, WM 1968, 775.
- 8 Aus steuerlicher Sicht vgl. BFH, Urteil vom 17.12.2003, IX R 60/98, BFHE 204, 485.

sen. In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, dass der Kapitalwert des Wohnungsrechts und die übernommenen Verpflichtungen zusammengenommen den Wert der Immobilie bei weitem übersteigen. Letztlich haben die Kläger etwas von ihrem Sohn, nämlich das Wohnungsrecht – weitgehend unentgeltlich – zugewendet erhalten. Unter dem Strich würde bei einer „Reparatur“ also lediglich auf ein Recht aus einer irrümlichen Schenkung verzichtet. Man wird wohl § 529 BGB – im Sinne einer allgemeinen Billigkeitsnorm – bemühen müssen, um die Reparaturarbeiten möglichst „einsturzfest“ zu machen. Die Sozialgerichtsbarkeit sieht in nachträglichen Vereinbarungen in der Regel eher den nicht zu berücksichtigenden Versuch, eine Grundlage zur Erlangung von Zahlungen für den Dritten zu schaffen.⁹

⁹ LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 16.2.2016, L 2 AS 242/12, n. v.

BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

7. Erfordernis eines Prüfvermerks – § 15 Abs. 3 Satz 1 GBO erfordert in Fällen der „Unterschriftsbeglaubigung ohne Entwurf“ einen Prüfvermerk des Notars

OLG Celle, Beschluss vom 6.11.2017, 18 W 57/17

GBO § 15 Abs. 3 Satz 1, § 18 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Im Anwendungsbereich von § 15 Abs. 3 Satz 1 GBO muss für das Grundbuchamt aus den betroffenen Urkunden selbst ohne Nachforschungen ersichtlich sein, dass die Prüfung der Eintragungsfähigkeit erfolgt ist.
2. Im Falle der „Unterschriftsbeglaubigung ohne Entwurf“ erfordert § 15 Abs. 3 Satz 1 GBO einen Prüfvermerk, zum Beispiel in Form einer Eigenurkunde oder durch formlose Bestätigung im Antragsschreiben.
3. Ist der Nachweis nicht erbracht, liegt ein Eintragungshindernis i. S. d. § 18 Abs. 1 GBO vor.

8. Löschung einer Grunddienstbarkeit nach Teilung des Grundstücks

OLG München, Beschluss vom 25.7.2017, 34 Wx 390/16

BGB §§ 874, 891, 894, 1018, 1026

GBO § 2 Abs. 2, § 13 Abs. 1, § 15 Abs. 2, §§ 19, 22 Abs. 1, § 29 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3, § 71 Abs. 1, § 73

LEITSÄTZE:

1. Zur rechtsgeschäftlichen Festlegung des Ausübungsbereichs einer Dienstbarkeit genügt eine ausreichend klare textliche Beschreibung unter Bezugnahme auf in der Natur vorhandene Merkmale oder bereits errichtete Anlagen, die für jedermann dort ohne Weiteres erkennbar sind. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Der Unrichtigkeitsnachweis zur Löschung eines Geh- und Fahrrechts an einer nicht von der Dienstbarkeit betroffenen Teilfläche im Grundbuch kann in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 GBO durch die konkret bezeichneten amtlichen Vermessungsunterlagen, das Katasterwerk und die amtliche, mit Unterschrift und Dienstsiegel versehene grafische Darstellung der Lage des herrschenden Grundstücks in der aktuellen Flurkarte erbracht werden. Einer Bewilligung des Eigentümers des herrschenden Grundstücks nach § 19 GBO bedarf es darüber hinaus nicht. (Leitsatz der Schriftleitung)

9. Grundbuchberichtigung durch Rechtsnachfolger bezüglich eines GbR-Anteils

OLG München, Beschluss vom 4.7.2017, 34 Wx 123/17

RPfG § 11 Abs. 1

FamFG § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3

GBO §§ 19, 20, 29, 47 Abs. 2, § 73

BGB § 727 Abs. 1, § 736 Abs. 1, § 738 Abs. 1 Satz 1,

§§ 899a, 1922 Abs. 1

GNotKG § 22 Abs. 1

LEITSATZ:

Nach dem Tod eines Gesellschafters einer im Grundbuch als Eigentümerin eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist nicht dessen Erbe, sondern der Rechtsnachfolger in den Gesellschaftsanteil berechtigt, die Berichtigung des Grundbuchs – neben den übrigen Bewilligungsbefugten – zu bewilligen (entgegen KG, RNotZ 2016, 328 = MittBayNot 2016, 328).

SACHVERHALT:

1 I. Im Grundbuch ist als Eigentümerin eines Grundstücks die X-GbR, bestehend aus B – dem Beteiligten – und X, eingetragen. X ist verstorben. Dessen Alleinerbe ist nach dem Inhalt des erteilten Erbscheins der Beteiligte.

2 Zu unterschiftsbeglaubigter Urkunde vom 3.8.2016 erklärte der Beteiligte:

3 „Der Gesellschafter X ist verstorben. Sein Alleinerbe bin ich, B, geworden.“

4 Nach den gesellschaftsvertraglichen Regelungen scheidet der Erbe aus der Gesellschaft bürgerlichen Rechts aus. Die Gesellschaft ist dadurch beendet und das Vermögen der Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf mich, B, übergegangen.

5 Ich bewillige und beantrage, mich als Alleineigentümer im Grundbuch einzutragen.“

6 Die als Berichtigungsbewilligung/-antrag bezeichnete Urkunde reichte der Notar zusammen mit einer Ausfertigung des Erbscheins gemäß § 15 GBO am 10.5.2016 zum Vollzug beim Grundbuchamt ein.

7 Das Grundbuchamt beanstandete mit Zwischenverfügung vom 10.1.2017, der beantragten Eintragung stehe das Fehlen des Gesellschaftsvertrags entgegen. Nach ergebnislosem Ablauf der gesetzten Behebungsfrist hat es mit Beschluss vom 14.3.2017 den Antrag zurückgewiesen.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

II. (...)

12 Nach Zurückweisung des Antrags würde einer Beschwerde gegen die vorher ergangene Zwischenverfügung das Rechtsschutzbedürfnis fehlen (vgl. Hügel/Kramer, GBO, 3. Aufl., § 71 Rdnr. 240). Weil die Zielrichtung des Rechtsmittels jedoch nach Kenntnisnahme von der Antragszurückweisung – wenn auch nur „hilfsweise“ – entsprechend geändert wurde, ist von nur einer Beschwerde auszugehen, die sich auch im Übrigen als zulässig (§ 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 FamFG, § 73 GBO) erweist.

13 2. In der Sache hat das Rechtsmittel keinen Erfolg.

14 Sind eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Eigentümerin von Grundbesitz und deren Gesellschafter gemäß § 47 Abs. 2 GBO eingetragen, so wird das Grundbuch beim Tod eines Gesellschafters unrichtig, denn Änderungen im Gesellschafterbstand sind mit Blick auf die Vermutungswirkung des § 899a BGB wie Änderungen der rechtlichen Verhältnisse am Grundstück zu behandeln (st. Rspr.; vgl. BGH, NJW 2011, 615, 617). Auch in einem solchen Fall steht der Weg über die Berichtigungsbewilligung (§ 19 GBO) grundsätzlich offen (BayObLGZ 1992, 259, 260). Dies gilt auch dann, wenn wegen Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters einer zweigliedrigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts diese liquidationslos erlischt und das Grundbuch nicht lediglich hinsichtlich des Gesellschafterbstands, sondern hinsichtlich der Fortexistenz der Gesellschaft unrichtig wird (Senat vom 14.1.2011, 34 Wx 155/10, FGPrax 2011, 66; Hügel/Reetz, GBO, § 47 Rdnr. 103).

15 Wird die Berichtigung des Grundbuchs aufgrund Bewilligung beantragt, hat das Grundbuchamt allerdings die Bewilligungsberechtigung des Erklärenden von Amts wegen zu prüfen (BayObLGZ 1992, 259, 261; 1997, 307, 308; BGH, Rpfleger 1961, 233, 234 zur Bewilligungsbefugnis). Die Bewilligungsberechtigung des Antragstellers ist jedoch weder mit dem Erbschein nachgewiesen (dazu nachfolgend unter a)) noch kann sie deshalb als offenkundig behandelt werden, weil nach der Richtigkeits- und Vollständigkeitsvermutung des

§ 899a Satz 1 BGB die Gesellschaft nur aus dem Erblasser und dem Beteiligten bestanden hat (dazu unter b)). Nach zwar nicht unumstrittener, aber herrschender Meinung wäre zum Nachweis der Bewilligungsberechtigung daher der Gesellschaftsvertrag – nicht zwingend in der Form des § 29 GBO – vorzulegen gewesen (BayObLGZ 1992, 259, 263; 1997, 307, 308; OLG Hamm, Rpfleger 2012, 253, 254; OLG Schleswig, FGPrax 2012, 62, 63 f.; OLG Brandenburg, ZEV 2012, 116, 117; Demharter, GBO, 30. Aufl., § 22 Rdnr. 41 f.; Hügel/Kral, GBO, GesR Rdnr. 66 f.; Bauer/von Oefele/Knothe, GBO, 3. Aufl., § 29 Rdnr. 59c; a. M. KG, RNotZ 2016, 328, 330; Meikel/Hertel, GBO, 11. Aufl., § 29 Rdnr. 198; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 4274 f.; auch BeckOK-GBO/Holzer, Stand: 1.5.2017, § 22 Rdnr. 64; Ertl, MittBayNot 1992, 11, 17). Erst aus dem Inhalt der gesellschaftsvertraglichen Regelung erschließt sich nämlich hier (siehe unter c)), auf wen die sachlichrechtliche Rechtsposition des Verstorbenen hinsichtlich des Gesellschaftsanteils und somit die verfahrensrechtliche Bewilligungsberechtigung (§ 19 GBO) übergegangen ist.

16 a) Mit der vorgelegten Erbscheinsausfertigung ist die Bewilligungsberechtigung des Beteiligten nicht nachgewiesen.

17 Die Berichtigungsbewilligung als Unterart der Eintragungsbewilligung (Demharter, GBO, § 22 Rdnr. 31) muss von demjenigen ausgehen, dessen Recht von der Berichtigung betroffen wird (Demharter, GBO, § 22 Rdnr. 32). Betroffen ist derjenige, dessen grundbuchmäßiges Recht durch die vorzunehmende Eintragung nicht nur wirtschaftlich, sondern rechtlich beeinträchtigt wird oder zumindest rechtlich nachteilig berührt werden kann (BGH, FGPrax 2010, 223; Rpfleger 2001, 69). Besteht die Berichtigung in der Eintragung des wahren Berechtigten, so wird der Buchberechtigte betroffen (BayObLG, MittRhNotK 1989, 13; Demharter, GBO, § 19 Rdnr. 47).

18 Ist dieser verstorben, ist Betroffener im Sinne des § 19 GBO derjenige, auf den die Buchposition übergegangen ist und somit (grundsätzlich) dessen Erbe (Demharter, GBO, § 22 Rdnr. 32).

19 Nach dem Tod eines Gesellschafters der als Grundstückseigentümerin eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts beurteilt sich die Betroffenheit im Sinne des § 19 GBO allerdings nicht nach erbrechtlichen, sondern nach gesellschaftsrechtlichen Gesichtspunkten, weil nicht das Erbrecht, sondern dieses allenfalls nach Maßgabe des § 727 Abs. 1 BGB in Verbindung mit den Regelungen des Gesellschaftsvertrags bestimmt, wer in die Rechtsposition des verstorbenen Gesellschafters hinsichtlich dessen Gesellschaftsanteils einrückt.

20 Weil die grundbuchrechtliche Buchberechtigung keine selbstständige Rechtsposition, sondern grundsätzlich Ausfluss der materiellen Berechtigung ist, findet im Erbfall keine Aufspaltung der Rechtsnachfolge in die Buchposition einerseits (nach erbrechtlichen Regeln) und in die materielle Berechtigung andererseits (nach gesellschaftsrechtlichen Regeln) statt (BayObLGZ 1992, 259, 263; Senat vom 24.10.2014, 34 Wx 176/14, FGPrax 2015, 57; OLG Zweibrücken, FGPrax 1995, 93, 94; siehe auch Staudinger/Kunz, Neub. 2017, § 1922 Rdnr. 190a).

21 b) Auch in der hier gegebenen Sonderkonstellation, bei der ein Gesellschafter einer nur aus zwei Personen bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts verstorben und vom verbliebenen Gesellschafter allein beerbt worden ist, kann auf die Kenntnis des Gesellschaftsvertrags – und sei es nur durch Darlegung seines mündlich vereinbarten Inhalts in einer eidesstattlichen Versicherung oder durch Übergabe einer Kopie des schriftlich geschlossenen Vertrags – zur Beurteilung der Bewilligungsberechtigung nicht gänzlich verzichtet werden.

22 aa) Allerdings trifft es zu, dass sowohl nach den gesetzlichen Folgen als auch nach den mit der Beschwerde aufgezählten gesellschaftsvertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten die Gesellschaft in diesem Sonderfall sofort vollbeendet und der Beteiligte Alleineigentümer geworden wäre.

23 (1) Nach § 727 Abs. 1 BGB wird die Gesellschaft bürgerlichen Rechts bei Fehlen einer abweichenden gesellschaftsvertraglichen Regelung durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst. In diesem Fall treten grundsätzlich die Erben anstelle des verstorbenen Gesellschafters in die durch den Tod als Liquidationsgesellschaft fortbestehende Gesellschaft ein, § 1922 Abs. 1 BGB. Ist der alleinige Erbe des vorletzten Gesellschafters allerdings – wie hier – der einzige verbliebene Gesellschafter, kommt es zu einer sofortigen Vollbeendigung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, weil es eine Einpersonengesellschaft im Recht der BGB-Gesellschaft nicht gibt (h. M.; BGHZ 65, 79, 82 f.; 113, 132, 133; KG, NJOZ 2011, 1050, 1052; Palandt/*Sprau*, 76. Aufl., § 705 Rdnr. 1 und § 736 Rdnr. 4; Erman/*Westermann*, BGB, 14. Aufl., § 727 Rdnr. 2; MünchKomm-BGB/*Schäfer*, 7. Aufl., vor § 723 Rdnr. 9 und § 730 Rdnr. 11; *Böhlinger*, Rpfleger 2009, 537, 542; kritisch Staudinger/*Habermeier*, Neub. 2003, vor §§ 705-740 Rdnr. 29a).

24 (2) Bestimmt der Gesellschaftsvertrag, dass die Gesellschaft mit dem Tod eines Gesellschafters nicht aufgelöst wird, sondern unter Ausscheiden des Verstorbenen fortbestehen soll (Fortsetzungsklausel), wächst der Anteil des ausgeschiedenen Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern gemäß § 736 Abs. 1, § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB an (Palandt/*Sprau*, § 738 Rdnr. 1a), bei einer Zwei-Personen-Gesellschaft dem verbliebenen Gesellschafter (OLG Stuttgart, NZG 2004, 766, 768 zur BGB-Gesellschaft; BGH, NJW 2000, 1119 zur KG). Unabhängig davon, dass eine reine Fortsetzungsklausel für eine von Anfang an nur aus zwei Personen bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts wenig sinnvoll erscheint, würde auch sie hier die sofortige Vollbeendigung und die Gesamtrechtsnachfolge des Beteiligten nicht hindern, weil allein er als einziger Mitgesellschafter Übernehmer des Gesellschaftsanteils wäre, unabhängig davon, ob die gesellschaftsvertragliche Bestimmung ihm lediglich ein Gestaltungsrecht auf Anteilsübernahme einräumen oder unmittelbar zur Übernahme der Aktiva (und Passiva) durch den verbliebenen Gesellschafter führen würde (BGH, NJW 1990, 1171; NJW 2008, 2992; Senat vom 14.1.2011, 34 Wx 155/10, FGPrax 2011, 66; *Eickmann*, Rpfleger 1985, 85, 90 f.).

25 (3) Da der Beteiligte durch Erbschein als Alleinerbe des vorletzten Mitgeschafters ausgewiesen ist, hätte auch eine (einfache oder qualifizierte) erbrechtliche Nachfolgeklausel, nach der die bestimmten Erben den Anteil beim Tode des Ge-

sellschafters unmittelbar im Ganzen erwerben (BGHZ 68, 225 Leitsatz c, 229, 237 f.), hier die Vollbeendigung der Gesellschaft zur Folge.

26 (4) Auch ein einem Dritten eingeräumtes Eintrittsrecht, das – je nach Ausgestaltung – entweder durch einseitige Eintrittserklärung des Dritten (BGH, WM 1977, 1323, 1326) ausgeübt oder durch den Abschluss eines Aufnahmevertrags mit den übrigen Gesellschaftern realisiert werden kann (Burandt/*Rojahn/Große-Boymann*, Erbrecht, 2. Aufl., § 1922 Rdnr. 52), hindert bei einer zweigliedrigen Gesellschaft die mit dem Tod des vorletzten Gesellschafters eintretende Vollbeendigung der Gesellschaft nicht; durch die Ausübung des Eintrittsrechts würde die Gesellschaft neu begründet werden (Erman/*Westermann*, § 727 Rdnr. 13; MünchKomm-BGB/*Schäfer*, § 727 Rdnr. 55).

27 bb) Als weitere Gestaltungsmöglichkeit, mit der die Auflösung der Gesellschaft beim Tod eines Gesellschafters verhindert werden kann, kommen allerdings auch rechtsgeschäftliche Nachfolgeklauseln in Gesellschaftsverträgen in Betracht. Sie sind insbesondere, aber nicht nur, dann wirksam, wenn die als Nachfolger bezeichnete Person bereits Mitgesellschafter ist und deshalb an der Vereinbarung der Klausel selbst mitgewirkt hat (BGHZ 68, 225, 231 ff.; BayObLG, ZIP 2000, 1614, 1615; MünchKomm-BGB/*Schäfer*, § 727 Rdnr. 51; Burandt/*Rojahn/Große-Boymann*, § 1922 Rdnr. 51). Durch entsprechende Vereinbarung kann auch eine bislang nicht an der Gesellschaft beteiligte Person, sofern sie an der gesellschaftsvertraglichen Regelung beteiligt wird, mit dem Todesfall eines Gesellschafters unmittelbar in dessen Gesellschafterstellung nachrücken (BGH, NJW 1959, 1433; *Nieder*, Handbuch der Testamentgestaltung, 2. Aufl., Rdnr. 1264 mit Formulierungsvorschlag Rdnr. 1266; *Hügel/Kral*, GBO, GesR Rdnr. 77). Dies kann erreicht werden durch eine gesellschaftsvertragliche (einfache) Fortsetzungsklausel, verbunden mit einer auf den Tod des Gesellschafters befristeten und durch das Überleben des Nachfolgers aufschiebend bedingten Abtretung des Anteils unter Zustimmung des/der übrigen Gesellschafter/s (*Nieder*, a. a. O. Rdnr. 1264).

28 Durch eine solche rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel wird bereits im Gesellschaftsvertrag endgültig und unabhängig von der Erbnachfolge bestimmt, an wen der Gesellschaftsanteil im Todesfall übergeht. Als gesellschaftsrechtlicher Verfügungsvertrag bewirkt die Vereinbarung den „automatischen“ Übergang der Rechtsstellung außerhalb des Erbrechts auf die in der Vereinbarung bezeichnete Person (MünchKomm-BGB/*Schäfer*, § 727 Rdnr. 49; *Hecht*, JA 2012, 372, 378). Der Gesellschaftsanteil fällt bei dieser Gestaltung nicht in den Nachlass; die Alleinerbenstellung des Beteiligten wirkt sich nicht aus. Wenn zugunsten eines bis dahin Gesellschaftsfremden in dieser Weise im Gesellschaftsvertrag verfügt worden ist, besteht die Gesellschaft nach dem Versterben des einzigen Mitgeschafters daher mit dem geänderten Mitgliederbestand fort. Daher kommt eine mit praktischen Erwägungen begründete Bewilligungsberechtigung aufgrund erbrechtlicher Gesamtrechtsnachfolge in die Buchposition nicht in Betracht (a. M. Staudinger/*Kunz*, § 1922 Rdnr. 190b). Auch durch Sondererbfolge in den Gesellschaftsanteil werden klare Zuordnungsverhältnisse geschaffen, die zumindest durch den Mit-

gesellschafter regelmäßig ohne Schwierigkeiten dargelegt werden können. Eine faktische Grundbuchsperrung tritt durch den damit verbundenen Aufwand nicht ein.

29 c) Allein aufgrund der in der Bewilligung enthaltenen Erklärung des verbliebenen Gesellschafters und zugleich Alleinerben des vormaligen Mitgesellschafters kann sich das Grundbuchamt – und an dessen Stelle der Senat in der Beschwerdeinstanz – hier die erforderliche Überzeugung vom Inhalt des Gesellschaftsvertrags nicht bilden, und zwar unabhängig davon, ob Anhaltspunkte dafür vorhanden sind, dass die gemachten Angaben nicht zutreffen (vgl. BayObLGZ 1992, 259, 261; BayObLG, NZG 2001, 124, 125; Senat vom 22.9.2015, 34 Wx 47/14, MittBayNot 2016, 324).

30 Die Erklärung des Beteiligten entspricht lediglich der erforderlichen Form (§ 29 GBO), nicht aber den inhaltlichen Anforderungen an eine Mitteilung über den Inhalt der gesellschaftsvertraglichen Regelung. Sie ist für sich allein nicht geeignet, die Bewilligungsberechtigung in schlüssiger und durch das Grundbuchamt rechtlich nachprüfbarer Weise darzulegen.

31 Die Erklärung, dass „nach den gesellschaftsvertraglichen Regelungen“ der „Erbe“ aus der Gesellschaft ausscheidet, die Gesellschaft dadurch beendet und deren Vermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den Beteiligten übergegangen sei, stellt schon keine Tatsachenangabe über den Inhalt des Gesellschaftsvertrags dar, sondern eine rechtliche Bewertung der im Dunkeln gelassenen „gesellschaftsvertraglichen Regelungen“. Als Tatsachenschilderung wäre die Angabe entweder unplausibel oder trivial. Soll der Erbe aus der Gesellschaft ausscheiden, müsste er zuvor Mitglied der Gesellschaft geworden sein. Eine solche Regelung erscheint nicht nachvollziehbar. Sollte lediglich ein sprachliches Versehen vorliegen und der Erblasser gemeint gewesen sein, so ist die Erklärung als Sachverhaltsschilderung nichtssagend. Notwendig ist es aber, dem Grundbuchamt in der Bewilligung den Inhalt der gesellschaftsvertraglichen Regelung und damit die Richtigkeit der gewollten Eintragung schlüssig darzulegen (ebenso KG, RNotZ 2016, 328, 331); die rechtlichen Schlussfolgerungen zieht das Gericht selbst.

32 Dass eine die Alleineigentümerstellung des Beteiligten hindernde gesellschaftsvertragliche Regelung als fernliegende, rein theoretische Möglichkeit anzusehen sei und deshalb außer Betracht zu bleiben habe, kann mangels Kenntnis der Umstände nicht angenommen werden.

33 d) Die Antragszurückweisung ist auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden, da dem Antragsteller mit Zwischenverfügung gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO Gelegenheit gegeben worden war, das Hindernis innerhalb einer angemessenen Frist zu beseitigen, er hiervon aber keinen Gebrauch gemacht hat (§ 18 Abs. 1 Satz 2 GBO).

34 3. Unabhängig davon, ob es der Vorlage des Gesellschaftsvertrags zur Darlegung und Prüfung der Bewilligungsberechtigung bedarf, scheitert hier die Berichtigung ohne Vorlage desselben zudem daran, dass sich allein aus den beurkundeten Erklärungen des Antragstellers nicht schlüssig ergibt, dass das mit dem Tod des Mitgesellschafters unrichtig gewordene Grundbuch durch die beantragte Eintragung richtig würde.

35 a) Eine Berichtigung der Eigentümereintragung auf der Basis von Bewilligungen nach § 19 GBO setzt im Hinblick auf § 20 GBO die schlüssige Darlegung – nicht hingegen den lückenlosen, besonders formalisierten Nachweis gemäß § 29 GBO – der Grundbuchunrichtigkeit voraus (allg. M.; vgl. Senat vom 29.1.2013, 34 Wx 370/20, FGPrax 2013, 64; Hügel/Holzer, GBO, § 22 Rdnr. 71; Demharter, GBO, § 22 Rdnr. 31). Dies erfordert auch die Darlegung von Tatsachen, aus denen sich schlüssig ergibt, dass das Grundbuch durch die begehrte Eintragung den materiellrechtlich bestehenden Rechtszustand zutreffend verlautbart.

36 b) Daran fehlt es hier. Bereits unter Ziffer II. 2. c) ist dargelegt, dass die beurkundete Erklärung den Inhalt der gesellschaftsvertraglichen Regelungen nicht wiedergibt, sondern letztlich über eine Mitteilung der eigenen Rechtsmeinung darüber, welche rechtliche Konsequenz das Versterben des Mitgesellschafters nach diesen Regelungen habe, nicht hinausgeht. Das aber reicht zur schlüssigen Darstellung von Tatsachen nicht aus.

(...)

III.

(...)

40 Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen. Zwar beurteilt der Senat die Frage, ob beim Tod des eingetragenen Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts die Buchposition und die Bewilligungsberechtigung unabhängig vom materiellrechtlichen Schicksal der Gesellschaftsbeteiligung allein erbrechtlichen Regeln folgt, anders als das KG (Ziffer II. 2.). Dessen ungeachtet wird die Entscheidung jedoch bereits von der selbstständigen Erwägung getragen, dass es hier an der – nach einhelliger Meinung erforderlichen – schlüssigen Darlegung in der Bewilligung fehlt (Ziffer II. 3.).

ANMERKUNG:

Von Notar **Benedikt Goslich**, LL.M. (Harvard),
Günzburg

Nach Ableben eines Gesellschafters einer zweigliedrigen GbR legt der verbleibende Gesellschafter dem Grundbuchamt einen Erbschein vor, der ihn als Alleinerben seines verstorbenen Mitgesellschafters ausweist und beantragt die Umschreibung des von der GbR gehaltenen Grundbesitzes auf sich. Ein Gesellschaftsvertrag wird nicht miteingereicht.

Die Eigentümerposition der GbR wird im Grundbuch durch deren Gesellschafter in Abweichung von der materiellen Rechtslage „mediatisiert“ (vgl. § 47 Abs. 2, § 82 Satz 1 und 3 GBO, § 15 Abs. 1 lit. c GBV).¹ Bei Ableben eines Gesellschafters ist das Grundbuch damit gleich dem Ableben des Eigentümers zu berichtigen.² Uneinigkeit besteht, ob angesichts der materiellrechtlich engen Verzahnung von Erb- und Gesellschaftsrecht bei der Rechtsnachfolge in Personengesellschaftsanteile dem Grundbuchamt auch die gesell-

¹ Vgl. BGH, Beschluss vom 28.4.2011, V ZB 194/10, MittBayNot 2011, 393.

² Vgl. BGH, Beschluss vom 2.12.2010, V ZB 84/10, NJW 2011, 615.

schaftsrechtliche Rechtslage (durch Vorlage des aktuellen Gesellschaftsvertrages) nachgewiesen werden muss. Das OLG München reiht sich erneut bei den Vertretern der (zu) strengen bejahenden Ansicht ein.³

1. Grundbuchberichtigung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises

Wenn dies auch nicht Gegenstand der Entscheidung war, ist zunächst festzuhalten, dass die Grundbuchberichtigung im Wege des Unrichtigkeitsnachweises (§ 22 GBO) nicht alleine aufgrund Vorlage eines öffentlichen Erbnachweises (§ 35 GBO) erfolgen kann: Dieser gibt lediglich Aufschluss über die erbrechtliche Gesamtrechtsnachfolge nach dem verstorbenen Gesellschafter; der Weg des GbR-Anteils im Todesfall ist aber nicht bloß erb-, sondern auch gesellschaftsrechtlich determiniert. Der Rechtsnachfolgenachweis ist daher bei Ableben eines GbR-Gesellschafters nur durch zusätzliche Vorlage des Gesellschaftsvertrages in der Form des § 29 GBO zu führen.⁴ Angesichts der materiellen Formfreiheit des GbR-Vertrages dispensieren einzelne Obergerichte zwar zur Verhinderung einer faktischen Grundbuchsperrre insoweit vom grundbuchrechtlichen Formzwang.⁵ Eine solche Nachweiserleichterung ist aufgrund der Möglichkeit der Bewilligungsberichtigung (dazu sogleich) jedoch nicht veranlasst. Bedenkt man, dass bei Führung des Unrichtigkeitsnachweises die Grundbuchumschreibung schon durch formlosen Antrag auch nur eines Erben möglich wäre,⁶ ist die Absenkung der Nachweisanforderungen im Bereich des § 22 GBO aus Rechtssicherheitsgründen auch nicht ratsam.⁷

2. Grundbuchberichtigung aufgrund Berichtigungsbewilligung

Die Grundbuchberichtigung kann alternativ stets auch im Wege der Bewilligungsberichtigung gemäß § 19 GBO erfolgen, mit deren Voraussetzungen sich die vorliegende Entscheidung befasst. Zur Berichtigung einer GbR-Gesell-

schafterstellung ist die Bewilligung aller eingetragenen Gesellschafter erforderlich, aber wegen § 899a BGB auch ausreichend.⁸ In Ansehung des Verstorbenen ist die Richtigkeitsvermutung des Grundbuchs jedoch widerlegt, sodass die an dessen Stelle bewilligungsberechtigten Personen zu ermitteln sind.⁹ Die erb- und gesellschaftsrechtliche Nachweisproblematik verlagert sich damit auf die inzidente Ebene der Bewilligungsberechtigung. Auch hier hält das OLG München in Übereinstimmung mit dem Großteil der Obergerichte die Vorlage des Gesellschaftsvertrages für erforderlich, wenn auch – insoweit besteht weitgehende Einigkeit – nicht in der Form des § 29 GBO.¹⁰ Der Senat setzt sich dabei mit zwei Begründungen auseinander, nach denen die Vorlage des Gesellschaftsvertrages entbehrlich sein könnte, lehnt jedoch beide im Ergebnis ab.

Der Gesellschaftsvertrag wäre einerseits nicht erforderlich, wenn die gemäß § 899a BGB zu vermutende Bewilligungsberechtigung des Erblassers als grundbuchrechtliche Rechtsposition schon gar nicht der gesellschaftsrechtlichen Sondererbfolge unterläge, sondern schlicht in den Nachlass fiel.¹¹ Ohne nähere Begründung weist das OLG München eine solche Abspaltung der Grundbuchposition zurück. Andererseits käme es auf den Gesellschaftsvertrag aber auch dann nicht an, wenn alle in diesem potenziell enthaltenen Gestaltungsvarianten die Bewilligungsberechtigung des Erben stützen würden. Das Gericht erkennt im Wege einer zivilrechtlichen Wahlfeststellung, dass nahezu sämtliche Klauseln das Ergebnis der Alleineigentümerstellung des verbleibenden Gesellschafters (entweder aufgrund Ausscheidens des Erblassers oder aufgrund erbrechtlicher Anteilsvereinigung) tragen. Eine qualifizierte erbrechtliche Nachfolgeklausel könnte zwar theoretisch eine andere Person als den Erben als nachfolgeberechtigt benennen; da diese aber ausweislich des Erbscheins nicht zur Erbfolge berufen ist, würde eine solche Klausel ins Leere laufen und es käme wieder zum Ausscheiden des Erblassers.¹² Mit erfreulicher Klarheit stellt der Senat fest, dass eine schuldrechtliche Eintrittsklausel ohnehin nicht unmittelbar dinglich wirkt und damit das vorübergehende Ausscheiden mit Folge der Anwachsung nicht verhindern kann; das Fernbleiben etwaiger späterer Änderungen (wie einer Ausübung des Eintrittsrechts) muss auch sonst nicht nachgewiesen werden.¹³ Anders liegen die Dinge schließlich nur bei der rechtsge-

3 Vgl. BayObLG, Beschluss vom 12.8.1991, BReg. 2 Z 93/91, MittBayNot 1992, 47; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 28.3.1995, 3 W 42/95, MittBayNot 1995, 210; OLG Dresden, Beschluss vom 12.4.2011, 17 W 1272/10 und 1273/10, ZEV 2012, 339; OLG Brandenburg, Beschluss vom 14.9.2011, 5 Wx 53/11, ZEV 2012, 116; OLG Hamm, Beschluss vom 2.11.2011, 15 W 402/11, ZEV 2012, 117; OLG Schleswig, Beschluss vom 4.1.2012, 2 W 186/11, ZEV 2012, 434; OLG München, Beschluss vom 24.10.2014, 34 Wx 176/14, MittBayNot 2015, 477; OLG München, Beschluss vom 22.9.2015, 34 Wx 47/14, MittBayNot 2016, 324; offen gelassen noch im Beschluss vom 7.9.2010, 34 Wx 100/10, NJW-RR 2010, 1667.

4 Vgl. Nachweise bei Fn. 3; ein unterschiftsbeglaubigter Gesellschaftsvertrag reicht jedoch aus, vgl. *Tebben*, NZG 2009, 288, 291; *Weber*, ZEV 2015, 200, 201.

5 BayObLG, Beschluss vom 12.8.1991, BReg. 2 Z 93/91, MittBayNot 1992, 47; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 28.3.1995, 3 W 42/95, MittBayNot 1995, 210; OLG München, Beschluss vom 24.10.2014, 34 Wx 176/14, MittBayNot 2015, 477, die weiteren oft für die Nachweiserleichterung zitierten Entscheidungen betreffen stets nur die Bewilligungsberichtigung.

6 Vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 360.

7 Ebenso *Tomasic*, MittBayNot 2015, 479, 480.

8 OLG München, Beschluss vom 14.1.2011, 34 Wx 155/10, MittBayNot 2011, 224; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25.9.2012, 11 Wx 61/11, MittBayNot 2014, 59 m. zust. Anm. *Lautner*.

9 In der Besprechungsentscheidung bestand die Besonderheit, dass der Beteiligte in dreifacher Funktion handelte: Als Mitgesellschafter, als Alleinerbe sowie als neuer Alleineigentümer analog § 22 Abs. 2 GBO, vgl. *Weber*, ZEV 2015, 200, 204.

10 Vgl. Nachweise bei Fn. 3.

11 So KG, Beschluss vom 29.3.2016, 1 W 907/15, MittBayNot 2016, 328 = ZEV 2016, 338.

12 Die Einsetzung als nicht aus dem Erbschein ersichtlicher Vermächtnisnehmer genügt nicht, vgl. MünchKomm-BGB/*Schäfer*, 7. Aufl. 2017, § 727 Rdnr. 49 ff.

13 Unzut. insoweit OLG Dresden, Beschluss vom 12.4.2011, 17 W 1272/10 und 1273/10, ZEV 2012, 339; OLG Schleswig, Beschluss vom 4.1.2012, 2 W 186/11, ZEV 2012, 434.

schäftlichen Nachfolgeklausel, die zu einem unmittelbaren dinglichen Anteilsübergang an einen Nichterben im Todesfall führen würde. Allein auf deren potenzielle Existenz gründet das Gericht seine Zweifel an der Bewilligungsberechtigung des Erben, die sich nur durch Vorlage des Gesellschaftsvertrages beseitigen ließen.

Die besseren Argumente sprechen für die vom KG vertretene und vom OLG München recht apodiktisch abgelehnte Aufspaltungslösung, wonach die Bewilligungsberechtigung allein den Regeln des Erbrechts folgt:¹⁴ Die Buchberechtigung ist, wie auch sonst im Grundstücksverkehr, eine verselbstständigte, von der materiellen Berechtigung losgelöste Rechtsposition. Die Aufspaltung von materieller und formeller Rechtslage ist nicht stilisiert, sondern durch den § 47 Abs. 2 GBO innewohnenden Mediatisierungsgedanken gerade vorgegeben. Sie korrespondiert mit den unterschiedlichen Zwecken von Gesellschaftsrecht und Grundbuchrecht: Ersteres verfolgt die Ziele einer flexiblen internen Willensbildung und einer umfänglichen Selbstverantwortung im Außenverhältnis, wodurch sich die erbrechtliche Sonderbehandlung von Personengesellschaftsanteilen rechtfertigt.¹⁵ Letzteres zeichnet sich durch formalisierte Verlässlichkeit aus, hinter welche die materielle Richtigkeit im Einzelfall zurücktreten muss.¹⁶ Der vom OLG München in den Blick genommene Schutz des materiellen Rechtsinhabers bedingt kein anderes Ergebnis: Da die Bewilligung durch sämtliche Gesellschafter und Erben abzugeben ist, haben sich alle Personen, die im Berichtigungsverfahren sinnvollerweise zur Wahrheitsfindung beitragen können, geäußert. Zu Recht betont das KG insoweit die Alternativität von Bewilligungsberichtigung und Unrichtigkeitsnachweis.¹⁷

Richtigerweise kommt es für den Nachweis der Bewilligungsberechtigung damit auf die Vielzahl an gesellschaftsvertraglichen Gestaltungsvarianten überhaupt nicht an. Aber auch wenn man die Bewilligungsberechtigung den Regeln der gesellschaftsrechtlichen Sondererfolge unterstellen wollte, erscheint die Ansicht des OLG München zu streng. Die vom Senat in Stellung gebrachte rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel kann nur dann wirksam vereinbart werden, wenn der designierte Nachfolger bereits am Gesellschaftsvertrag beteiligt wird.¹⁸ Nach persönlicher Einschätzung des Verfassers ist die Bedeutung einer solchen

Konstruktion in der Praxis derart marginal, dass deren Verwendungswahrscheinlichkeit jedenfalls im Bereich des Nachweises der Bewilligungsberechtigung als fernliegend außer Betracht gelassen werden könnte.¹⁹ Vergegenwärtigt man sich, dass die rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel konstruktiv eine Anteilsübertragung unter Lebenden, aufschiebend bedingt durch den Tod des Verfügenden, ist, drängt sich der Vergleich zu anderen im Grundbuch verlaublichen bedingt übertragbaren Rechten (Vormerkung, Hypothek, Grundschuld, Reallast) auf: Auch hier besteht die abstrakte Möglichkeit einer entsprechenden lebzeitigen Verfügung, ohne dass im Berichtigungsverfahren weitere Nachweise neben dem Erbnachweis gefordert würden.²⁰

Will man sich auch diesem Gedanken nicht anschließen, ließen sich Restzweifel an der Bewilligungsberechtigung von Gesellschaftern und Erben schließlich nach Ansicht des OLG München durch Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung beseitigen,²¹ wobei konsequenterweise jedenfalls die allseitige Versicherung genügen müsste, dass „keine rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel vereinbart wurde“. Dies wirft allgemeine Fragen zur eidesstattlichen Versicherung im Grundbuchverfahren auf: Wenngleich eine solche außerhalb von § 35 Abs. 3 Satz 2 GBO kein zulässiges Beweismittel darstellt, vertreten einige Oberlandesgerichte die Auffassung, dass zumindest der hier interessierende Nachweis von Negativtatsachen eine Ausnahme und damit zugleich die notarielle Zuständigkeit zur Aufnahme gemäß § 22 Abs. 2 BNotO begründe.²² Es darf aber bezweifelt werden, ob sich eine Strafbarkeit gemäß § 156 StGB ohne Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG auf eine von komplexen zivilverfahrensrechtlichen Besonderheiten abgeleitete, gesetzlich nicht geregelte Ausnahmeständigkeit stützen lässt.²³ Verneint man dies, ist die eidesstattliche Versicherung ihrer ohnehin schon geringen Schutzwirkung gegen potenziell betrügerisches Verhalten restlos entkleidet.²⁴ Zurück bliebe nur das, was richtigerweise alleine zur Grundbuchberichtigung ausreicht: Die Bewilligung aller Gesellschafter und Erben.

14 KG, Beschluss vom 29.3.2016, 1 W 907/15, MittBayNot 2016, 328 = ZEV 2016, 338 m. zust. Anm. *Weber*; ebenso *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 4274 f.; *Schöner*, DNotZ 1998, 815; *Tomasic*, MittBayNot 2015, 479; *Weber*, ZEV 2015, 200, 202; *ders.*, ZEV 2016, 339 sowie ZEV 2017, 656; ähnlich *Reymann*, FGPrax 2017, 252 (Übergang der Bewilligungsberechtigung auf alle Erben und alle Mitgesellschafter); bereits früher *Ertl*, MittBayNot 1992, 11, 16 ff.

15 BGH, Urteil vom 22.11.1956, II ZR 222/55, NJW 1957, 180; BGH, Urteil vom 10.2.1977, II ZR 120/75, NJW 1977, 1339; MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 1922 Rdnr. 96.

16 Ähnlich *Ertl*, MittBayNot 1992, 11, 17.

17 KG, Beschluss vom 29.3.2016, 1 W 907/15, MittBayNot 2016, 328 = ZEV 2016, 338; *Schöner*, DNotZ 1998, 815; diese Alternativität klingt auch an in OLG München, Beschluss vom 29.1.2013, 34 Wx 370/12, DNotZ 2013, 607.

18 BGH, Urteil vom 10.2.1977, II ZR 120/75, NJW 1977, 1339, 1341; MünchKomm-BGB/*Schäfer*, § 727 Rdnr. 49 ff.

19 So auch *Volmer*, MittBayNot 2016, 326, 328.

20 Mit ähnlicher Argumentation KG, Beschluss vom 29.3.2016, 1 W 907/15, MittBayNot 2016, 328 = ZEV 2016, 338; ebenso *Reymann*, FGPrax 2017, 252, 253.

21 OLG München, Beschluss vom 22.9.2015, 34 Wx 47/14, MittBayNot 2016, 324, 326 sowie Rdnr. 21 der Besprechungsentscheidung.

22 KG, Beschluss vom 6.3.2012, 1 W 10/12, NJW-RR 2012, 847; OLG Hamm, Beschluss vom 8.2.2011, 15 W 27/11, MittBayNot 2012, 146; Beschluss vom 20.8.2015, 15 W 346/15, MittBayNot 2016, 142; OLG München, Beschluss vom 28.10.2015, 34 Wx 274/15, ZEV 2016, 401.

23 „Zuständig“ i. S. v. § 156 StGB ist nicht der Notar, sondern allenfalls das Amtsgericht, vor dem die Versicherung schriftlich abgegeben wird. Das Merkmal der „zuständigen Stelle“ ist für die Strafbarkeit konstitutiv, vgl. *Schönke/Schröder/Lenckner/Bosch*, StGB, 29. Aufl. 2014, § 156 Rdnr. 14; zur Zuständigkeit nach § 22 BNotO *Klingsch*, notar 2017, 3 ff.

24 Ähnlich *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 177, 180; *Reymann*, FGPrax 2017, 252, 253.

3. Fazit

In Übereinstimmung mit dem KG und entgegen dem OLG München ist bei der Grundbuchberichtigung nach Ableben eines GbR-Gesellschafters wie folgt zu unterscheiden: Die Berichtigung durch Unrichtigkeitsnachweis erfordert nur einen einseitigen Antrag, bedarf dann aber des vollständigen und formgerechten Nachweises der Rechtsnachfolge, einschließlich Vorlage des Gesellschaftsvertrages. Die Bewilligungsberichtigung durch alle Mitgesellschafter und alle Erben kommt dagegen ohne weitere Nachweise aus. Da das OLG München die Rechtsbeschwerde bedauerlicherweise nicht zugelassen hat, wird sich die Praxis auf unterschiedliche Handhabungen in den OLG-Bezirken einstellen müssen.

10. Sicherung eines bedingten Rückübertragungsanspruchs im Grundbuch bei einer Sukzessivberechtigung

OLG München, Beschluss vom 28.6.2017, 34 Wx 421/16

BGB §§ 158, 398, 883

GBO §§ 13, 15, 16 Abs. 2, § 71 Abs. 1

GNotKG § 22 Abs. 1, § 45 Abs. 3, § 51 Abs. 1 Satz 2,

§ 61 Abs. 1

RPfIG § 11 Abs. 1

LEITSÄTZE:

- Soll im Grundbuch ein Anspruch auf Rückübertragung gesichert werden, der – unabhängig von einer Geltendmachung durch den zunächst Berechtigten – durch Vorausabtretung für den Fall dessen Ablebens auf einen Dritten übertragen ist, handelt es sich nur um einen zu sichernden Anspruch, sodass dies durch eine einzige Vormerkung erfolgen kann.**
- Ist allerdings in diesem Fall nicht auch beantragt, gleichzeitig einen Vermerk über die bedingte Abtretung einzutragen, muss die Eintragung der Vormerkung unterbleiben, da andernfalls das Grundbuch unrichtig würde.**

SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligte zu 1, Frau IK, die Ehefrau des Beteiligten zu 2, Herrn RK, und Mutter der Beteiligten zu 3, ist im Grundbuch als Eigentümerin eines Grundstücks eingetragen. Die Beteiligten zu 1 und 2 leben im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Mit notarieller Urkunde vom 10.8.2016 ließ die Beteiligte zu 1 den Grundbesitz an die Beteiligte zu 3 auf.

2 In Nr. XII. des Überlassungsvertrages ist bestimmt:

3 „1. Der Erwerber verpflichtet sich, das Vertragsobjekt auf seine Kosten an den Veräußerer zum Alleineigentum auf Verlangen des heutigen Veräußerers zu übertragen und zu übereignen.

4 Für den Fall, dass die Veräußerin vor ihrem Ehemann, Herrn RK, versterben sollte, wird der Anspruch unabhängig von Entziehung/Geltendmachung an Herrn RK abgetreten, soweit die Ehe zu diesem Zeitpunkt noch besteht und kein Scheidungsan-

trag rechtshängig ist, sodass dieser die Übertragung an sich zu Alleineigentum verlangen kann.

5 Frau IK und Herr RK sind nachstehend jeweils auch „Berechtigter“ genannt.

6 Der Berechtigte kann das Verlangen stellen, wenn (...)
(...)

7 5. Zur Sicherung des bedingten Übereignungsanspruchs der Veräußerin und deren Ehemann bewilligen und beantragen die Veräußerin und der Erwerber am Vertragsobjekt im Grundbuch die Eintragung einer entsprechenden befristeten Auflassungsvormerkung für die Veräußerin und (aufgrund der bedingten Abtretung) für deren Ehemann, Herrn RK, (...)

8 Zur vorstehenden Vormerkung wird klargestellt, dass die Vormerkungswirkung auf die Lebenszeit des längerlebenden Berechtigten beschränkt ist.

(...)

9 Voraussetzungen für das Verlangen der Rückübereignung sind die Veräußerung durch die Erwerberin ohne Zustimmung, das Vorversterben der Erwerberin, Insolvenz über das Vermögen der Erwerberin, Zwangsversteigerung des Grundstücks oder Antrag auf Scheidung der Ehe der Erwerberin.“

10 Den Antrag vom 26.8.2016 auf grundbuchamtlichen Vollzug der Urkunde wies das Grundbuchamt mit Beschluss vom 10.10.2016 mit der Begründung zurück, die in Ziffer XII. Nr. 5 bewilligte Vormerkung sei so nicht eintragungsfähig. Es sei ausdrücklich beantragt, für den Beteiligten zu 2 eine Vormerkung einzutragen. Die Eintragung der aufschiebend bedingten Anspruchsabtretung sei weder beantragt noch bewilligt, aber auch nicht eintragungsfähig. Das Grundbuch würde durch die Eintragung des Ehemanns als nachfolgenden Berechtigten vor Bedingungseintritt unrichtig. In Fällen, bei denen der Anspruch zunächst einer Person allein zustehe und der Anspruch einer zweiten Person aufschiebend bedingt auf den Tod der ersten Person entsteht, komme nur die Eintragung von zwei Vormerkungen in Betracht. Da von einem verbundenen Antrag ausgegangen werde, sei dieser insgesamt zurückzuweisen.

11 Mit Schriftsatz vom 2.11.2016 legte der Notar Beschwerde ein und führte aus, es handle sich nur um einen Anspruch, welcher durch eine Vormerkung gesichert werden könne. Der ursprünglich allein der Ehefrau zustehende Anspruch werde unter bestimmten Voraussetzungen an den Ehemann abgetreten. Eine solche Abtretung sei möglich, da es sich nicht um ein nicht übertragbares Recht handle.

12 Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

AUS DEN GRÜNDEN:

13 II. 1. Das Rechtsmittel ist als unbeschränkte Beschwerde statthaft (§ 11 Abs. 1 RPFIG, § 71 Abs. 1 GBO) und auch im Übrigen zulässig, §§ 73, 15 Abs. 2 GBO. Der Notar beschränkt sich zwar darauf, das Rechtsmittel einzulegen, ohne die Personen zu bezeichnen, für die er es einlegt. Aus der im Antrag erwähnten Norm des § 15 GBO erwächst dem Notar kein eigenständiges Antragsrecht, somit auch keine Beschwerdebefugnis (KG, RNotZ 2014, 311 312 f. m. w. N.). Indessen erlaubt die Beschwerdeschrift die Auslegung, dass der Notar das Rechtsmittel für alle Antragsberechtigten einlegt (*Demharter*, GBO, 30. Aufl., § 15 Rdnr. 20; *Hügel/Kramer*, GBO, 3. Aufl., § 71 Rdnr. 227); dies sind die Beteiligten zu 1 und 3 als Veräußerer und Erwerber, sowie der Beteiligte zu 2 als unmittelbar Begünstigter der Vormerkung des bedingt abgetretenen bedingten Rückübereignungsanspruchs.

14 2. Das Rechtsmittel gegen die vom Grundbuchamt abgelehnte Eintragung der Auflassungsvormerkung ist unbegründet; denn die Eintragung der Vormerkung ohne Abtretungsvermerk würde das Grundbuch unrichtig machen.

15 a) Der (gemischte) Antrag gemäß §§ 13, 30 GBO wurde von der Beteiligten zu 1 als Begünstigter und der Beteiligten zu 3 als Betroffener und damit von Antragsberechtigten gestellt. Er ist gerichtet auf die Eintragung einer „entsprechenden befristeten Auflassungsvormerkung für die Veräußerin und (aufgrund der bedingten Abtretung) für deren Ehemann“ zur Sicherung eines Rückübertragungsanspruchs. Der Eintragungsantrag ist nicht eindeutig, denn in Betracht käme die Eintragung einer Vormerkung für beide Berechtigte, ggf. mit Abtretungsvermerk, oder die Eintragung jeweils einer Vormerkung für jeden Berechtigten. Als verfahrensrechtliche Erklärung ist der Eintragungsantrag einer Auslegung zugänglich (vgl. *Demharter*, GBO, § 13 Rdnr. 15 m. w. N.). Jedoch hat der bevollmächtigte Notar auf Nachfrage des Grundbuchamts am 14.9.2016 erklärt, gewollt sei nur eine Vormerkung, da nur ein Anspruch bestehe. Dieser eine Anspruch werde bedingt an den Beteiligten zu 2 abgetreten. Die vom Grundbuchamt thematisierte Möglichkeit der Eintragung eines Abtretungsvermerks hat der Notar weder in der Stellungnahme vom 14.9.2016 noch in der Beschwerdebegründung aufgegriffen. Für eine Auslegung, dass ein solcher Antrag gestellt sein sollte, ist daher kein Raum.

16 b) Der hier zu sichernde Anspruch kann grundsätzlich durch nur eine Vormerkung gesichert werden.

17 aa) Eine Vormerkung, die einen – auch nur bedingten – Rückübertragungsanspruch sichert, ist gemäß § 883 BGB eintragungsfähig. Wegen der strengen Akzessorietät kann eine einzige Vormerkung grundsätzlich nur dann genügen, wenn es sich auch nur um einen zu sichernden Anspruch handelt. Mehrere verschiedene Ansprüche können dagegen nicht durch eine einzige Vormerkung gesichert werden, vielmehr sind ebenso viele Vormerkungen erforderlich, wie Ansprüche gegeben sind (BayObLGZ 1984, 252, 254; *Demharter*, GBO, Anhang zu § 44 Rdnr. 108). Sollen mehrere Personen einen Anspruch auf die Rückübertragung haben, ist nicht zwangsläufig von mehreren Ansprüchen auszugehen. Diese Problematik wird in Rechtsprechung und Literatur unter den Stichworten „Alternativberechtigung“ und „Sukzessivberechtigung“ diskutiert, wobei die Terminologie nicht einheitlich ist (vgl. zum Meinungsstand *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 261a ff.; *Meikel*, GBV, 9. Aufl., Rdnr. 150a ff.; *Demharter*, GBO, Anhang zu § 44 Rdnr. 108). Unter Sukzessivberechtigung wird ein Wechsel auf der Gläubigerseite eines Rechts verstanden, der die Identität des einen und einzigen Rechts(verhältnisses) nicht beeinträchtigt, weil der Wechsel bei Begründung des Rechts von vorneherein für den Fall des Eintritts bestimmter Ereignisse vereinbart ist (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 261a).

18 Ein solcher Wechsel kann jedenfalls durch (Voraus-)Abtretung des Anspruchs (§§ 398, 158 BGB) herbeigeführt werden. Dies steht nicht im Widerspruch zu der Entscheidung des BayObLG vom 30.10.1984 (BayObLGZ 1984, 252), in der ein Fall der Alternativberechtigung für den Fall angenommen wurde, dass Veräußerer und Erwerber einen Rückauflassungsanspruch für den Fall vereinbart hatten, dass der Veräußerer den Erwerber überlebt, und dass ein Dritter die Rückauflassung fordern kann, wenn der Veräußerer vor dem Dritten stirbt, der Dritte aber den Erwerber überlebt. Eine bedingte

(Voraus-)Abtretung hat das BayObLG nicht angenommen; es ging folgerichtig von zwei Ansprüchen aus, die durch zwei Vormerkungen zu sichern seien. Denn nach dem dortigen Vertrag sei der Anspruch des Veräußerers gegen den Erwerber auf Rückauflassung von der aufschiebenden Bedingung abhängig, dass der Veräußerer den Erwerber überlebe. Wenn der Veräußerer den Rückauflassungsanspruch schon voll wirksam erworben habe, falle dieser in den Nachlass des Veräußerers und nicht dem Dritten zu. Nur bei Vorversterben des Veräußerers, ohne dass der Rückübertragungsanspruch schon von diesem voll wirksam erworben war, sollte der Dritte den Rückauflassungsanspruch erwerben können. Denn es sei nicht plausibel, warum zwar das Eigentum an dem Grundstück ggf. vom Veräußerer auf seine Erben übergehen sollte, nicht aber der schon entstandene Rückauflassungsanspruch.

19 Anders stellt sich dies jedoch dar, wenn ein und derselbe Anspruch unter den genannten Voraussetzungen zuerst dem Veräußerer und nach dessen Ableben – unabhängig davon, ob er schon geltend gemacht wurde oder nicht – in Folge einer bedingt erklärten Abtretung dem Dritten zustehen sollte. In Fällen der Vorausabtretung erfolgt der Wechsel in der Person des Gläubigers unter Wahrung der Identität des Anspruchs (vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 261b; *Rastätter*, BWNZ 1994, 27, 28; *Amann*, MittBayNot 1990, 225, 226; OLG Jena, Beschluss vom 31.3.2014, 3 W 82/14, juris Rdnr. 7).

20 bb) So ist es hier. Die Beteiligte zu 1 hat in der notariellen Urkunde den Anspruch an den Beteiligten zu 2 bedingt (voraus) abgetreten. Die Beteiligten wollen den Übergang des Rückübertragungsanspruchs nicht allein durch den Einsatz der auflösenden Bedingung des Vorversterbens der Beteiligten zu 1 bzw. der aufschiebenden Bedingung des Überlebens des Beteiligten zu 2 herbeiführen. Der bedingte Rückübertragungsanspruch steht der Beteiligten zu 1 bis zu ihrem Tod alleine zu und geht mit dem Tod infolge der vereinbarten Vorausabtretung an den Beteiligten zu 2 über, soweit die weiteren Bedingungen gegeben sind. Der Anspruch ist unabhängig von Entstehung oder Geltendmachung abgetreten, sodass der Anspruch auch auf den Beteiligten zu 2 übergeht, wenn die Beteiligte zu 1 nach Bedingungseintritt, aber vor Rückübertragung stirbt. Es liegt demgemäß ein Fall der Sukzessivberechtigung und daher nur ein Anspruch vor, der durch nur eine Vormerkung gesichert werden kann.

21 c) Obwohl nur ein durch eine Vormerkung zu sichernder Anspruch vorliegt, hat das Grundbuchamt trotzdem zu Recht die beantragte Eintragung abgelehnt. Denn die bedingte Abtretung muss im Grundbuch verlautbart werden, nach dem gestellten Antrag sollte eine solche Eintragung jedoch nicht vorgenommen werden.

22 aa) Das Grundbuchamt hat zwar die sachliche Richtigkeit der Eintragung grundsätzlich nicht nachzuprüfen. Es muss jedoch eine Eintragung selbst bei Vorliegen aller verfahrensrechtlichen Voraussetzungen dann verweigern, wenn es aufgrund von Tatsachen zweifelsfreie Kenntnis davon hat, dass durch die Eintragung ein im Widerspruch zur Rechtslage stehender Rechtszustand verlautbart und das Grundbuch dadurch unrichtig würde (OLG Schleswig, Rpfleger 2013, 79; *Demharter*, GBO, Einl. Rdnr. 1). Dem Vollzug der Eintragung

steht mithin das Legalitätsprinzip entgegen. Der Vermerk über die bedingte Abtretung muss zur Vermeidung einer Grundbuchunrichtigkeit eingetragen werden (vgl. KEHE/Keller, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 2014, Einl. Rdnr. 36). Fehlt dieser Zusatz, ist das Grundbuch unrichtig (BayObLG, DNotZ 1986, 496). Es wäre dann nämlich eine Vormerkung zur Sicherung des Rückübertragungsanspruchs für die Beteiligten zu 1 und 2 verlautbart. Tatsächlich soll der zu sichernde Rückübertragungsanspruch dem Beteiligten zu 2 aber erst sukzessiv mit Vorversterben der Beteiligten zu 1 zustehen, nicht jedoch schon aktuell. Das im Grundbuch Verlautbarte würde damit mit der materiellen Rechtslage nicht übereinstimmen.

23 bb) Ein solcher Vermerk kann, entgegen der Rechtsansicht des Grundbuchamts, im Grundbuch bei der Vormerkung eingetragen werden (vgl. BayObLG, DNotZ 1986, 496; OLG Jena, Beschluss vom 31.3.2014, 3 W 82/14, juris Rdnr. 7). Der vom Grundbuchamt zitierten Meinung von *Schöner/Stöber* (siehe dort Rdnr. 1516) ist nicht zu folgen (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 1.7.2016, BeckRS 2016, 116877 m. w. N.). Es soll nämlich nicht eingetragen werden, dass infolge der Abtretung der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch schon übergegangen ist, sondern – in Form eines entsprechenden Vermerks – die Tatsache, dass eine bedingte Abtretung stattgefunden hat (vgl. BayObLG, DNotZ 1986, 496).

24 3. Soweit das Grundbuchamt von einem verbundenen Antrag nach § 16 Abs. 2 GBO ausgegangen ist und davon abgesehen hat, die in Ziffer III. der notariellen Urkunde beantragte und bewilligte Auflassung ohne die beantragte Rückübertragungsvormerkung einzutragen, wurde das von den Beschwerdeführern nicht beanstandet.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar a. D. Prof. Dr. **Christoph Reymann**, LL.M. Eur., Neustadt bei Coburg

Die Entscheidung des OLG München hatte eine Standardkonstellation der vorweggenommenen Erbfolge zum Gegenstand. Eine Mutter hatte unter Mitwirkung ihres Ehemannes ein Grundstück auf ihre Tochter übertragen und sich einen vormerkungsgesicherten bedingten Rückübertragungsanspruch für die Fälle der Weiterveräußerung ohne Zustimmung der Mutter, des Vorversterbens der Tochter, der Insolvenz sowie der Ehescheidung aufseiten der Tochter einräumen lassen. Für den Fall, dass die Mutter vor der Tochter versterben und ihr Mann sie überleben sollte, hatte sie den vormerkungsgesicherten bedingten Übertragungsanspruch an ihren Ehemann aufschiebend bedingt im Voraus abgetreten. In der Vormerkungsbewilligung, die der Notar als Bewilligung nur einer Vormerkung verstanden wissen wollte, war im Einzelnen geregelt, dass die Eintragung einer „entsprechenden befristeten Auflassungsvormerkung für die Veräußerin und (aufgrund der bedingten Abtretung) für deren Ehemann“ bewilligt war. Das Grundbuchamt wies den Vollzugsantrag mit der Begründung zurück, dass die Eintragung von zwei Vormerkungen hätte bewilligt und beantragt werden müssen. Das OLG München hielt die für die Beteiligten ein-

gelegte Beschwerde für unbegründet: Zwar sei die Eintragung nur einer Vormerkung ausreichend, diese könne jedoch zur Sicherung auch des abgetretenen Anspruchs nicht ohne Abtretungsvermerk, der vorliegend vom Notar nicht explizit beantragt worden sei, im Grundbuch vermerkt werden.

1. Gestaltung der Vormerkung in „Sukzessionsfällen“

In den Entscheidungsgründen bestätigt das OLG München zunächst die herrschende Meinung, wonach in Fällen, in denen mehreren Personen ein aufschiebend bedingter Rückübertragungsanspruch eingeräumt wird, nicht zwangsläufig mehrere gesicherte Ansprüche vorliegen und damit nicht notwendig mehrere Vormerkungen bewilligt werden müssen.¹ Zwar ist es möglich, gezielt mehrere Vormerkungen zu bestellen, so zum Beispiel eine, die den Übergeber absichert, und weitere Vormerkungen, die jeweils aufschiebend bedingte Übertragungsansprüche des jeweiligen überlebenden Ehegatten sichern.² Man kann aber auch mit nur einer Vormerkung arbeiten, was teilweise in der Literatur unter dem Begriff der „Sukzessiv“- oder „Alternativberechtigung“ diskutiert wird.³ Dabei besteht der Standardfall der „Sukzession ohne Abtretung“ darin, dass Ehegatten der Rückübertragungsanspruch zu Lebzeiten gemeinsam – meist als Gesamtberechtigten (§ 428 BGB) – zusteht und der Überlebende Alleinberechtigter des identischen Anspruchs wird. Wegen der zu bejahenden Anspruchsidentität reicht in diesem Fall eine einzige Vormerkung aus.⁴ Alternativ dazu kann aber auch mit dem sog. Abtretungsmodell gearbeitet werden: Dabei tritt der zu seinen Lebzeiten zunächst Berechtigte seinen aufschiebend bedingten Übertragungsanspruch für den Fall, dass er Erstversterbender ist, an den überlebenden Ehegatten ab, sodass insoweit auch die Vormerkung gemäß § 401 BGB auf den überlebenden Ehegatten übergeht.⁵

Vorliegend war das Zwei-Vormerkungen-Modell vom Abtretungsmodell abzugrenzen. Bei dieser Abgrenzung gelangte das OLG München zu dem Ergebnis, dass wegen der Vorausabtretung, die in der notariellen Urkunde enthalten war, die zunächst gesicherte Ehefrau und deren möglicherweise längerlebender Ehemann durch denselben (bedingt abgetretenen) Anspruch abgesichert wurden und somit eine Vormerkung ausreichend war. Aus der aufschiebend bedingten Vorausabtretung des Anspruchs an den Ehemann leitete es zugleich die für die Entscheidung maßgebliche Folgefrage ab,

- 1 Im Überblick hierzu: *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 261d ff.; *Krauβ*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rdnr. 1916 ff.
- 2 BayObLG, Beschluss vom 30.10.1984, BReg. 2 Z 71/84, BayObLGZ 1984, 252; *Krauβ*, Vermögensnachfolge in der Praxis, Rdnr. 1944.
- 3 Vgl. *Amann*, MittBayNot 1990, 225, 226 ff.; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 261d.
- 4 BayObLG, Beschluss vom 6.4.1995, 2 Z BR 17/95, MittBayNot 1995, 149; für den Fall der Gütergemeinschaft noch von einer Anspruchsmehrheit ausgehend BayObLG, Beschluss vom 15.2.1990, 2 Z 5/90, MittBayNot 1990, 243; zum Ganzen *Amann*, MittBayNot 1990, 225 ff.; DNotI-Gutachten, DNotI-Report 1995, 121 ff.
- 5 *Krauβ*, Vermögensnachfolge in der Praxis, Rdnr. 1930 f.

ob im Grundbuch nur die Ehefrau als anfängliche Vormerkungsberechtigte einzutragen war oder ob durch Eintragung eines sog. Abtretungsvermerks auch der überlebende Ehemann im Grundbuch mitzuverlautbaren war. Wegen des Legalitätsprinzips und des Verbots unrichtiger Eintragungen hielt es die Eintragung des Abtretungsvermerks für zwingend.

Obwohl im Fall des OLG München die Vorausabtretung des vormerkungsgesicherten Anspruchs in der notariellen Urkunde unzweifelhaft enthalten war, hielt das Gericht die Voraussetzungen für den einzutragenden Abtretungsvermerk für nicht gegeben, weil kein Antrag im Sinne des § 13 GBO gestellt worden sei. Dieses Ergebnis überrascht, denn grundsätzlich wird man den Antrag auf Eintragung einer bewilligten Aufassungsvormerkung, bei welcher der gesicherte Anspruch in unmittelbarem Zusammenhang mit den Grundbucherklärungen in der Urkunde im Voraus aufschiebend bedingt abgetreten wurde, dahin gehend auslegen können, dass inzident auch der Abtretungsvermerk zur Eintragung bewilligt und beantragt worden ist.⁶ Dass das OLG München eine solche Auslegung verneint, ist vermutlich dem Umstand geschuldet, dass das Grundbuchamt das Thema „Abtretungsvermerk“ ausdrücklich thematisiert und aufgeworfen und der Notar es trotzdem unterlassen hatte, für die Beteiligten einen klarstellenden Eintragungsantrag hinsichtlich des Abtretungsvermerks nachzuschicken. Infolgedessen sahen sich Grundbuchamt und OLG – was in anderen Fällen eigentlich möglich sein sollte – daran gehindert, den gestellten Antrag wohlwollend dahin gehend auszulegen, dass er auch den Abtretungsvermerk mitumfassen sollte.

2. Eintragungsfähigkeit und -pflichtigkeit des Abtretungsvermerks

Im Übrigen lädt die Entscheidung des OLG München dazu ein, die folgenden zwei Aspekte kritisch zu hinterfragen: Ist eine aufschiebend bedingte Abtretung des vormerkungsgesicherten Anspruchs im Grundbuch tatsächlich eintragungsfähig? Besteht sogar – wie das OLG München meint – eine Eintragungspflicht des Abtretungsvermerks, und zwar dergestalt, dass ohne den Vermerk die Vormerkung für den originär Berechtigten (Zedent) von vornherein nicht eingetragen werden kann?

a) Bei beschränkten dinglichen Rechten (Grundpfandrecht, Dienstbarkeit, Nießbrauch, dingliches Vorkaufsrecht, Reallast etc.) entspricht es – abgesehen von einigen Besonderheiten – der ganz herrschenden Meinung, dass diese Rechte unter einer aufschiebenden oder einer auflösenden Bedingung vereinbart werden können.⁷ Zu achten ist allerdings darauf, dass reine Wollensbedingungen, bei denen der Bedingungseintritt in das freie Belieben einer bestimmten Person gestellt wird, unzulässig sind und dass wegen der Publizitätsfunktion des Grundbuchs nicht jedes Ereignis zur Bedingung gemacht werden kann.⁸ In gleicher Weise un-

streitig ist, dass im Grundbuch die Bedingung verlaubar werden muss und eine bloße Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (§ 874 BGB) insofern nicht ausreichend ist.⁹ Unterbleibt die ausdrückliche Verlaubarung der Bedingung im Grundbuch (obwohl eine solche vereinbart wurde), entsteht trotz Eintragung eines unbedingten Rechts lediglich ein bedingtes Recht.¹⁰ Das Grundbuch ist insofern unrichtig und gutgläubige Dritte, die im Einklang mit §§ 892 ff. BGB das Grundstück erwerben, haben die Möglichkeit, das auf dem entsprechenden Grundstück lastende Recht „bedingungs frei“ zu erwerben.¹¹ Vor dem Hintergrund, dass eine vereinbarte Bedingung zum Inhalt des dinglichen Rechts zählt, ist bei unterbleibender ausdrücklicher Eintragung der Bedingung das Grundbuch nicht nur unrichtig (Möglichkeit eines Amtswiderspruchs gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO), sondern einer Eintragung des bloßen Rechts ohne Bedingung steht auch das Legalitätsprinzip entgegen (Eintragungspflicht).¹²

b) Die vorstehenden Grundsätze zur Eintragungspflicht der Bedingung gelten bei bedingten Vormerkungen entsprechend. Wurde jedoch nicht die Vormerkung selbst bedingt vereinbart, sondern lediglich der gesicherte Anspruch, ist die Rechtslage umstritten. Was den hier in Frage stehenden Spezialfall der aufschiebend bedingten Vorausabtretung des gesicherten Anspruchs anbelangt, gibt es im Prinzip zwei Meinungs-lager. Im Standardwerk *Schöner/Stöber* wird vertreten, dass der Abtretungsvermerk weder eingetragen werden kann noch muss, weil – anders als bei beschränkten dinglichen Rechten – nicht über die Vormerkung selbst bedingt verfügt wird, sondern lediglich über den gesicherten Anspruch; vor Bedingungseintritt sei das Grundbuch noch nicht unrichtig, sodass der künftige Berechtigte auch nicht eingetragen werden kann.¹³ Das OLG München schließt sich vorliegend dagegen der wohl herrschenden Gegenmeinung an, die im Falle der Nichteintragung des Abtretungsvermerks von einer sofortigen Grundbuchunrichtigkeit ausgeht und deswegen den Abtretungsvermerk nicht nur für eintragungsfähig, sondern sogar für eintragungspflichtig hält.¹⁴

c) Im Ergebnis verdient die zweite Meinung, die auch das OLG München vertritt, uneingeschränkt Zustimmung. Dabei ist im Ausgangspunkt allerdings zu berücksichtigen, dass bei weitem nicht jede Bedingtheit des vormerkungsgesicherten Anspruchs im Grundbuch ausdrücklich eingetragen werden kann, geschweige denn muss. Vielmehr ist zu unterscheiden: Ist die Vormerkung selbst bedingt vereinbart, muss die

6 Generell zur Auslegung im Grundbuchverfahren *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 172.

7 BeckOGK-BGB/*Reymann*, Stand: 1.2.2018, § 158 Rdnr. 116 f.

8 Im Überblick BeckOGK-BGB/*Reymann*, § 158 Rdnr. 117.

9 BayObLG, Beschluss vom 26.3.1998, 2 Z BR 46-98, NJW-RR 1998, 1025; OLG Frankfurt, Beschluss vom 19.6.1974, 20 W 331/74, MittBayNot 1974, 266.

10 BayObLG, Beschluss vom 26.3.1998, 2 Z BR 46-98, NJW-RR 1998, 1025; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1149.

11 RGRK-BGB/*Augustin*, 12. Aufl. 1979, § 873 Rdnr. 103; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 266.

12 Vgl. BeckOGK-BGB/*Reymann*, § 158 Rdnr. 117.

13 *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1516.

14 So auch BayObLG, Beschluss vom 18.2.1986, BReg. 2 Z 19/86, MittBayNot 1986, 77; OLG Hamm, Beschluss vom 1.7.2016, 15 W 112/16, BeckRS 2016, 116877; OLG München, Beschluss vom 10.2.2011, 34 Wx 37/11, RNtoZ 2011, 420; OLG Jena, Beschluss vom 31.3.2014, 3 W 82/14, juris.

Bedingung genauso wie bei beschränkten dinglichen Rechten ausdrücklich im Grundbuch verlautbart werden.¹⁵ Bei Bedingungen, die im Kern lediglich den Vormerkungsgesicherten Anspruch betreffen, ist dagegen weiter zwischen solchen Bedingungen zu unterscheiden, die die Vormerkung erst in Zukunft und nur mittelbar verändern, und solchen, die – wie die vorliegend in Frage stehende aufschiebend bedingte Abtretung des vormerkungsgesicherten Anspruchs – den Inhalt der Vormerkung aktuell bereits beeinflussen.

Zur ersten Fallgruppe, die zu keiner aktuellen Grundbuchrichtigkeit führt und bei der eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung zur Verlautbarung der auflösenden Bedingung ausreichend ist (§ 885 Abs. 2 BGB), zählt beispielsweise der Fall, dass der vormerkungsgesicherte Anspruch auflösend bedingt vereinbart wird. Zwar geht in diesem Fall bei späterem Bedingungseintritt nicht nur der gesicherte Anspruch sondern aufgrund ihrer Akzessorietät auch die Vormerkung unter. Hierdurch wird das Grundbuch aber derzeit, d. h. vor Bedingungseintritt, noch nicht unrichtig, denn nicht die Vormerkung ist auflösend bedingt, sondern nur der Anspruch.¹⁶ Hiervon zu unterscheiden ist die zweite Fallgruppe, bei der das Grundbuch ohne ausdrücklichen Vermerk des bedingten Rechtsgeschäfts schon aktuell unrichtig ist. Zu dieser Fallgruppe ist der vorliegende Fall zu zählen: Denn wird der vormerkungsgesicherte Anspruch bereits aufschiebend bedingt abgetreten, verliert der Zedent bereits derzeit nicht nur in Bezug auf den bedingt abgetretenen Anspruch, sondern wegen des aufschiebend bedingten „Mitübergangs“ der Vormerkung (§ 401 BGB) auch diesbezüglich teilweise seine Verfügungsbefugnis. Der Vormerkungsberechtigte bleibt zwar bis zum Bedingungseintritt alleiniger Rechtsinhaber, jedoch sind Zwischenverfügungen, die er vornimmt und zu denen neben der Zweitabtretung auch die Aufhebung des Anspruchs und/oder der Vormerkung zählt, wegen § 161 Abs. 1 BGB mit Blick auf den Eigentumsverschaffungsanspruch und/oder mit Blick auf die Vormerkung unwirksam.¹⁷

Indem § 161 Abs. 3 BGB auf die Vorschriften zum Gutgläubenserwerb verweist, erweitert er in Bezug auf Verfügungsbeschränkungen den Rechtsscheinsgehalt des Grundbuchs dahin gehend, dass insofern auch die absolute Verfügungsbeschränkung des § 161 Abs. 1 BGB – sofern sie im Grundbuch nicht eingetragen ist – „gutgläubig hinweggeworben“ werden kann.¹⁸ Die Gefahr eines gutgläubigen Zweiterwerbs oder eines Rechtsverlusts infolge § 161 Abs. 3 BGB ist hinsichtlich des gesicherten Anspruchs zwar ausgeschlossen (weil das BGB einen gutgläubigen Forderungserwerb abgesehen von § 405 BGB nicht kennt), kommt hinsichtlich der Vormerkung – nachdem der BGH deren gutgläubigen Zweiterwerb bei bestehendem Anspruch unter bestimmten Vor-

aussetzungen anerkennt¹⁹ – infolge § 161 Abs. 3, § 892 BGB aber in Betracht. Um den bedingten Ersterwerber vor einem solchen Rechtsverlust infolge Gutgläubenserwerbs zu schützen, muss der aufgrund von § 161 Abs. 3 BGB erweiterte Rechtsschein des Grundbuchs zerstört werden können. Dies ist nur durch Eintragung des Abtretungsvermerks im Grundbuch möglich.²⁰ Dass dieser Abtretungsvermerk nicht nur eingetragen werden kann, sondern auch muss, folgt letztlich daraus, dass infolge der Abtretung die Verfügungsbefugnis des Noch-Vormerkungsberechtigten gemäß § 161 Abs. 1 BGB eingeschränkt ist und wegen des Legalitätsprinzips die Mitberechtigung des bedingten Ersterwerbers im Grundbuch ebenfalls verlautbart werden muss.²¹

Diese Pflicht zur Eintragung des Abtretungsvermerks kann darüber hinaus auch mit der Wertung des § 47 GBO begründet werden. Denn der Fall der zulässigen „Sukzessivberechtigung infolge Abtretung“ ist letztlich nichts anderes als ein Gemeinschaftsverhältnis, bei dem die Gemeinschaft der Berechtigten aus dem aktuell Berechtigten und dem im Bedingungsfall fortan Berechtigten besteht. Wäre dabei nur der aktuell Berechtigte ohne den Rechtsnachfolger im Grundbuch einzutragen, würde der Rechtsschein des Grundbuchs suggerieren, dass der aktuell Berechtigte auf Dauer allein (verfügungs-)berechtigt ist. Dieser Vertrauenstatbestand wäre ähnlich wie bei nur gemeinschaftlich Verfügungsberechtigten im Sinne des § 47 GBO irreführend, sodass auch aus § 47 GBO eine Eintragungspflicht (zumal die Ausnahme nach § 49 GBO nicht eingreift) geschlussfolgert werden kann.²² Ähnlich wie die „Sukzessivberechtigung“ des Überlebenden bei einer Vormerkung zur Sicherung eines Eigentumsverschaffungsanspruchs ausdrücklich im Grundbuch zu verlautbaren ist, der zu Lebzeiten den Ehegatten gemeinschaftlich (zum Beispiel als Gesamtberechtigte gemäß § 428 BGB oder in Gütergemeinschaft) und nach dem Tod des Erstversterbenden dem Überlebenden allein zusteht,²³ muss man dies auch für den hier vorliegenden Fall der „Sukzessivberechtigung infolge Abtretung“ (= Abtretungsvermerk) fordern.

3. Schlussfolgerungen für die Gestaltung

Als Fazit ist dem OLG München darin zuzustimmen, dass ein Abtretungsvermerk zwingend bei der Vormerkung im Grundbuch miteinzutragen ist. Vor diesem Hintergrund dürfte es sich bei der Gestaltung von Vormerkungen, die auf-

15 BeckOK-GBO/Kral, Stand: 1.10.2017, § 44 Rdnr. 66 m. w. N.

16 BGH, Beschluss vom 3.5.2012, V ZB 258/11, BGHZ 193, 152 Rdnr. 25 = MittBayNot 2013, 37, 39; MünchKomm-BGB/Kohler, 7. Aufl. 2017, § 885 Rdnr. 25.

17 OLG München, Beschluss vom 10.2.2011, 34 Wx 37/11, RNotZ 2011, 421, 422.

18 Im Überblick: BeckOGK-BGB/Reymann, § 161 Rdnr. 68, insbesondere Rdnr. 68.2.

19 BGH, Beschluss vom 21.6.1957, V ZB 6/57, BGHZ 25, 16, 23; BGH, Urteil vom 15.12.1972, V ZR 76/71, BGHZ 60, 46, 50; BayObLG, Beschluss vom 5.8.1999, 2 Z BR 35-99, NJW-RR 1999, 1689, 1690 f.; statt aller zum Meinungsstand und zu der in der Literatur vertretenen Gegenansicht K. Schmidt, JuS 2007, 488, 489.

20 BayObLG, Beschluss vom 18.2.1986, BReg. 2 Z 19/86, MittBayNot 1986, 77; OLG München, Beschluss vom 10.2.2011, 34 Wx 37/11, RNotZ 2011, 421, 422.

21 Siehe zu dem Parallellfall der aufschiebend bedingten Hypothekenabtretung RG, Urteil vom 29.3.1911, Rep. V 335/10, RGZ 76, 89, 90 f.

22 Siehe hierzu bereits Amann, MittBayNot 1990, 225, 229.

23 OLG Frankfurt, Beschluss vom 4.12.2003, 20 W 396/03, ZERB 2004, 350 f.; Amann, MittBayNot 1990, 225, 229.

schiebend bedingt im Voraus abgetretene Auflassungsansprüche sichern, in jedem Fall empfehlen, den Abtretungsvermerk in der Urkunde ausdrücklich mitzubewilligen und auch zu beantragen. Darüber hinaus zeigt die Entscheidung des OLG München mittelbar, wie wichtig es ist, dass aus einer notariellen Urkunde klar und eindeutig hervorgeht, welches Vormerkungsmodell einer Gestaltung zugrunde gelegt wird. Als Alternative zum Zwei- bzw. Mehr-Vormerkungen-Modell kommt das Abtretungsmodell vor allem dann in Betracht, wenn – wie hier – zunächst der eine Ehegatte als alleiniger (Rück-)Übertragungsberechtigter eingesetzt wird und der längerlebende Ehegatten ihn nach seinem Tod als ebenfalls Alleinberechtigter ersetzen soll. Ist in einem solchen Fall die Gestaltung nicht eindeutig, kann es nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten zwischen dem Überlebenden und den Erben zu Streit darüber kommen, ob der vormerkungsgesicherte (zu Lebzeiten geltend gemachte) Anspruch von Todes wegen auf die Erben des Erstversterbenden oder durch konkludente Vorausabtretung auf den Überlebenden allein übergegangen ist. Enthält die Übertragungsurkunde keine Löschungsvollmacht zugunsten des (jeweiligen) Grundstückseigentümers, können bei unterschiedlicher Auslegung durch Grundbuchamt und Antragsteller in einem solchen Fall auch Nachweisprobleme bei der späteren Löschung der Vormerkung entstehen, die durch eine von vornherein eindeutige Gestaltung vermieden werden könnten.²⁴

24 Zur Löschungsvollmacht siehe auch *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, Rdnr. 2094; *Reymann*, MittBayNot 2013, 226, 227 f.

11. Auslegung eines unzulässigen preislimitierten dinglichen Vorkaufsrechts

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 31.5.2017, 20 W 57/17

BGB §§ 133, 157, 464 Abs. 2, §§ 1094 ff., 1098 Abs. 1
GBO § 53 Abs. 1, § 71 Abs. 1 und 2 Satz 2, §§ 72, 73, 75, 78 Abs. 2
GNotKG §§ 46, 51 Abs. 1 Satz 2, § 61 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Ein dingliches Vorkaufsrecht mit der Bestimmung, dass der Kaufpreis – abweichend von dem mit dem Drittkäufer vereinbarten Kaufpreis – nur zum Schätzwert erfolgt, ist inhaltlich unzulässig i. S. v. § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Wurde ein dingliches Vorkaufsrecht in das Grundbuch eingetragen, bezüglich dessen nur ein Teilaspekt inhaltlich unzulässig ist, so wird durch die inhaltliche Unzulässigkeit nur eines Teils der Grundbucheintragung die Zulässigkeit und Wirksamkeit der restlichen Eintragung nicht berührt, wenn diese für sich den wesentlichen Erfordernissen genügt. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Durch eine Beseitigung der unzulässigen Preisvereinbarung wird der Eintragung grundsätzlich kein

wesentliches Erfordernis entzogen, sondern ihr hierdurch lediglich der gesetzlich vorgeschriebene Inhalt gegeben. Insofern ist ausschlaggebend, ob die Begründung eines Vorkaufsrechts ohne die vereinbarte Preisbestimmung der Einigung der Parteien entspricht, sofern sie bei Vertragsschluss diesen Fall bedacht hätten. Dies ist im Regelfall anzunehmen. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

1 I. Der Antragsteller B war als alleiniger Eigentümer des streitgegenständlichen Grundbesitzes in Abt. I lfd. Nr. 4 des Wohnungsgrundbuchblattes eingetragen. Mit notariellem Kaufvertrag vom 6.5.1996 veräußerte der Antragsteller den streitgegenständlichen Grundbesitz unter Erklärung der Auflassung an die Antragsgegnerin A. Diese wurde am 30.8.1996 in Abt. I lfd. Nr. 5 des Wohnungsgrundbuchblattes als Eigentümerin eingetragen.

2 In Ziffer VI Nr. 4 des notariellen Kaufvertrages vom 6.5.1996 räumte die Antragsgegnerin dem Antragsteller wie folgt ein Vorkaufsrecht ein:

3 „Der Käufer räumt dem Verkäufer für den Fall der Weiterveräußerung ein Vorkaufsrecht ein, wobei der vom Ortsgericht/einem vereidigten Gutachter festgestellte Schätzwert als Mindestpreis anzusetzen ist.

4 Das Vorkaufsrecht kann nur binnen eines Monats nach Zugang der Mitteilung des mit einem Dritten geschlossenen Kaufvertrages ausgeübt werden.

5 Die Beteiligten bewilligen und beantragen die Eintragung des Vorkaufsrechts mit Vorrangvorbehalt für Grundpfandrechte bis zu DM 300.000 nebst bis zu je 20 % Zinsen und Nebenleistungen im Grundbuch.“

(...)

7 Am 17.1.1997 wurde zugunsten des Antragstellers in Abt. II lfd. Nr. 5 des Wohnungsgrundbuchblattes folgendes Vorkaufsrecht eingetragen:

„Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle für B; Vorrangvorbehalt für Grundpfandrechte bis zu DM 300.000 nebst bis zu 20 % Zinsen jährlich seit dem Tage der Eintragung der vorbehaltenen Grundpfandrechte und bis zu 20 % Nebenleistungen einmalig; gemäß Bewilligung vom 6.5.1996 (...).“

8 Die Antragsgegnerin veräußerte den streitgegenständlichen Grundbesitz am 18.3.2014 unter Erklärung der Auflassung an Frau C. Zugunsten von Frau C wurde diesbezüglich eine Auflassungsvormerkung in Abt. II lfd. Nr. 6 des Wohnungsgrundbuchblattes eingetragen. (...)

10 Die Antragsgegnerin beantragte mit Schriftsatz vom 10.5.2013 hinsichtlich des zugunsten des Antragstellers eingetragenen Vorkaufsrechts, die Worte „für alle Verkaufsfälle“ zu streichen. Diesbezüglich adressierte das Grundbuchamt an den Antragsteller mehrere Anhörungsschreiben, die diesem aber nicht zugestellt werden konnten. Mit Zwischenverfügung vom 27.5.2013 forderte die Grundbuchrechtspflegerin die Antragsgegnerin sodann auf, eine diesbezügliche Bewilligung des Antragstellers vorzulegen. Auf die hiergegen gerichtete Beschwerde der Antragsgegnerin hat der Senat mit Beschluss vom 13.2.2014 die angefochtene Zwischenverfügung aus formalen Gründen aufgehoben (Az. 20 W 29/2014).

11 Im Hinblick auf den notariellen Kaufvertrag vom 18.3.2014 teilte die beurkundende Notarin mit Schriftsatz vom 31.5.2016 bezüglich des zugunsten des Antragstellers eingetragenen Vorkaufsrechts mit, dieser Kaufvertrag sei dem Antragsteller am 13.2.2016 zugestellt worden. Ein Anhörungsschreiben des Grundbuchamts im Hinblick auf die von der Antragsgegnerin im Zusammenhang mit dem eingetragenen Vorkaufsrecht beantragte Löschung der Worte „für alle Verkaufsfälle“ wurde dem Antragsteller am 14.7.2016 zugestellt. Mit Schreiben vom 29.7.2016 und vom 5.10.2016 widersprach der An-

tragsteller einer Löschung der Worte „für alle Verkaufsfälle“. Mit weiterem Anhörungsschreiben wurde dem Antragsteller mitgeteilt, dass die Löschung des Zusatzes „für alle Verkaufsfälle“ nunmehr in den Hintergrund getreten sei. Vielmehr sei die Löschung des Vorkaufrechts insgesamt geboten, da das Vorkaufrecht aufgrund der erhaltenen Wertermittlungsklausel unzulässig sei.

12 Die Antragsgegnerin hat mit Schriftsatz vom 21.10.2016 sowie mit Schriftsatz ihrer verfahrensbevollmächtigten Notarin vom 26.10.2016 die Eintragung einer Grundschuld in Abt. III lfd. Nr. 6 des Wohnungsgrundbuchblattes im Range vor dem Vorkaufrecht des Antragstellers in Abt. II lfd. Nr. 5 beantragt. Diesen Antrag hat das Grundbuchamt mit Beschluss vom 1.12.2016 mit der Begründung zurückgewiesen, die Ausnutzung des Rangvorbehaltes sei nicht möglich, sofern das Recht in Abt. II lfd. Nr. 5 gelöscht sei. Der Antrag auf Wahrung der Grundschuld sei während der Anhörung im Amtslöschungsverfahren eingegangen. Eine Eintragung der Grundschuld komme nicht in Betracht, da das betroffene Recht im Zuge des Amtslöschungsverfahrens nunmehr gelöscht sei.

13 Nachdem das in Abt. II lfd. Nr. 5 zugunsten des Antragstellers eingetragene Vorkaufrecht am 1.12.2016 von Amts wegen gelöscht wurde, hat der Antragsteller mit Schriftsatz vom 28.12.2016 Beschwerde eingelegt und beantragt, die Amtslöschung des Vorkaufrechts aufzuheben und das Vorkaufrecht wieder in das Grundbuch einzutragen. Er hat ausgeführt, es sei ausdrücklicher Wunsch der Parteien gewesen, ihm ein Vorkaufrecht einzuräumen. (...)

14 Das Grundbuchamt hat die Beschwerde in eine Anregung auf Eintragung eines Amtswiderspruchs nach § 53 Abs. 1 GBO umgedeutet und mit Beschluss vom 24.1.2017 zurückgewiesen. Es hat ausgeführt, Voraussetzung für die Eintragung eines Amtswiderspruchs sei die materielle Unrichtigkeit des Grundbuchs. Diese sei nicht gegeben, da das vereinbarte Vorkaufrecht unzulässig gewesen sei.

15 Gegen diesen Beschluss hat der Antragsteller Beschwerde eingelegt und beantragt, den Widerspruch des Antragstellers vom 28.12.2016 im Grundbuch einzutragen und das Grundbuchamt anzuweisen, die von Amts wegen erfolgte Löschung zu löschen. (...)

16 Der Grundbuchrechtspfleger hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem OLG zur Entscheidung vorgelegt. Er hat im Wesentlichen ausgeführt, eine Löschung der Amtslöschung komme wegen Unmöglichkeit nicht in Betracht. Zulässig sei lediglich die Eintragung eines Widerspruchs gegen die erfolgte Löschung von Amts wegen. Die Eintragung eines solchen Widerspruchs sei aber nicht geboten, da im Grundbuch ein unzulässiges Recht eingetragen gewesen sei. Der Antragsteller sei vor der von Amts wegen erfolgten Löschung auch angehört worden.

AUS DEN GRÜNDEN:

17 II. Die Beschwerde des Antragstellers, über die nach der erfolgten Nichtabhilfe gemäß §§ 72, 75 GBO der Senat als Beschwerdegericht zu entscheiden hat, ist zulässig (§ 71 Abs. 1, § 73 GBO).

18 Es handelt sich bei dem Begehren des Antragstellers um eine beschränkte Beschwerde gemäß § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO. Denn der Antragsteller wendet sich in der Sache gegen die Löschung des zu seinen Gunsten in Abt. II lfd. Nr. 5 des Wohnungsgrundbuchblattes eingetragenen Vorkaufrechts. Das Rechtsmittel der Grundbuchbeschwerde nach § 71 Abs. 2 GBO kann vorliegend allerdings nur mit dem eingeschränkten Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruchs nach § 53 GBO gegen die erfolgte Löschung verfolgt werden, da bei einer Löschung nicht die Wiedereintragung verlangt werden kann und es sich bei der erfolgten Löschung des Vorkaufrechts um eine Eintragung handelt, an die sich ein gut-

gläubiger Erwerb anschließen kann (*Demharter*, GBO, 30. Aufl. 2016, § 53 Rdnr. 9, 61, § 71 Rdnr. 49, 51).

(...)

21 Die mit dem eingeschränkten Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruchs nach § 53 Abs. 1 GBO gegen die erfolgte Löschung des in Abt. II lfd. Nr. 5 des Wohnungsgrundbuchblattes zugunsten des Antragstellers eingetragenen Vorkaufrechts zulässige Grundbuchbeschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

22 Die Eintragung eines Amtswiderspruchs im Grundbuch setzt nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO voraus, dass ein durch die Eintragung erfolgter Verstoß des Grundbuchamts gegen gesetzliche Vorschriften feststeht und darüber hinaus glaubhaft gemacht ist, dass das Grundbuch hierdurch unrichtig geworden ist (*BayObLG*, Rpfleger 1987, 101; *Demharter*, § 53 Rdnr. 28). Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben.

23 Das Grundbuchamt hat das in Abt. II lfd. Nr. 5 das Wohnungsgrundbuchblattes zugunsten des Antragstellers eingetragene Vorkaufrecht zu Unrecht als eine inhaltlich unzulässige und damit nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO von Amts wegen zu löschende Eintragung angesehen. Die Voraussetzungen für eine Löschung wegen inhaltlicher Unzulässigkeit gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO liegen nicht vor.

24 Zwar ist eine Eintragung dann nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO zu löschen, wenn sie sich ihrem Inhalt nach als unzulässig erweist. Dies ist dann der Fall, wenn ein Recht mit dem Inhalt oder in der Ausgestaltung, wie es eingetragen ist, aus Rechtsgründen nicht bestehen kann. Die Unzulässigkeit muss sich hierbei aus dem Eintragungsvermerk selbst und der zulässigerweise in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ergeben, andere Beweismittel dürfen nicht verwertet werden (*BayObLG*, Rpfleger 1986, 371; *BayObLG*, Urteil vom 9.6.1986, 2 Z 108/85; *OLG München*, Beschluss vom 29.10.2007, 34 Wx 105/07, juris Rdnr. 22).

25 Wurde ein dingliches Vorkaufrecht allerdings in das Grundbuch eingetragen, bezüglich dessen nur ein Teilaspekt inhaltlich unzulässig ist, so wird durch die inhaltliche Unzulässigkeit nur eines Teils der Grundbucheintragung die Zulässigkeit und Wirksamkeit der restlichen Eintragung nicht berührt, wenn diese für sich den wesentlichen Erfordernissen genügt (*BGH*, FGPrax 2017, 54; *BGH*, Beschluss vom 13.10.2016, V ZB 98/15; *BGH*, NJW 1966, 1656; *BGH*, Urteil vom 20.5.1966, V ZR 182/63; *Demharter*, § 53 Rdnr. 58; *Meikel/Schneider*, GBO, 11. Aufl. 2014, § 53 Rdnr. 352).

26 Dies ist vorliegend der Fall. Denn es ist davon auszugehen, dass das dingliche Vorkaufrecht für den Antragsteller mit dem zulässigen Inhalt von den Vertragsparteien gewollt war und damit entstanden ist.

27 Zwar ist ein dingliches Vorkaufrecht mit der Bestimmung, dass der Kauf nur zum Schätzpriis erfolgt, inhaltlich unzulässig i. S. v. § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO. Allerdings ist vorliegend davon auszugehen, dass auch ein zulässiges nicht preislimitiertes dingliches Vorkaufrecht von der erfolgten Einigung der Vertragsparteien umfasst ist.

28 Das dingliche Vorkaufrecht gehört zu dem geschlossenen Kreis der dinglichen Belastungen, wobei sein Inhalt in den

§§ 1094 ff. BGB gesetzlich festgelegt ist. Hierbei sind Abweichungen vom gesetzlichen Inhalt nur zulässig, soweit das Gesetz sie, insbesondere nach § 1098 Abs. 1 BGB, unter Verweisung auf die Vorschriften des schuldrechtlichen Vorkaufrechts zulässt. Es gilt damit keine Vertragsfreiheit, insbesondere sind erweiternde abweichende Vereinbarungen unzulässig (Senat, NJW-RR 1997, 1447; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 25.8.1997, 20 W 558/94 m. w. N.; Palandt/*Bassenge*, 76. Aufl., vor § 1094 Rdnr. 1; Senat, Beschluss vom 6.9.2007, 20 W 174/07, juris Leitsatz und Rdnr. 11). Während für das schuldrechtliche Vorkaufrecht die Bestimmung des § 464 Abs. 2 BGB, wonach der Kauf zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsverpflichteten zu denselben Bedingungen zustande kommt, die der Verpflichtete mit dem Drittkäufer vereinbart hat, bei der Vereinbarung des Vorkaufrechts abbedungen werden kann, gilt dies nicht für das dingliche Vorkaufrecht. Hier ist die Festlegung des Kaufpreises abweichend von dem mit dem Dritten vereinbarten Kaufpreis – ein sog. preislimitiertes Vorkaufrecht – unzulässig (Senat, Beschluss vom 6.9.2007, a. a. O. Rdnr. 11 m. w. N.; BGH, WM 1966, 891; BGH, NJW 2001, 2883; OLG München, Beschluss vom 29.10.2007, a. a. O. Rdnr. 24; Palandt/*Bassenge*, § 1098 Rdnr. 2; Staudinger/*Schermaier*, Neub. 2013, vor §§ 463 ff. Rdnr. 8).

29 Anders als in der vom Senat im Jahr 2007 entschiedenen Konstellation (Senat, Beschluss vom 6.9.2007, a. a. O.) ist vorliegend Gegenstand des Beschwerdeverfahrens nicht die – unzulässige – Ergänzung eines eingetragenen Vorkaufrechts dahin gehend, dass dieses nach dem Schätzwert auszuüben sei. Vielmehr ist vorliegend eine Konstellation gegeben, in der die Eintragung eines – unzulässigen – preislimitierten dinglichen Vorkaufrechts bereits im Jahr 1997 erfolgt ist. Zwar hat die erfolgte Eintragung in Abt. II lfd. Nr. 5 des Wohnungsgrundbuchblattes ihrem Wortlaut nach keine preislimitierende Einschränkung, sondern enthält lediglich die Bestellung eines Vorkaufrechts für alle Verkaufsfälle für den Antragsteller. Allerdings wird bei der Eintragung des Vorkaufrechts in zulässiger Weise Bezug genommen auf die Bewilligung in der notariellen Urkunde (...) vom 6.5.1996 und in der Nachtragsurkunde vom 5.9.1996. Hierbei ist die Eintragungsbewilligung zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts rechtlich erheblich (BayObLG, MittBayNot 1995, 460). Der notarielle Vertrag vom 6.5.1996 enthält hierbei die Vereinbarung eines Vorkaufrechts zu einem auf gutachterlichem Schätzwert basierenden Mindestpreis.

30 Die gebotene Auslegung der im notariellen Vertrag vom 6.5.1996 getroffenen Bestimmungen ergibt jedoch, dass die erfolgte Einigung der Vertragsparteien auch ein zulässiges nicht preislimitiertes dingliches Vorkaufrecht umfasst hat.

31 Für die Auslegung der Bestimmungen des notariellen Vertrages sind zunächst die allgemeinen Auslegungsregeln der §§ 133, 157 BGB anzuwenden, jedoch eingeschränkt durch die für Grundbucheklärungen aufgestellten Grundsätze, wonach der das Grundbuchverfahren beherrschende Bestimmtheitsgrundsatz und das grundsätzliche Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsunterlagen der Auslegung Grenzen setzen. Eine Auslegung kommt somit nur dann in Betracht, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen

Ergebnis führt. Es ist auf den Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie sie sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt (Senat, Beschluss vom 27.10.2016, 20 W 250/16, n. v.; *Demharter*, § 19 Rdnr. 28; *Meikel/Schneider*, § 53 Rdnr. 32). Andere Umstände dürfen im Interesse späterer Rechtsnachfolger oder sonstiger betroffener Dritter zur Auslegung nur insoweit herangezogen werden, als sie allgemein für jedermann ohne Weiteres oder konkret aus den Eintragungsunterlagen erkennbar sind. Darauf, was der oder die Erklärende tatsächlich gewollt hat, kommt es nicht an (Senat, Beschluss vom 27.10.2016, a. a. O.; *Demharter*, § 19 Rdnr. 28 m. w. N.). Auch eine Umdeutung ist im Grundbuchverfahren nicht völlig ausgeschlossen, unterliegt jedoch ebenso wie die vorrangige Auslegung den vorgenannten sich aus der Sicherheit des Grundbuchverkehrs, der eine klare Ausdrucksweise verlangt, ergebenden einschränkenden Grundsätzen (Senat, Beschluss vom 27.10.2016, a. a. O.; *Demharter*, § 19 Rdnr. 30; *KEHE/Keller*, Grundbuchrecht, 7. Aufl., vor § 3 Rdnr. 29).

32 Unter Heranziehung dieser Grundsätze ist zunächst festzustellen, dass die Vertragsparteien des notariellen Vertrages vom 6.5.1996 in Ziffer VI Nr. 4 ein Vorkaufrecht zum Schätzwert als Mindestpreis vereinbart und sodann in Ziffer VI Nr. 4 Abs. 3 die Eintragung des Vorkaufrechts bewilligt und beantragt haben. Die Eintragung eines Vorkaufrechts mit der Vereinbarung eines Schätzpreises ist nur hinsichtlich dieser Vereinbarung, aber nicht insgesamt inhaltlich unzulässig. Durch eine Beseitigung der unzulässigen Preisvereinbarung wird der Eintragung grundsätzlich kein wesentliches Erfordernis entzogen, sondern ihr hierdurch lediglich der gesetzlich vorgeschriebene Inhalt gegeben. Insofern ist ausschlaggebend, ob die Begründung eines Vorkaufrechts ohne die vereinbarte Preisbestimmung der Einigung der Parteien entspricht, sofern sie bei Vertragsschluss diesen Fall bedacht hätten (BGH, FGPrax 2017, 54 f.; BGH, Beschluss vom 13.10.2016, V ZB 98/15; OLG München, Beschluss vom 29.10.2007, a. a. O. Rdnr. 26 m. w. N.). Hierbei ist in der Regel davon auszugehen, dass das Recht mit dem zulässigen Inhalt von den Vertragsparteien gewollt war und damit entstanden ist (BGH, FGPrax 2017, 54 ff.; BGH, Beschluss vom 13.10.2016, V ZB 98/15).

33 Vorliegend bleibt das von den Vertragsparteien vereinbarte unzulässige dingliche Vorkaufrecht zu einem festgestellten Schätzwert als Mindestpreis in seinen Wirkungen nicht wesentlich hinter dem zulässigen dinglichen Vorkaufrecht zurück. Denn der Kern des Vorkaufrechts besteht in der Möglichkeit des Berechtigten – hier des Antragstellers –, das Grundstück zu erwerben, wenn es an einen Dritten verkauft wird. Dieser Kern wird nicht dadurch verändert, dass bezüglich des Preises differenzierende Absprachen der Vertragsparteien erfolgt sind. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Antragsteller als Veräußerer bei Kenntnis der Unwirksamkeit der gewählten Regelung mit einem Mindestpreis völlig auf die Einräumung eines Vorkaufrechts hätte verzichten wollen. Denn ein unter anderen Bedingungen auszuübendes Vorkaufrecht ist für den Vorkaufsberechtigten unter allen Umständen mehr wert als gar kein Vorkaufrecht (so auch OLG München, Beschluss vom 29.10.2017, a. a. O. Rdnr. 27 m. w. N.). Für die Antragsgegnerin als Vorkaufsverpflichtete wiederum stellt sich das Entfallen der Mindestpreisregelung

nicht als entscheidendes Kriterium dar, denn mit dem Bestehen eines Vorkaufsrechts des Antragstellers an sich – das grundsätzlich in Verkaufsverhandlungen mit Dritten preismindernd wirken kann – hatte sie sich mit der gewählten unzulässigen Regelung gerade einverstanden erklärt. Insofern ist davon auszugehen, dass die Vertragsparteien bei Kenntnis der Nichtigkeit des dinglichen preislimitierten Vorkaufsrechts zumindest das inhaltlich zulässige dingliche Vorkaufsrecht vereinbart hätten.

34 Da vorliegend eine Auslegung im Wege der geltungserhaltenden Reduktion dazu führt, dass seitens der Vertragsparteien statt des vereinbarten unzulässigen das zulässige dingliche Vorkaufsrecht gewollt war, bleibt kein Raum mehr für eine mögliche Umdeutung der Eintragung selbst, die ohnehin nur unter engen Voraussetzungen möglich ist (*Demharter*, § 19 Rdnr. 30 m. w. N.). Ohnehin wird nur vereinzelt vertreten, dass ein eingetragenes unzulässiges preislimitiertes dingliches Vorkaufsrecht in eine Vormerkung zur Sicherung eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechts umgedeutet werden könne (so LG Darmstadt, Rpfleger 2004, 349; LG Darmstadt, Beschluss vom 26.2.2004, 26 T-188/03); ganz überwiegend wird vielmehr mit Verweis auf die Publizitätsfunktion des Grundbuchs eine Umdeutung in diesem Sinne abgelehnt (BayObLG, NJW-RR 1997, 1511; BayObLG, Beschluss vom 5.6.1997, 2 ZBR 19/97; Staudinger/*Roth*, Neub. 2015, § 140 Rdnr. 10 m. w. N.).

35 Die von Amts wegen erfolgte Löschung des in Abt. II ffd. Nr. 5 des Wohnungsgrundbuchblattes zugunsten des Antragstellers eingetragenen Vorkaufsrechts seitens des Grundbuchamts erfolgte damit zu Unrecht, sodass das Grundbuch hierdurch unrichtig geworden ist. Daher war das Grundbuchamt anzuweisen, bezüglich der erfolgten Amtslöschung zugunsten des Antragstellers einen Amtswiderspruch einzutragen.

36 Klarstellend weist der Senat im Hinblick auf die Ausführungen der Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 29.5.2017 darauf hin, dass die Frage der Auslegung der in Ziffer VI Nr. 4 des notariellen Vertrages vom 6.5.1996 von den Vertragsparteien gewählten Formulierung, der Käufer räume dem Verkäufer „für den Fall der Weiterveräußerung“ ein Vorkaufsrecht ein, nicht Gegenstand dieses Beschwerdeverfahrens ist. Denn eingetragen ist in Abt. II ffd. Nr. 5 des Wohnungsgrundbuchblattes ein Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle zugunsten des Antragstellers, bezüglich dessen die von dem Antragsteller angegriffene Amtslöschung erfolgt ist. Insofern haben in diesem Beschwerdeverfahren keine Ausführungen zu der Frage zu erfolgen, ob auf Grundlage des zitierten Bewilligungstextes die in Abt. II ffd. Nr. 5 des Wohnungsgrundbuchblattes erfolgte Eintragung eines Vorkaufsrechts für alle Verkaufsfälle in zutreffender Weise erfolgt ist.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar a. D. Prof. **Walter Böhringer**, Heidenheim/Brenz

Die Entscheidung befasst sich mit einem im Grundbuch eingetragenen „preislimitierten“ dinglichen Vorkaufsrecht, das eigentlich mit diesem Inhalt nicht hätte eingetragen werden

dürfen, und mit Fragen der Auslegung bzw. Umdeutung einer Grundbucheintragung. Nicht zu entscheiden brauchte das Gericht, wie ein im Grundbuch eingetragener „Überschuss“ an Rechtsinhalt eines Vorkaufsrechts mangels Einigung zu behandeln ist.

1. Unzulässigkeit eines sog. preislimitierten Vorkaufsrechts

Das dingliche Vorkaufsrecht gehört zu dem geschlossenen Kreis der dinglichen Belastungen. Abweichungen vom gesetzlichen Inhalt sind nur zulässig, soweit das Gesetz sie in den §§ 1094 ff. BGB, insbesondere nach § 1098 Abs. 1 BGB, unter Verweisung auf die Vorschriften des schuldrechtlichen Vorkaufsrechts zulässt. Es besteht nur eine geringe inhaltliche Gestaltungsfreiheit im Rahmen der § 1098 Abs. 1 Satz 1, §§ 463-473 BGB.¹ Die Folge ist, dass ein dingliches Vorkaufsrecht mit fest bestimmten Preisen – ein sog. preislimitiertes Vorkaufsrecht – nicht in das Grundbuch eingetragen werden kann.² Wurde ein derartiges Recht gleichwohl im Grundbuch eingetragen, so ist die Eintragung des Vorkaufsrechts nicht insgesamt inhaltlich unzulässig.³ Es wird hierdurch die Zulässig- und Wirksamkeit der restlichen Eintragung nicht berührt, wenn diese für sich den wesentlichen Erfordernissen des eingetragenen dinglichen Rechts genügt.⁴ Im vorliegenden Entscheidungsfall wird durch eine Beseitigung der unzulässigen Preisvereinbarung dem Vorkaufsrecht lediglich der gesetzlich vorgeschriebene Inhalt gegeben. Insgesamt unrichtig wäre das Grundbuch nur dann, wenn anzunehmen wäre, dass sich die Beteiligten über ein Vorkaufsrecht mit gesetzlich zulässigem Inhalt nicht geeinigt haben würden.⁵ Diese Rechtsauffassung hat nunmehr auch das OLG Frankfurt a. M. in vorstehender Entscheidung bestätigt.

2. Auslegung der Eintragungsgrundlagen

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Beteiligten das Vorkaufsrecht mit dem gesetzlichen Inhalt gewollt haben und das Recht so entstanden ist.⁶ Der Eintragungsvermerk und sein Inhalt einschließlich der zulässigerweise in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung bilden die Grundlage der Auslegung. Es ist dabei auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbe-

1 OLG Frankfurt, Beschluss vom 6.9.2007, 20 W 174/07, NJW-RR 2008, 895.

2 H. M.; BGH, Urteil vom 27.6.2001, IV ZR 120/00, MittBayNot 2001, 489; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 20.9.2011, 3 W 103/11, DNotZ 2012, 452; OLG München, Beschluss vom 29.10.2007, 34 Wx 105/07, Rpfleger 2008, 129.

3 OLG Zweibrücken, Beschluss vom 20.9.2011, 3 W 103/11, DNotZ 2012, 452; OLG München, Beschluss vom 29.10.2007, 34 Wx 105/07, Rpfleger 2008, 129.

4 BGH, Urteil vom 20.5.1966, V ZR 182/63, DNotZ 1967, 106.

5 OLG München, Beschluss vom 29.10.2007, 34 Wx 105/07, Rpfleger 2008, 129; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 20.9.2011, 3 W 103/11, DNotZ 2012, 452; Meikel/*Morvilius*, GBO, 11. Aufl. 2015, Einl. B Rdnr. 507.

6 BGH, Beschluss vom 13.10.2016, V ZB 98/15, DNotl-Report 2017, 46. Ebenso die hier besprochene Entscheidung des OLG Frankfurt a. M.

fängenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt.⁷ Für die Auslegung ist der erklärte oder mutmaßliche Wille der Beteiligten maßgeblich; eine Auslegung gegen den erklärten oder mutmaßlichen Willen nach rein objektiven Gesichtspunkten ist nicht zulässig.⁸ Es muss gefragt werden, wie sich die Parteien bei Kenntnis der Nichtigkeit verhalten hätten. Entfällt die unzulässige Preislimitierung, so deckt der restliche Eintrag gerade die unter den Vertragsteilen bestehende Einigung. Einigung und Eintragung weichen dann nicht voneinander ab; die Grundbucheintragung behält somit hinsichtlich ihres restlichen Teiles ihre rechtliche Wirksamkeit.⁹ Im Regelfall ist davon auszugehen, dass die Vertragsparteien bei Kenntnis der Nichtigkeit des preislimitierten dinglichen Vorkaufsrechts zumindest das inhaltlich zulässige dingliche Vorkaufsrecht vereinbart hätten, denn ein solches Vorkaufsrecht ist den Parteien mehr wert als gar kein Vorkaufsrecht.¹⁰ Die vom OLG Frankfurt vorgenommene Auslegung ergab, dass die erfolgte Einigung der Vertragsparteien auch ein zulässiges nicht preislimitiertes dingliches Vorkaufsrecht umfasst hat. Die gefundene Auslegung ist dabei die einzige mögliche Auslegung. Sobald nach der Auslegung nämlich zwei oder mehrere Regelungen denkbar sind, verlieren die Eintragung und die Eintragungsbewilligung die für den Grundbuchverkehr unerlässliche Bestimmtheit.¹¹ Ob sich die Beteiligten mit dem gesetzlich zulässigen Inhalt ausnahmsweise nicht geeinigt hätten, kann das Grundbuchamt wegen der Beweismittelbeschränkung nicht feststellen, weshalb eine Löschung des Vorkaufsrechts als inhaltlich unzulässig ausscheidet und im Entscheidungsfall vom Grundbuchamt nicht hätte vorgenommen werden dürfen.¹²

3. Umdeutung einer Grundbucheintragung

Eine Umdeutung von Grundbucheintragungen kommt nur dann in Betracht, wenn die stets vorrangige Auslegung ohne Ergebnis blieb.¹³ Grundsätzlich gilt § 140 BGB auch für Verfahrensakte im Grundbuchverfahren.¹⁴ Inhaltlich unzulässige Eintragungen sind mit der gebotenen Zurückhaltung einer Umdeutung nicht gänzlich unzugänglich.¹⁵ Die Umdeutung setzt voraus, dass das Grundbuchamt ohne

weitere Ermittlungen anhand der urkundlichen Unterlagen zu einer abschließenden Würdigung in der Lage ist.¹⁶ Soweit das Ersatzgeschäft gleichwertig ist und kein „plus“, sondern ein vom Parteiwillen getragenes „minus“ oder „aliud“ enthält, ist eine Umdeutung zuzulassen.¹⁷ Die Umdeutung der Eintragung tritt (anders als ihre Auslegung) nicht kraft Gesetzes von selbst ein. Ein unzulässigerweise im Grundbuch eingetragenes preislimitiertes dingliches Vorkaufsrecht kann nach allgemeiner Meinung¹⁸ in eine Vormerkung zur Sicherung eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechts umgedeutet werden. Die Umdeutung setzt voraus, dass anzunehmen ist, die Beteiligten hätten bei Kenntnis der Nichtigkeit ihrer Abrede ein durch Vormerkung zu sicherndes schuldrechtliches Vorkaufsrecht vereinbart.¹⁹ Dies ist bei einem subjektiv-persönlich bestellten, preislimitierten Vorkaufsrecht naheliegend.²⁰ War ein limitiertes Vorkaufsrecht als subjektiv-dingliches Vorkaufsrecht konzipiert, so ist die Umdeutung in ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht allerdings ausgeschlossen.²¹

Das Grundbuchamt hat die Umdeutung als hoheitliche Tätigkeit analog den für umdeutungsfähige nichtige Verwaltungsakte geltenden Vorschriften ohne besonderen neuen Antrag vorzunehmen, indem es den wirklichen Inhalt des Rechts in der Veränderungsspalte durch einen Klarstellungsvermerk beschreibt²² oder die unwirksame Eintragung aufgrund des noch nicht erledigten alten Eintragungsantrags und der ihm vorliegenden Eintragungsunterlagen durch eine wirksame Eintragung ersetzt.²³

4. Anbringung eines Klarstellungsvermerks statt Totallöschung

Das Grundbuchamt hätte das preislimitierte Vorkaufsrecht nicht insgesamt löschen dürfen, sondern sich vielmehr mit der Frage auseinandersetzen müssen, wie das Grundbuch

- 7 H. M.; BGH, Beschluss vom 21.2.1991, V ZB 13/90, MittBayNot 1991, 116; OLG München, Beschluss vom 31.7.2017, 34 Wx 36/17, BeckRS 2017, 119228 (zu einem Geh- und Fahrrecht).
- 8 BGH, Urteil vom 15.12.1955, II ZR 204/54, BGHZ 19, 269 = WM 1956, 88.
- 9 BGH, Urteil vom 20.5.1966, V ZR 182/63, DNotZ 1967, 106.
- 10 Einzelheiten dazu OLG München, Beschluss vom 29.10.2007, 34 Wx 105/07, Rpfleger 2008, 129.
- 11 OLG Hamm, Beschluss vom 25.8.2016, 15 W 233/16, FGPrax 2017, 9 = RNotZ 2017, 122.
- 12 So OLG Zweibrücken, Beschluss vom 20.9.2011, 3 W 103/11, DNotZ 2012, 452.
- 13 OLG München, Beschluss vom 9.5.2008, 34 Wx 139/07, MittBayNot 2008, 479; BAG, Urteil vom 15.12.2005, 2 AZR 148/05, NJW 2006, 2284; Erman/Arnold, BGB, 14. Aufl. 2014, § 140 Rdnr. 3.
- 14 Staudinger/Roth, Neub. 2015, § 140 Rdnr. 10.
- 15 MünchKomm-BGB/Kohler, 7. Aufl. 2017, § 873 Rdnr. 104; Böhringer, MittBayNot 1990, 12.

- 16 BayObLG, Beschluss vom 18.3.1997, 2 Z BR 129/96, BayObLGZ 1997, 12; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.4.1976, 3 W 78/76, DNotZ 1977, 305.
- 17 BGH, Urteil vom 15.12.1955, II ZR 204/54, BGHZ 19, 269 = WM 1956, 88; KEHE/Keller, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 2015, § 3 Rdnr. 31.
- 18 RG, Urteil vom 25.2.1922, V 400/21, RGZ 104, 122; Staudinger/Roth, § 140 Rdnr. 63; LG Darmstadt, Beschluss vom 26.2.2004, 26 T 188/03, Rpfleger 2004, 349; Erman/Arnold, BGB, § 140 Rdnr. 23; Meikel/Morvilius, GBO, 11. Aufl. 2015, Einl. B Rdnr. 507; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1409.
- 19 KG, Beschluss vom 1.7.1912, 1 X 202/12, KGJ (1913) 43, 223; Staudinger/Schermaier, Neub. 2017, § 1094 Rdnr. 31.
- 20 Ebenso LG Darmstadt, Beschluss vom 26.2.2004, 26 T 188/03, Rpfleger 2004, 349.
- 21 Richtig BayObLG, Beschluss vom 13.3.1926, III 18/26, BayZ 1926, 155 = JFG 4, 347 = OLGE 45, 182; Staudinger/Schermaier, § 1094 Rdnr. 31; Meikel/Böhringer, GBO, 10. Aufl. 2009, Einl. G Rdnr. 141; abweichend und bedenklich RG, Beschluss vom 3.5.1930, V B 6/30, RGZ 128, 246.
- 22 LG Darmstadt, Beschluss vom 26.2.2004, 26 T 188/03, Rpfleger 2004, 349; Meikel/Schneider, GBO, 11. Aufl. 2015, § 53 Rdnr. 34; KEHE/Keller, Grundbuchrecht, § 3 Rdnr. 34; a. A. Demharter, GBO, 30. Aufl. 2016, § 53 Rdnr. 4.
- 23 OLG Hamm, Beschluss vom 22.1.1976, 15 W 343/75, Rpfleger 1976, 131.

richtig gestellt werden kann. Enthält eine im Grundbuch in Bezug genommene Eintragungsbewilligung nicht eintragungsfähige Vereinbarungen, müssen diese Teile nach Ansicht des BGH²⁴ durch die Eintragung eines Vermerks von der Bezugnahme ausgenommen werden. Seit langem ist nämlich anerkannt, dass Klarstellungsvermerke eintragungsfähig sind.²⁵ Die Zulässigkeit eines Klarstellungsvermerks ergibt sich allgemein daraus, dass zur Beseitigung von Zweifeln über Art, Umfang, Inhalt und Rang eines bestehenden eingetragenen Rechts für die Beteiligten ein öffentlichrechtlicher Anspruch auf eindeutige und klare Verlautbarung der beantragten Eintragungen besteht.²⁶ Der Klarstellungsvermerk darf selbstverständlich keine sachliche Änderung des Rechts herbeiführen. Im hier besprochenen Entscheidungsfall hätte das Grundbuchamt statt der amtswegigen Löschung des Vorkaufsrechts bei diesem in der Veränderungsspalte einen Klarstellungsvermerk darüber anbringen müssen,²⁷ dass die Preislimitierung nicht Inhalt des Vorkaufsrechts ist. Diese nächstliegende Auslegung der Eintragungsgrundlagen hat das Grundbuchamt versäumt. Ein solches Auslegungsergebnis ist der Umdeutung in eine Vormerkung zur Sicherung eines bedingten Eigentumsverschaffungsanspruchs vorzuziehen. Nachdem aber das Vorkaufsrecht insgesamt gelöscht worden ist, hat das OLG Frankfurt das Grundbuchamt zu Recht angewiesen, einen Amtswiderspruch gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO gegen die Löschung des Vorkaufsrechts einzutragen.

5. Überschüssiger Rechtsinhalt

Die inhaltliche Übereinstimmung von Willenselement und Grundbucheintragung ist ein Erfordernis für den Eintritt der dinglichen Rechtsänderung.²⁸ Geht die Grundbucheintragung über das Willenselement hinaus, so ist die Rechtsänderung mit dem gewollten Inhalt materiellrechtlich wirksam eingetreten, bezüglich des darüber hinausgehenden Teiles der Eintragung ist das Grundbuch unrichtig. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass bei einer Teilunwirksamkeit das gesamte dingliche Recht von den Beteiligten nicht gewollt ist; § 139 BGB ist in der Regel nach der Lebenserfahrung widerlegt.²⁹ Die Teilunwirksamkeit führt entgegen § 139 BGB nicht zur Gesamturnwirksamkeit.

Wegen der Totallöschung des Vorkaufsrechts durch das Grundbuchamt brauchte das OLG Frankfurt nicht mehr die Frage zu entscheiden, wie der von den Beteiligten nicht bewilligte Textzusatz bei dem Vorkaufsrecht „für alle Verkaufsfälle“ wieder beseitigt wird. Dieser Textzusatz geht über den

24 BGH, Beschluss vom 6.11.2014, V ZB 131/13, MittBayNot 2015, 398 m. Anm. Joost = NJ 2015, 286 m. Anm. Böhringer = ZfIR 2015, 204 m. Anm. Amann.

25 RG, Beschluss vom 14.3.1931, Vb 2/31, RGZ 132, 106; BayObLG, Beschluss vom 11.9.2003, 2 Z BR 138/03, MittBayNot 2004, 191.

26 Ausführlich zum Klarstellungsvermerk Holzer, ZfIR 2005, 165; Böhringer, NotBZ 2004, 13.

27 Dazu auch Hügel/Holzer, GBO, 3. Aufl. 2016, § 53 Rdnr. 83.

28 BGH, Urteil vom 28.2.1952, IV ZR 86/51, NJW 1952, 622.

29 So auch Meikel/Schneider, GBO, § 53 Rdnr. 33; Joost, MittBayNot 2015, 401.

Inhalt der Eintragungsbewilligung hinaus und wird mangels Einigung der Beteiligten nicht Inhalt des Vorkaufsrechts. Liegt eine partielle Inkongruenz zwischen der Einigung und der Eintragung vor, ist anhand von § 139 BGB zu ermitteln, ob die Rechtsänderung, auch so wie sie eingetragen ist, von der Einigung gedeckt ist. In der Regel ist davon auszugehen, dass sich die Einigung auch auf die hinter ihr zurückbleibende Eintragung erstreckt.³⁰ Wäre das Vorkaufsrecht nicht gelöscht worden, hätte das Grundbuchamt von Amts wegen einen Klarstellungsvermerk beim Vorkaufsrecht in der Veränderungsspalte eintragen müssen.

30 Vgl. BGH, Beschluss vom 6.11.2014, V ZB 131/13 (Situation bei einer Grunddienstbarkeit), MittBayNot 2015, 398 m. Anm. Joost = NJ 2015, 286 m. Anm. Böhringer = ZfIR 2015, 204 m. Anm. Amann.

12. Amtslöschung eines nicht rechtsfähigen Vereins aus dem Grundbuch

KG, Beschluss vom 29.11.2016, 1 W 442/16

BGB § 54

GBO §§ 18, 47 Abs. 2 Satz 1, § 53 Abs. 1 Satz 2

EGBGB Art. 229 § 21

LEITSATZ:

Die Eintragung eines nicht rechtsfähigen Vereins im Grundbuch ist jedenfalls dann als inhaltlich unzulässig von Amts wegen zu löschen, wenn der Verein nach dem 18.8.2009 allein unter seinem Namen eingetragen wurde.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Beteiligte zu 1 ist eingetragener Eigentümer eines Grundstücks. Im Grundbuch für dieses Grundstück ist seit dem 19.11.2010 in Abt. III lfd. Nr. 11 eine Grundschuld für den Beteiligten zu 2 eingetragen. Der Beteiligte zu 2 ist ein nicht im Vereinsregister eingetragener und nicht konzessionierter Verein.

2 Der Beteiligte zu 1 begehrt die Löschung der Belastung. Er hat dazu eine Löschungsbewilligung des Herrn L, handelnd im Namen des Beteiligten zu 2, und zum Zwecke des Nachweises von dessen Vertretungsberechtigung die Satzung des Beteiligten zu 2 und das Protokoll der Landeskonferenz vom 8.2.2015 über die Wahl von L zum Vorsitzenden des Landesvorstands vorgelegt.

3 Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 6.4.2016 darauf hingewiesen, dass die Gläubigerbezeichnung unvollständig sei, da sämtliche Mitglieder zum Zeitpunkt der Bewilligung der Grundschuld, ggf. unter Hinzufügung der Vereinsbezeichnung, zu benennen und einzutragen gewesen seien. Das Grundbuchamt hat dem Beteiligten zu 1 aufgegeben, die Grundschuldbestellungsurkunde vom 8.11.2010 um alle damaligen Mitglieder des Beteiligten zu 2 zu ergänzen und Löschungsbewilligungen dieser Mitglieder in der Form des § 29 GBO einzureichen.

4 Dagegen richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 1. Er ist der Ansicht, für den Beteiligten zu 2 gelte eine Großvereinsklausel wie etwa auch für Parteien. Die Vertretungsberechtigung von L ergebe sich aus der Satzung. Soweit die Eintragung des Beteiligten zu 2 falsch sein sollte, regt er an, diese von Amts wegen zu löschen. Für den Fall, dass ein Antrag auf Grundbuchberichtigung erforderlich sei, bittet er um einen rechtlichen Hinweis.

5 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen. Zur Begründung hat es ausgeführt, nach der Rechtsprechung des BGH (Beschluss vom 21.1.2016, V ZB 19/15, WM 2016, 986) könne ein nicht rechtsfähiger Verein nicht nur unter dem Vereinsnamen im Grundbuch eingetragen werden. Die einer politischen Partei zukommende Sonderstellung im politischen System sei bei dem Beteiligten zu 2 nicht gegeben. Eine Amtslöschung komme nicht in Betracht, weil die Eintragung nicht inhaltlich unzulässig, sondern nur die Gläubigerbezeichnung unvollständig sei.

6 II. Die Beschwerde ist zulässig (§§ 71 ff. GBO) und hat im Ergebnis auch in der Sache Erfolg. Die Zwischenverfügung war nicht gemäß § 18 GBO veranlasst. Zwar stehen dem Vollzug des Löschantrags mehrere Hindernisse entgegen. Diese Hindernisse können jedoch nicht aufgrund der angefochtenen Zwischenverfügung behoben werden. Die Eintragung des Beteiligten zu 2 ist inhaltlich unzulässig und damit unwirksam. Sie kann nicht Grundlage weiterer Eintragungen sein. Vielmehr liegen die Voraussetzungen für eine Amtslöschung nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO vor.

7 Eine Eintragung ist inhaltlich unzulässig, wenn ein Recht mit dem Inhalt oder in der Ausgestaltung, wie es eingetragen ist, aus Rechtsgründen nicht bestehen kann (BGH, FGPrax 2015, 5; *Demharter*, GBO, 30. Aufl., § 53 Rdnr. 42). Die Unzulässigkeit muss sich aus dem Eintragungsvermerk selbst und der zulässigerweise in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ergeben.

8 Die Eintragung eines nichtrechtsfähigen Vereins im Sinne von § 54 BGB im Grundbuch allein unter seinem Namen ist nicht möglich (BGH, Beschluss vom 21.1.2016, V ZB 19/15, WM 2016, 986). Eine dennoch in dieser Form erfolgte Eintragung verlaubar jedenfalls dann ein Recht, das in der eingetragenen Ausgestaltung nicht bestehen kann, wenn die Eintragung nach dem Inkrafttreten von § 47 Abs. 2 GBO am 18.8.2009 vorgenommen wurde.

9 Der BGH hat in der Entscheidung vom 21.1.2016 (a. a. O.) offengelassen, ob ein nicht in das Vereinsregister eingetragener und nicht konzessionierter Verein überhaupt rechtsfähig und damit grundbuchfähig ist. Dies kann auch hier dahingestellt bleiben. Fehlte es dem Beteiligten zu 2 an Rechtsfähigkeit, so ergäbe sich die inhaltliche Unzulässigkeit seiner Eintragung als Gläubiger schon daraus. Die Eintragung kann nicht als eine solche der Mitglieder ausgelegt werden, weil die Mitglieder nicht benannt sind.

10 Aber auch wenn die Rechtsfähigkeit von Vereinen im Sinne von § 54 BGB wegen des Verweises auf die Regelungen zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts bejaht würde, wäre die Eintragung des Beteiligten zu 2 vom 19.11.2010 nicht nur ergänzungsbedürftig (und überhaupt ergänzungsfähig), sondern in-

haltlich unzulässig. Denn gleiches gilt auch für die Eintragung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die nach dem 18.8.2009 ohne ihre Gesellschafter im Grundbuch eingetragen wurde.

11 In der Zeit zwischen der Entscheidung des BGH vom 4.12.2008, V ZB 74/08, NJW 2009, 594 und dem Inkrafttreten von § 47 Abs. 2 GBO sind Gesellschaften bürgerlichen Rechts zulässig allein unter ihrem Namen ohne Bezeichnung der Gesellschafter im Grundbuch eingetragen worden. Für diese Gesellschaften hat der Gesetzgeber mit Art. 229 § 21 EGBGB bewusst eine Rückwirkung von § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO nicht angeordnet, sodass diese Gesellschaften weiterhin ohne ihre Gesellschafter im Grundbuch eingetragen sein können (BT-Drucks. 16/13437, S. 26).

12 Mit Ausnahme dieser bereits eingetragenen Gesellschaften wollte der Gesetzgeber mit § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO Eintragungen von Gesellschaften bürgerlichen Rechts allein unter ihrem Namen jedoch ausdrücklich unterbinden, weil sie praktisch kaum lösbare Probleme (Nachweis von Existenz, Vertretung und Identität in der Form des § 29 GBO) nach sich ziehen (BT-Drucks. 16/13437, S. 24). Diese Probleme ließen sich nur verhindern, indem sichergestellt wurde, dass das Grundbuch die Namen der Gesellschafter als maßgebliches Kriterium zur Identifikation der eingetragenen Gesellschaft und als Grundlage für eine entsprechende Anwendung von §§ 892 ff. BGB enthält. Letztere materielle rechtliche Folge der Eintragung der Gesellschafter hat der Gesetzgeber mit Recht als Voraussetzung für eine effektive Teilnahme von Gesellschaften bürgerlichen Rechts am Immobilienverkehr angesehen (BT-Drucks. 16/13437, S. 24). Er hat deshalb § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO – anders als § 47 Abs. 1 GBO – nicht als bloße Ordnungsvorschrift ausgestaltet, sondern als zwingendes Erfordernis des Rechtserwerbs (*Demharter*, a. a. O., § 47 Rdnr. 211; *Bauer/von Oefele/Wegmann*, GBO, 3. Aufl., § 47 Rdnr. 211).

13 Da eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ohne Eintragung ihrer Gesellschafter grundbuchliche Rechte nicht mehr erwerben kann, zeigt eine unter Verstoß gegen § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO vorgenommene Eintragung schon im Eintragungsvermerk selbst, dass das verlaubte Recht in dieser Ausgestaltung nicht bestehen kann. Eine solche Eintragung ist als inhaltlich unzulässig zu löschen (*Lautner*, DNotZ 2009, 650, 654; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 240c).

ANMERKUNG:

Von Notar **Konrad Lautner**, München

Dem Beschluss des KG ist in Ergebnis und Begründung zuzustimmen.

1. Rechtsfähigkeit des nichtrechtsfähigen Vereins

Wie schon der V. Zivilsenat des BGH¹, so vermeidet es allerdings auch das KG, im Streit über die Rechtsfähigkeit des

¹ Beschluss vom 21.1.2016, V ZB 19/15, MittBayNot 2016, 405.

nichtrechtsfähigen Vereins² Stellung zu beziehen. Während der Gesetzgeber durch Schaffung des neuen § 50 Abs. 2 ZPO die aktive Parteifähigkeit des nichtrechtsfähigen Vereins anerkannt³ hat und man darin durchaus die Tendenz zur gesetzgeberischen Anerkennung auch der Rechtsfähigkeit des nichtrechtsfähigen Vereins erkennen kann, scheint die grundbuchrechtliche Rechtsprechung diesem Konzept, das die in der Literatur herrschende Meinung⁴ bildet, eher skeptisch gegenüberzustehen. Den „Erst-recht-Schluss“ aus der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR⁵, der durch den gesetzgeberischen Verweis in § 54 Satz 1 BGB auf das Recht der BGB-Gesellschaft unterstützt wird, kann man aber wohl nur schwer entkräften, auch wenn einem dabei unwohl⁶ ist.

2. Eintragung des nichtrechtsfähigen Vereins im Grundbuch

Doch selbst wenn man dem nichtrechtsfähigen Verein Rechtsfähigkeit zubilligen will, so kann seine Eintragung im Grundbuch nicht ohne Nennung auch seiner Mitglieder erfolgen, wie der BGH⁷ in einer jüngeren Entscheidung richtig festgestellt hat. Das ergibt sich zwingend bereits aus der Verweisung in § 54 Satz 1 BGB: Auch § 47 Abs. 2 GBO gehört zum Recht der BGB-Gesellschaft. Anderenfalls würde man die vom Gesetzgeber erkannten Schwierigkeiten, die sich aus der Eintragung der GbR nur unter ihrem Namen aufgrund der Entscheidung des BGH vom 4.12.2008⁸ ergeben hatten, nämlich dass sich aufgrund der fehlenden Registrierung der GbR praktisch kaum lösbare Probleme in Bezug auf den Nachweis der Identität, Existenz und Vertretungsberechtigung in der Form des § 29 GBO ergeben hätten, beim ebenfalls nicht registrierten nichtrechtsfähigen Verein an anderer Stelle fortsetzen. Verweise auf die Vor-GmbH, die Behandlung politischer Parteien oder bloße Praktikabilitätsabwägungen verfangen in der grundbuchrechtlichen Rechtsprechung wegen der überragenden Bedeutung der strengen Publizität der sachenrechtlichen Verhältnisse an Grundstücken zu Recht nicht:⁹ Die Vor-GmbH wird nur deshalb für grundbuchfähig gehalten, weil sie lediglich ein Übergangsstadium zur juristischen Person GmbH darstellt und als Sacheinlagen vereinbarte Grundstücke oder Rechte an Grundstücken gemäß § 7 Abs. 3 GmbHG vor Eintragung der GmbH im Handelsregister in die GmbH eingebracht sein müssen. Die ausnahmsweise Grundbuch-

fähigkeit von als nichtrechtsfähigen Vereinen organisierten politischen Parteien wird mit deren verfassungsrechtlichen Sonderstellung (Art. 21 GG, ParteienG) begründet,¹⁰ die für andere nichtrechtsfähige Vereine (vielleicht mit Ausnahme von Gewerkschaften, Art. 9 Abs. 3 GG) nicht gilt. Und den Praktikabilitätsabwägungen kann man nur entgegenen: Wenn ein nichtrechtsfähiger Verein Grundstücke oder Rechte an solchen erwerben will, und sich die Eintragung aller Mitglieder als zu aufwendig oder nicht praktikabel erweist, soll er sich eben registrieren lassen.¹¹ Schließlich verweist der BGH zu Recht auf kaum lösbare Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zwischen nichtrechtsfähigen Vereinen und GbRs im Einzelfall, die einer Ungleichbehandlung der beiden Rechtsformen im Grundbuchrecht entgegenstünden.¹²

3. Grundbucheintragung nur unter dem Namen inhaltlich unzulässig

Konsequenterweise sieht das KG in Fortführung der Rechtsprechung des BGH eine gleichwohl nach Inkrafttreten des § 47 Abs. 2 GBO erfolgte Eintragung eines nichtrechtsfähigen Vereins im Grundbuch nur mit seinem Namen ohne Nennung seiner Mitglieder als inhaltlich unzulässig an, § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO. § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO ist vom Gesetzgeber nicht wie § 47 Abs. 1 GBO als bloß formale Ordnungsvorschrift ausgestaltet worden. Vielmehr zeigt schon der Wortlaut der Vorschrift „so sind auch deren Gesellschafter im Grundbuch einzutragen“, dass die Eintragung der Gesellschafter im Grundbuch zwingend und damit Voraussetzung für den Rechtserwerb¹³ der GbR ist. Jede Neueintragung einer GbR nur unter ihrem Namen ist daher eine Eintragungsform, die es so nach geltender Rechtslage nicht geben kann, oder mit den Worten des BGH¹⁴: Das für die GbR eingetragene Recht kann in der Ausgestaltung, wie es eingetragen ist, aus Rechtsgründen nicht bestehen. Die Eintragung ist daher inhaltlich unzulässig und zu löschen.¹⁵ Die abweichende Auffassung,¹⁶ die darin nur eine unrichtige – und einer Richtigstellung zugängliche – Bezeichnung des Berechtigten erkennen will, sofern die Gesellschaft wenigstens identifizierbar sei, überzeugt angesichts des zwingenden Charakters des § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO und der auch vom BGH¹⁷ anerkannten Lehre der grundbuchrechtlichen Mediatisierung des Rechts der GbR durch die Gesellschaf-

2 Zur Vermeidung dieses sprachlichen Paradoxons schlägt *Terzner* die Bezeichnung „nicht eingetragener Verein“ vor, DNotZ 2010, 5, 16.
 3 Zuvor schon BGH, Urteil vom 2.7.2007, II ZR 111/05, NJW 2008, 69.
 4 Vgl. statt aller nur MünchKomm-BGB/*Arnold*, 7. Aufl. 2017, § 54 Rdnr. 19.
 5 Palandt/*Ellenberger*, 76. Aufl. 2017, § 54 Rdnr. 7.
 6 Skeptisch etwa BeckOK-BGB/*Schöpflin*, Stand: 1.2.2017, § 54 Rdnr. 21.
 7 BGH, Beschluss vom 21.1.2016, V ZB 19/15, MittBayNot 2016, 405.
 8 V ZB 74/08, MittBayNot 2009, 225.
 9 BGH, Beschluss vom 21.1.2016, V ZB 19/15, MittBayNot 2016, 405, 407.

10 OLG Zweibrücken, Beschluss vom 17.9.1999, 3 W 138/99, MittBayNot 2000, 42; kritisch BeckOK-BGB/*Schöpflin*, § 54 Rdnr. 30.
 11 BeckOK-BGB/*Schöpflin*, § 54 Rdnr. 29.
 12 BGH, Beschluss vom 21.1.2016, V ZB 19/15, MittBayNot 2016, 405, 407.
 13 Palandt/*Herrler*, § 873 Rdnr. 13; MünchKomm-BGB/*Kohler*, 7. Aufl. 2017, § 873 Rdnr. 98.
 14 Beschluss vom 6.11.2014, V ZB 131/13, MittBayNot 2015, 398, 399 mit Anm. *Joost*.
 15 *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 240c, 4252 m. w. N.; KEHE/*Munzig*, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 2015, § 47 Rdnr. 24; MünchKomm-BGB/*Kohler*, § 873 Rdnr. 98; *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 654.
 16 *Demharter*, GBO, 30. Aufl. 2016, § 47 Rdnr. 38.
 17 Beschluss vom 28.4.2011, V ZB 194/10, MittBayNot 2011, 393.

ter¹⁸ nicht. Was für die GbR gilt, muss wegen § 54 Satz 1 BGB dann in gleicher Weise für den nichtrechtsfähigen Verein gelten: Wenn ein solcher seit Inkrafttreten des § 47 Abs. 2 GBO nur unter seinem Namen im Grundbuch eingetragen wurde, ist diese Eintragung inhaltlich unzulässig und zu löschen. Ein Rechtserwerb des Vereins hat nicht stattgefunden.

4. Altfälle

Ob dies auch für nichtrechtsfähige Vereine gilt, die vor Inkrafttreten des § 47 Abs. 2 GBO, also dem 18.8.2009, im Grundbuch eingetragen wurden, lässt das KG mangels Entscheidungserheblichkeit offen. Da der Gesetzgeber in der Übergangsvorschrift des Art. 229 § 21 EGBGB die Anwendung des § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO auf vor Inkrafttreten des Gesetzes nur unter ihrem Namen eingetragene GbRs gerade nicht anordnet, vielmehr deren gültigen Rechtserwerb nicht in Frage stellen will,¹⁹ ist es meines Erachtens nur konsequent, den nichtrechtsfähigen Verein auch insoweit gleich zu behandeln. Das muss trotz aller daraus resultierenden Nachweisprobleme gelten.

¹⁸ Reymann, ZNotP 2011, 84.

¹⁹ BT-Drucks. 16/13437, S. 26.

BÜRGERLICHES RECHT – FAMILIENRECHT

13. Fehlende Voraussetzungen für die Anordnung einer Kontrollbetreuung

BGH, Beschluss vom 2.8.2017, XII ZB 502/16 (Vorinstanz: LG München I, Beschluss vom 27.9.2016, 13 T 21136/15)

BGB § 1896

GNotKG § 36 Abs. 2 und 3

LEITSÄTZE:

1. Anders als bei der Feststellung eines freien Willens i. S. v. § 1896 Abs. 1a BGB muss sich die Geschäftsfähigkeit und damit die für sie erforderliche Einsichts- und Steuerungsfähigkeit nicht auf die Betreuung, sondern auf die vorzunehmenden Rechtshandlungen – hier den Widerruf und die Vollmachterteilung – beziehen (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 15.6.2016, XII ZB 581/15, FamRZ 2016, 1446).
2. Der dem Kontrollbetreuer übertragene Aufgabenkreis umfasst eine Kontrolle der Tätigkeit des Bevollmächtigten. Der Kontrollbetreuer hat dagegen keine originären Betreuungsaufgaben zu übernehmen (Fortführung von Senatsbeschluss BGHZ 211, 67 = FamRZ 2016, 1671).

14. Voraussetzungen der Adoption eines Volljährigen mit den Wirkungen einer Minderjährigenadoption

OLG Brandenburg, Beschluss vom 26.1.2017, 10 UF 48/16

BGB §§ 1611, 1772 Abs. 1 Satz 2

FamFG §§ 58, 68 Abs. 3 Satz 2

LEITSÄTZE:

1. Es ist grundsätzlich sittlich nicht gerechtfertigt, wenn ein Kind, das von seinem leiblichen Elternteil während seiner Bedürftigkeit versorgt worden ist, sich durch eine Volladoption seiner Unterhaltspflicht entzieht, da der drohende Verlust von Unterhaltsansprüchen der leiblichen Eltern ein gewichtiger, einer Volladoption entgegenstehender Grund im Sinne des § 1772 Abs. 1 Satz 2 BGB ist. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Der einseitig von einem Elternteil ausgehende Kontaktabbruch zu seinem Kind reicht im Falle der Erfüllung der Unterhaltspflicht bis zur Volljährigkeit nicht aus, um zu einem Wegfall der Unterhaltspflicht des Kindes gegenüber dem Elternteil gemäß § 1611 BGB zu führen. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzukommen, die das Verhalten als schwere Verfehlung erscheinen lassen. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

1 I. Mit notarieller Urkunde vom 19.11.2015 hat die volljährige Beteiligte zu 1 die Annahme als Kind durch den Beteiligten zu 2 mit der Wirkung der Minderjährigenannahme (Volladoption) beantragt. Der Annehmende ist der Ehemann der Beteiligten zu 3, der Mutter der Beteiligten zu 1. Sie hat ihre Einwilligung zur Adoption erteilt.

2 Durch Beschluss vom 23.3.2016 hat das AG den Adoptionsantrag zurückgewiesen. (...)

3 Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1. (...)

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

20 Das AG hat den Adoptionsantrag zu Recht zurückgewiesen. Zwar liegen die Voraussetzungen für die Adoption mit den Wirkungen der Minderjährigenannahme gemäß § 1772 Abs. 1 Satz 1 lit. b und c BGB vor, weil die Annehmende bereits als Minderjährige (mit vier Jahren) in die Familie des Annehmenden aufgenommen worden ist und der Anzunehmende das Kind seines Ehegatten annehmen will. Der Annahme stehen aber überwiegende Interessen des leiblichen Vaters entgegen, § 1772 Abs. 1 Satz 2 BGB.

21 Im Rahmen des § 1772 Abs. 1 Satz 2 BGB ist eine umfassende Abwägung der Interessen des Annehmenden, der Anzunehmenden und ihres leiblichen Vaters vorzunehmen. Die Interessen der leiblichen Eltern müssen überwiegen; eine Gleichwertigkeit reicht nicht aus. Zweifel gehen zulasten der leiblichen Eltern (MünchKomm-BGB/Maurer, 6. Aufl., § 1772 Rdnr. 7). Die Abwägung muss dem Erfordernis der sittlichen

Rechtfertigung, der jede Volljährigenadoption bedarf, Rechnung tragen. Maßstab ist dabei der Zweck der Volladoption: Das Kind, dessen Verbindung zur leiblichen Verwandtschaft faktisch oder rechtlich abgebrochen wird, soll eine vollwertige Ersatzfamilie erhalten, die ihm auch künftig eine ungestörte Entwicklung sichert (MünchKomm-BGB/Maurer, a. a. O. Rdnr. 8).

22 Im Falle der Stiefvateradoption ändert sich allerdings an der tatsächlichen Situation im Regelfall wenig, da dem Kind nicht erst durch die Adoption die Möglichkeit gegeben wird, in einer Familie aufzuwachsen, die ihm gute Chancen für seine Entwicklung bietet (BGH, Beschluss vom 23.3.2005, XII ZB 10/03, juris Rdnr. 13). Das AG hat zutreffend ausgeführt, dass unter dem Gesichtspunkt einer ungestörten Entwicklung die Interessen der Beschwerdeführerin kein großes Gewicht haben. Die Anzunehmende und der Annehmende tragen bereits einen gemeinsamen Namen. Die Anzunehmende lebt nicht mehr im Haushalt des Annehmenden und ihrer Mutter und führt ein eigenständiges Leben mit überwiegendem Lebensmittelpunkt an ihrem Studienort (vgl. hierzu auch OLG Celle, Beschluss vom 19.6.2013, 17 UF 3/13, juris Rdnr. 14). Die Volljährigenadoption bewirkt im Gegensatz zur Minderjährigenadoption im personalen Bereich regelmäßig keine Veränderungen. Die rechtlichen Auswirkungen liegen im Wesentlichen auf vermögensrechtlichem Gebiet (Staudinger/Engler, Neub. 2007, § 1767 Rdnr. 5).

23 Soweit die Anzunehmende geltend macht, sie wolle im Falle des Todes ihrer Mutter und des Annehmenden ihren Halbbruder adoptieren, ist nicht ersichtlich, inwiefern die Stattgabe des streitgegenständlichen Adoptionsantrages auf dieses Vorhaben einen förderlichen Einfluss haben könnte. Ungeachtet dessen ist der Zweck der Volljährigenadoption mit den Wirkungen einer Minderjährigenannahme aber auch nicht, die Adoption eines Dritten durch den Anzunehmenden zu erleichtern.

24 Dass der Kontakt zwischen dem Vater und der Anzunehmenden seit ihrer Jugendweihe nicht mehr in Form von Umgängen und einem persönlichen Austausch stattfindet, beruht auf der Entscheidung der Beschwerdeführerin, wie sie einräumt. (...) Die Gründe, die in den vorhergehenden Jahren zu einer Reduzierung der Umgangskontakte geführt haben, sind streitig, bedürfen hier aber keiner vertieften Erörterung oder Aufklärung. Denn selbst wenn man das von der Anzunehmenden vorgetragene Desinteresse ihres Vaters an ihr unterstellt und sein Verhalten als lieb- und taktlos wertet, kann dies den Abbruch der Beziehung zur leiblichen Familie für sich allein nicht rechtfertigen, wenn dem wechselseitige Unterhaltspflichten zwischen der Anzunehmenden und ihrem leiblichen Vater entgegenstehen (vgl. hierzu OLG Celle, a. a. O. Rdnr. 9).

25 Denn der drohende Verlust von Unterhaltsansprüchen der leiblichen Eltern ist ein gewichtiger, einer Volladoption entgegenstehender Grund i. S. d. § 1772 Abs. 1 Satz 2 BGB (OLG München, FamRZ 2009, 1137; OLG Celle, Beschluss vom 19.6.2013, 17 UF 3/13, juris Rdnr. 13; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.7.2014, 7 UF 78/14, juris Rdnr. 8; LG Heidelberg, FamRZ 2011, 120; MünchKomm-BGB/Maurer, § 1772 Rdnr. 8; BeckOK-BGB/Enders, Stand: 1.8.2016,

§ 1772 Rdnr. 5; jurisPK-BGB/Viehues, 8. Aufl., § 1772 Rdnr. 7). Dafür ist es nicht erforderlich, dass die Unterhaltspflicht des Anzunehmenden gegenüber seinem leiblichen Elternteil bereits besteht oder sich konkret abzeichnet (OLG München, a. a. O.; OLG Celle, a. a. O. Rdnr. 13; OLG Düsseldorf, a. a. O. Rdnr. 8).

26 Besonders ins Gewicht fällt in diesem Zusammenhang, dass die Anzunehmende von ihrem Vater seit der Trennung ihrer Eltern bis zu ihrer Volljährigkeit – also etwa 14 Jahre lang – Unterhalt bezogen hat (so auch OLG München, a. a. O.; OLG Düsseldorf, a. a. O. Rdnr. 8; OLG Celle, a. a. O. Rdnr. 13). Denn der Elternunterhaltsanspruch rechtfertigt sich aus familiärer Solidarität und beruht auf dem Gegenseitigkeitsprinzip (Palandt/Brudermüller, 75. Aufl., § 1601 Rdnr. 16). Deshalb ist es grundsätzlich sittlich nicht gerechtfertigt, wenn ein Kind, das von seinem leiblichen Elternteil während seiner Bedürftigkeit versorgt worden ist, sich durch eine Volladoption seiner Unterhaltspflicht entzieht (MünchKomm-BGB/Maurer, § 1772 Rdnr. 8; LG Heidelberg, a. a. O.). Das gilt auch hier.

27 Dass allein mit dem von dem Vater gezahlten Kindesunterhalt, wie die Anzunehmende geltend macht, nicht alle materiellen Wünsche der Anzunehmenden erfüllt werden konnten, ist nicht entscheidend. Denn die Höhe des Unterhalts bemisst sich maßgeblich nach der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen. Unstreitig hat der Vater auch seine Unterhaltspflicht nach seiner Leistungsfähigkeit erfüllt. Im Übrigen hat er seine Unterhaltspflicht auch in einer entsprechenden Jugendamtsurkunde vom 6.10.2010 titulieren lassen (...).

28 Verfehlungen des leiblichen Elternteils gegenüber seinem Kind können zwar gemäß § 1611 BGB zu einem Wegfall der Unterhaltsverpflichtung führen. Im vorliegenden Fall kommt dies aber nicht in Betracht, da der einseitig von einem Elternteil ausgehende Kontaktabbruch zu seinem Kind im Falle der Erfüllung der Unterhaltspflicht bis zur Volljährigkeit für die Annahme einer Verwirkung nicht ausreicht; vielmehr müssen weitere Umstände hinzukommen, die das Verhalten als schwere Verfehlung erscheinen lassen (Palandt/Brudermüller, § 1601 Rdnr. 16 und § 1611 Rdnr. 6). Solche Umstände sind hier aber nicht ersichtlich, zumal schon nicht feststeht, dass der Kontaktabbruch einseitig von dem Vater ausging. Jedenfalls genügen bloßes Desinteresse und Taktlosigkeiten nicht (Palandt/Brudermüller, § 1611 Rdnr. 6).

29 Im Übrigen hat die Anzunehmende auch nicht unmittelbar nach Eintritt ihrer Volljährigkeit die Adoption durch den Anzunehmenden angestrebt. Sie hat ihren Vater zunächst kurz vor ihrem 18. Geburtstag aufgefordert, weiterhin Unterhalt zu zahlen. Mit E-Mail vom 3.9.2015 hat sie den Erhalt von Einkommensnachweisen des Vaters bestätigt und angekündigt, Unterhalt entsprechend der vorzunehmenden Berechnung des Jugendamtes zu fordern. Letztlich hat die Anzunehmende den Unterhaltsanspruch nicht weiter verfolgt, da sich die Leistungsunfähigkeit des Vaters ergab. Die Anzunehmende hatte also zu einem Zeitpunkt, zu dem sie noch von einer Leistungsfähigkeit ihres Vaters ausging, die Abwägung für sich dahingehend getroffen, dass ihr die Erfüllung der Unterhaltspflicht durch ihren Vater vorrangig gegenüber eventuellen seelischen Missstimmungen durch weiteren Kontakt zu ihm erschien. Vor diesem Hintergrund kann der Vortrag der Anzunehmenden,

sie werde durch das rechtliche Band zu ihrem leiblichen Vater immer wieder einer Erinnerung an ihre seelischen Verletzungen ausgesetzt, nicht ausschlaggebend sein.

30 Nach alledem ist die Beschwerde zurückzuweisen.

(...)

15. Ermessen des Familiengerichts bei der Auswahl des Ergänzungspflegers

OLG München, Beschluss vom 15.1.2016, 2 WF 1778/15

BGB §§ 1779, 1909, 1916

LEITSÄTZE:

1. **Das Familiengericht muss bei der Auswahl des Ergänzungspflegers seinen Ermessensspielraum nicht in der Weise ausfüllen, dass es eine von den als Vertreter ausgeschlossenen Eltern gewünschte verwandte Person als Ergänzungspfleger bestellt. Der Gedanke des Schutzes vor Interessenskollisionen darf nicht dadurch unterlaufen werden, dass einem gesetzlich ausgeschlossenen Elternteil maßgeblicher Einfluss auf die Auswahl des Ergänzungspflegers eingeräumt wird. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Bei der Auswahl des Ergänzungspflegers haben auch Kostengesichtspunkte zurückzutreten, wenn vorrangige Gesichtspunkte, wie zum Beispiel die Neutralität, in Frage stehen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

SACHVERHALT:

1 Mit Schreiben vom 16.10.2015 legte der Notar N dem Familiengericht München einen Überlassungsvertrag mit dem Antrag vor, einen Ergänzungspfleger für das Kind K zu bestellen. Diesem war in der genannten notariellen Urkunde von seinem Großvater ein 997/10.000 Miteigentumsanteil an einem Grundstück verbunden mit dem Sondereigentum an einer Wohnung übertragen worden.

2 Das AG – Familiengericht – München hat mit Beschluss vom 12.11.2015 für das betroffene Kind Ergänzungspflegschaft angeordnet und zur Ergänzungspflegerin Frau Rechtsanwältin R bestellt. Zur Begründung hat es angeführt, die Anordnung der Pflegschaft erfolge gemäß § 1909 Abs. 1 BGB. Die Eltern sind nach § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB von der Vertretung ausgeschlossen.

3 Gegen diesen ihnen am 21.11.2015 zugestellten Beschluss haben die Eltern Beschwerde eingelegt. Mit ihrer Beschwerde machen sie geltend, sie hätten beim beurkundenden Notar als Ergänzungspflegerin die Tante von K benannt, die sie nach wie vor als Ergänzungspflegerin wünschten. Hilfsweise beantragen sie die Vertretung durch die Mutter von K, die Beschwerdeführerin.

AUS DEN GRÜNDEN:

4 Die Beschwerde der Eltern ist zulässig. In der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg. Die Eltern sind nach § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB i. V. m. § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB von der Vertretung ausgeschlossen, weil es sich um eine Überlassung vom Großvater auf den Enkel handelte, sodass eine Ergänzungspflegschaft nach § 1909 BGB einzurichten war. Dies wird von

den Eltern nicht angegriffen. Sie beanstanden jedoch die vom AG getroffene Auswahl des Ergänzungspflegers.

5 Auf die Ergänzungspflegschaft finden grundsätzlich die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung. Allerdings gelten nach § 1916 BGB nicht die Vorschriften über die Berufung zur Vormundschaft, sondern § 1779 BGB (vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 27.3.2002, FamRZ 2003, 117; OLG Köln, Beschluss vom 24.2.2011, FamRZ 2011, 1305). Nach § 1779 Abs. 2 Satz 1 BGB soll das Familiengericht eine Person auswählen, die nach ihren persönlichen Verhältnissen und ihrer Vermögenslage sowie nach den sonstigen Umständen zur Führung der Pflegschaft geeignet ist. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die von den Eltern benannte Tante nicht geeignet gewesen wäre. Allerdings war dieser Wunsch der Eltern dem AG bei der Auswahl des Ergänzungspflegers gar nicht bekannt. Das Familiengericht hat mit Frau Rechtsanwältin R eine objektive, außenstehende dritte Person mit entsprechendem Fachwissen ausgewählt.

6 Selbst wenn dem Familiengericht der Wunsch der Eltern zur Person des Ergänzungspflegers bekannt gewesen wäre, hätte das Familiengericht seinen Ermessensspielraum nicht in der Weise ausfüllen müssen, dass es diese von den Eltern gewünschte verwandte Person als Ergänzungspfleger bestellt hätte. Der Gedanke des Schutzes vor Interessenskollisionen darf nicht unterlaufen werden, dass einem gesetzlich ausgeschlossenen Elternteil maßgeblicher Einfluss auf die Auswahl des Ergänzungspflegers eingeräumt wird. Maßgeblich ist allein das Interesse des Pflegebefohlenen. Personen mit gleichgerichteten Interessen sollten nicht ausgewählt werden (Palandt/Götz, 75. Aufl., § 1916 Rdnr. 1).

7 Bei der Auswahl des Ergänzungspflegers haben auch Kostengesichtspunkte zurückzutreten, wenn vorrangige Gesichtspunkte, wie zum Beispiel die Neutralität, in Frage stehen. So gehört es zur Aufgabe des Ergänzungspflegers, sich aufgrund eigener Ermittlungen eine Überzeugung über die Sach- und Rechtslage und insbesondere auch über die wirtschaftlichen Zusammenhänge der Grundstücksübertragung zu bilden (vgl. OLG Köln, FamRZ 2011, 1305). Aus dem Nachtrag zur Überlassungsurkunde ist ersichtlich, dass Änderungen der Urkunde vorgenommen wurden, die auf Überlegungen der Ergänzungspflegerin beruhen.

(...)

BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

16. Erstreckung der Wechselbezüglichkeit der Verfügungen bei einem Ehegattentestament auf die Wirkungen der Anwachsung

OLG Nürnberg, Beschluss vom 24.4.2017, 1 W 642/17

BGB § 2094 Abs. 1 Satz 1, § 2270 Abs. 2

LEITSATZ:

Fällt einer von zwei in einem Ehegattentestament eingesetzten Schlusserben ohne Hinterlassung von Abkömmlingen weg, sind bei Anwendung der Regel des § 2270 Abs. 2 BGB die Wirkungen der Anwachsung (§ 2094 Abs. 1 Satz 1 BGB) von der Wechselbezüglichkeit umfasst.

SACHVERHALT:

1 I. Die Erblasserin A war mit F verheiratet. Dieser hatte zwei leibliche Kinder, Herrn B sowie Frau G, welche mit Herrn D verheiratet war.

2 F verfasste am 10.9.1991 handschriftlich folgendes Schriftstück:

„Unser Testament

Regensburg, 10.9.1991

Wir, die Eheleute F und A, setzen uns gegenseitig als Erben ein.

Erben des Überlebenden von uns sollen unsere Kinder B und G zu gleichen Teilen sein.

F“

3 Die Erblasserin A setzte handschriftlich auf dasselbe Schriftstück folgenden Passus:

„Regensburg 10.9.1991

Vorstehendes ist auch mein letzter Wille.

A“

4 F starb im Jahr 2013.

5 Am 26.2.2014 errichtete die Erblasserin A folgendes notarielles Testament, das unter anderem vorsah:

„§ 1 Vorbemerkung

Ich bin wie im Eingang des Testaments erwähnt, verwitwet. Abkömmlinge, auch adoptierte, habe und hatte ich nicht.

Mein verstorbener Ehemann hatte aus seiner ersten Ehe zwei Kinder, B und G.

(...)

§ 3 Letztwillige Verfügungen

1. Zu meinen alleinigen und ausschließlichen Erben bestimme ich hiermit meine Stiefkinder, Herrn B und Frau G, zu gleichen Teilen.

Ersatzerbe für Herrn B ist dessen Ehefrau. Ersatzerbe für Frau G ist deren Ehemann D. Weitere Ersatzerben bestimme ich heute nicht. Eine Vor- und Nacherbfolge ist hierdurch nicht angeordnet.

(...)“

6 Am 4.7.2016 verstarb G ohne Hinterlassung von Abkömmlingen. Zwischen dem 9. und dem 10.7.2016 verstarb die Erblasserin A.

7 B hat zur Niederschrift des AG Regensburg am 25.10.2016 die Erteilung eines Erbscheins beantragt, wonach die Erblasserin A von ihm allein beerbt worden sei. Im gemeinschaftlichen Testament vom

10.9.1991 seien Ersatzerben nicht bestimmt worden. Der Anteil von G wachse gemäß § 2094 BGB dem übrigen Erben an. Die von der Erblasserin im notariellen Testament vom 26.2.2014 vorgenommene Ersatzerbeneinsetzung sei unwirksam, da die Erblasserin an die Schlusserbeneinsetzung im gemeinschaftlichen Testament gebunden gewesen sei.

8 Mit Beschluss vom 29.11.2016 hat das AG die zur Begründung des Antrags auf Erteilung eines Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet. Der Erbschein ist erteilt worden.

9 Mit Schriftsatz vom 17.1.2017 hat D beantragt, den Erbschein wegen Unrichtigkeit einzuziehen, und hat gegen den Feststellungsbeschluss des AG vom 29.11.2016 Beschwerde eingelegt. Für die Erbfolge seien das gemeinschaftliche Testament und das notarielle Testament der Erblasserin maßgebend. Durch die Einsetzung von D als Ersatzerbe liege keine Beeinträchtigung des Erbrechts des B vor. Denn nach dem ursprünglichen gemeinschaftlichen Testament sei dieser auch nur als hälftiger Erbe eingesetzt worden. Der zwischenzeitliche Tod von G ändere daran nichts.

10 Mit Schriftsatz vom 7.2.2017 hat B ausgeführt, dass zum Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments beide Stiefkinder der Erblasserin bereits verheiratet gewesen seien. B habe zu diesem Zeitpunkt schon zwei Töchter gehabt. Es sei eine bewusste Entscheidung der Erblasserin gewesen, keine Ersatzerben zu bestimmen. Es sei der Wille erkennbar, dass das Erbe innerhalb der Familie erhalten bleiben solle. Bei D handele es sich nicht um einen Abkömmling der Erblasserin, somit um keinen gesetzlichen Ersatzerben. Damit er Ersatzerbe werde, hätte er als ein solcher im gemeinschaftlichen Testament benannt werden müssen. Der Nachlass umfasse im Wesentlichen das Vermögen des erstverstorbenen Vaters der im gemeinschaftlichen Testament bestimmten Schlusserben und deshalb könne ein Ersatzerbe außerhalb der verwandtschaftlichen Linie nicht als der Wille des Vaters unterstellt werden.

11 Mit Beschluss vom 23.3.2017 hat das AG der Beschwerde gegen den Beschluss des AG vom 29.11.2016 nicht abgeholfen. Der Feststellungsbeschluss sei zu Recht ergangen. Die Erblasserin sei von B allein beerbt worden. Die Einsetzung der Erblasserin zur Alleinerbin ihres Ehemannes im gemeinschaftlichen Testament sei nach der Zweifelsregelung des § 2270 Abs. 2 BGB wechselbezüglich hinsichtlich der Erbeinsetzung der Kinder des Ehemannes durch die Erblasserin. Gemäß § 2094 Abs. 1 BGB wachse der Erbteil eines testamentarisch bedachten Erben, der vor oder nach dem Eintritt des Erbfallens wegfalle, den übrigen Erben nach dem Verhältnis ihrer Erbteile an. Die Anwachsung sei durch die Erblasserin und ihren Ehemann nicht gemäß § 2094 BGB ausgeschlossen worden. Das notarielle Testament beeinträchtige mithin hinsichtlich der darin enthaltenen Ersatzschlusserbenbestimmung das Erbrecht der im Testament bedachten Schlusserben insoweit, als eine Erbteilerhöhung mittels Anwachsung gemäß § 2094 BGB durch die Ersatzschlusserbeneinsetzung ausgeschlossen werde. Diese Beeinträchtigung habe gemäß § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB analog die Unwirksamkeit der Ersatzschlusserbeneinsetzung im Testament vom 26.2.2017 zur Folge.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

14 2. Die Beschwerde ist unbegründet. Das AG hat zu Recht B einen Erbschein erteilt, wonach er die Erblasserin allein beerbt hat.

15 B ist auf der Grundlage des gemeinschaftlichen Testaments der Erblasserin und ihres vorverstorbenen Ehemannes Alleinerbe nach der Erblasserin geworden.

16 a) Dadurch, dass G vor der Erblasserin verstarb, fiel sie als Schlusserbin weg, sodass gemäß § 2094 Abs. 1 Satz 1 BGB

ihr Erbteil dem verbleibenden anderen Schlusserben, also B, anwuchs.

17 Zwar kann gemäß § 2094 Abs. 3 BGB die Anwachsung ausgeschlossen werden und geht das Recht eines Ersatzerben dem Anwachsungsrecht vor (§ 2099 BGB).

18 Im gemeinschaftlichen Testament findet sich eine solche Regelung aber nicht. Indem die Erblasserin in dem notariellen Testament D als Ersatzerben für G bestimmte, konnte sie die Anwachsung nicht mehr ausschließen.

19 Denn nach dem Tod ihres Ehemannes war die Erblasserin gehindert, die in dem gemeinschaftlichen Testament enthaltene Schlusserbeneinsetzung zu widerrufen oder eine Verfügung zu treffen, durch die das Recht der Schlusserben beeinträchtigt würde (vgl. § 2271 Abs. 2 Satz 1, § 2289 Abs. 1 BGB). Die Einsetzung der Erblasserin als Erbin und die Einsetzung der Kinder des Ehemannes der Erblasserin als Schlusserben im gemeinschaftlichen Testament sind sog. wechselbezügliche Verfügungen im Sinne des § 2077 Abs. 1 BGB, also Verfügungen, von denen anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde.

20 Das Testament enthält keine Anordnungen zur Wechselbezüglichkeit. Legt man die Angaben des B zugrunde, dass sich der Nachlass im Wesentlichen aus dem Vermögen des vorverstorbenen Ehemannes zusammensetzt, und berücksichtigt man, dass die im gemeinschaftlichen Testament eingesetzten Schlusserben die leiblichen Kinder des Ehemannes waren, spricht viel dafür, dass die Erblasserin von ihrem vorverstorbenen Ehemann zunächst als Erbin eingesetzt wurde, weil sie ihrerseits mit der Einsetzung der Kinder des Ehemannes als Schlusserben einverstanden war. Wie das AG zutreffend ausgeführt hat, ergibt sich zumindest aus der Regelung des § 2270 Abs. 2 BGB, dass es sich bei der Erbeinsetzung der Erblasserin und der Einsetzung der Kinder des Ehemannes als Schlusserben um wechselbezügliche Verfügungen handelt.

21 b) Die Wechselbezüglichkeit der Verfügungen umfasst auch die Wirkungen der Anwachsung (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 28.1.2015, 15 W 503/14, juris Rdnr. 27 ff.; BeckOK-BGB/*Litzenburger*, Stand: 1.11.2016, § 2270 Rdnr. 4 und § 2094 Rdnr. 6; jurisPK-BGB/*Reymann*, Stand: 15.3.2017, § 2270 Rdnr. 57; *Keller*, ZEV 2002, 439 ff.).

22 Geht man wiederum von den Angaben des B aus, ergibt sich dies daraus, dass den Regelungen im Testament der Wille zu entnehmen ist, dass das Vermögen bei den leiblichen Abkömmlingen des Ehemannes der Erblasserin verbleibt. Dieses Ziel wäre aber gefährdet, wenn es dem überlebenden Ehegatten überlassen bliebe, Ersatzerben nach seiner freien Wahl zu bestimmen.

23 Aber auch bei Anwendung der Regel des § 2270 Abs. 2 BGB sind die Wirkungen der Anwachsung von der Wechselbezüglichkeit umfasst.

24 § 2270 Abs. 3 BGB bestimmt, dass andere Verfügungen als Erbeinsetzungen, Vermächtnisse, Auflagen und die Wahl des anzuwendenden Erbrechts nicht wechselbezüglich sein können. Die Anwachsung ist von der Erbeinsetzung nicht getrennt zu beurteilen, da sie eine gesetzliche Ausgestaltung der

Erbeinsetzung darstellt. Die Vorschrift des § 2094 BGB findet sich mit anderen Vorschriften unter dem Titel „Erbeinsetzung“ und führt dazu, dass sich bei Vorliegen der Voraussetzungen die Erbteile der verbleibenden Erben von selbst erhöhen.

25 Der Erblasser kann eine Erbeinsetzung nur in dem Rahmen vornehmen, den das Gesetz zulässt. Macht er nicht von der Möglichkeit Gebrauch, die Anwachsung auszuschließen oder einen Ersatzerben einzusetzen, ist die Erbeinsetzung in der Form vorgenommen, dass sich der Erbteil der eingesetzten Personen durch Gesetz erhöhen kann.

26 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Beschluss des BGH vom 16.1.2002 (IV ZB 20/01, juris).

27 In dieser Entscheidung ging es um die Frage, ob die aus § 2069 BGB folgende Berufung von Ersatzerben anstelle des vorverstorbenen Schlusserben aufgrund von § 2270 Abs. 2 BGB ebenso wechselbezüglich sei wie die ursprüngliche Schlusserbeinsetzung selbst (BGH, a. a. O. Rdnr. 14). Fällt der in einem Ehegattentestament eingesetzte Schlusserbe weg, ist § 2270 Abs. 2 BGB nach der Entscheidung des BGH auf Ersatzerben nur anwendbar, wenn sich Anhaltspunkte für einen auf deren Einsetzung gerichteten Willen der testierenden Eheleute feststellen lassen, die Ersatzerbeinsetzung also nicht allein auf § 2069 BGB beruht (BGH, a. a. O. Leitsatz). Zur Begründung hat der BGH ausgeführt, dass § 2270 Abs. 2 BGB die Annahme einer Wechselbezüglichkeit an die Einsetzung bestimmter Personen als Erben im gemeinschaftlichen Testament knüpft. Dem liegt die Vorstellung zugrunde, dass zwischen der Einsetzung des überlebenden Ehegatten als Alleinerben unter Ausschluss der nächsten Verwandten oder sonst nahestehender Personen und der Einsetzung gerade dieser Verwandten oder nahestehenden Personen zu Schlusserben nach dem längstlebenden Ehegatten typischerweise ein Gegenseitigkeitsverhältnis derart besteht, dass die eine Verfügung nicht ohne die andere getroffen worden wäre, sie also miteinander stehen oder fallen sollen. Eine solche Interessenlage der Testierenden lässt sich indessen mangels konkreter Anhaltspunkte nur unterstellen, wenn sich ein Wille der Testierenden, bestimmte Verwandte oder nahestehende Personen oder auch die nach der gesetzlichen Erbfolge berufenen Abkömmlinge als Schlusserben einzusetzen, zumindest im Wege ergänzender Auslegung aus dem Testament entnehmen lässt (BGH, a. a. O. Rdnr. 17). Die Regel des § 2270 Abs. 2 BGB muss also ihren Anknüpfungspunkt in einer Verfügung im gemeinschaftlichen Testament selbst haben und darf nicht lediglich in Verbindung mit einer anderen Auslegungsregel (wie der des § 2069 BGB) gebraucht werden.

28 Im Falle der Anwachsung knüpft die Regel des § 2270 Abs. 2 BGB weiterhin an die ursprünglich im gemeinschaftlichen Testament getroffene Schlusserbeneinsetzung an und somit an die Einsetzung bestimmter Verwandter als Schlusserben. Die Anwachsung stellt auch keine Auslegungsregel dar, sondern gestaltet unmittelbar den Erbteil des verbliebenen Schlusserben um.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Arne Everts**, Berchtesgaden

Ein scheinbar einfacher Fall, der zwar in der Praxis so nicht täglich vorkommt, es aber in sich hat: In einem privatschriftlichen gemeinschaftlichen Testament setzen sich Ehegatten gegenseitig zu Alleinerben ein, zu Schlusserven die beiden Kinder des Ehemannes aus erster Ehe. Bestimmungen zur erbrechtlichen Bindung und/oder zu Ersatzerben enthält das Testament nicht. Nach dem Tod des Ehemannes errichtet die überlebende Ehefrau ein weiteres Testament, in dem sie erstmalig Ersatzerben für den jeweiligen Schlusserven bestimmt (nämlich den jeweiligen Ehegatten des betreffenden Schlusserven). Der Ersatzerbfall tritt bei einem der Schlusserven ein, indem die Stieftochter vorversterbt. Nach dem zweiten Erbfall ist streitig, ob Schlusserven nun entweder der Stiefsohn und der Ehemann der vorverstorbenen Stieftochter je zur Hälfte sind oder ob dies der Stiefsohn allein ist, weil der Erbteil seiner kinderlos vorverstorbenen Schwester ihm aufgrund bestehender erbrechtlicher Bindung kraft Anwachsung (§ 2094 Abs. 1 BGB) zwingend zugefallen sei (und die von der Stiefmutter noch nachträglich verfügte Ersatzerbeinsetzung somit ins Leere ginge). Das OLG Nürnberg gibt dem Stiefsohn Recht.

1. Der vergleichbare Fall: Zuwendungsverzicht und Anwachsung

Die Problematik ist so neu nicht: Das OLG Hamm hatte bereits über einen Fall zu entscheiden, in dem bei einem gemeinschaftlichen Testament mit bindender Schlusservenbeinsetzung von zwei (bei insgesamt drei) gemeinschaftlichen Kindern nach dem Versterben des ersten Ehegatten ein entgeltlicher Zuwendungsverzichtvertrag zwischen dem überlebendem Ehegatten und einem der bedachten Kinder unter Erstreckung auf dessen Abkömmlinge, § 2352 Satz 3 i. V. m. § 2349 BGB, geschlossen wurde.¹ Entgegen der mutmaßlichen Intention der Beteiligten wurde, so das OLG Hamm, der Erbteil des Verzichtenden auch hier nicht etwa „frei“ mit der Folge, dass der überlebende Ehepartner insofern neu hätte testieren können. Vielmehr sei dieser Erbteil dem anderen bindend eingesetzten Kind infolge des Zuwendungsverzichts gemäß § 2094 Abs. 1 BGB angewachsen, nachdem der Verzichtende vor Eintritt des Erbfalls mit seinem gesamten Stamm als Zuwendungsempfänger infolge des Verzichts ausgefallen sei. Die Bindungswirkung der Schlusservenbeinsetzung für den überlebenden Ehegatten erstreckte sich im Zweifel auch auf diese weitere Rechtsfolge der Anwachsung.

2. Kumulation von gesetzlichen Zweifelsregeln – § 2094 BGB und § 2270 Abs. 2 BGB

Diese Sichtweise hielt und halte ich für problematisch:² Das OLG Hamm hatte im Ergebnis die Ergänzungsregel des § 2094 BGB einerseits und die Auslegungsregel des § 2270

Abs. 2 BGB andererseits kumulativ angewandt. Die Praxis horcht dabei auf und erinnert sich: Ginge es darum, eine bindende Ersatzerbfolge allein über § 2069 i. V. m. § 2270 Abs. 2 BGB zu konstatieren (wenn also im Fall des OLG Nürnberg die vorverstorbenen Schlusserbin Abkömmlinge hinterlassen hätte), so reichte dies nach der Rechtsprechung des BGH nicht aus.³ Für § 2094 BGB und § 2270 Abs. 2 BGB dürfte nichts anderes gelten. Vielmehr muss dies erst recht schon so sein, weil Ersatzerbenregeln der Anwachsung vorgehen (§ 2099 BGB). Im Schrifttum wird diese Problematik der verbleibenden erbrechtlichen Bindung im Falle der Anwachsung nur vereinzelt thematisiert und dabei anders gesehen,⁴ bislang allerdings nur für den speziellen Fall, dass ein Schlusserbe wegen Eingreifens einer Pflichtteilsstrafklausel wegfällt.⁵ Begründet wird dies damit, dass die Schlusserven im Unterschied zu den Ersatzschlusserven im Fall des § 2069 BGB im Testament ausdrücklich genannt seien und zu ihnen auch das in § 2270 Abs. 2 BGB vorausgesetzte Näheverhältnis bestehe. Das OLG Nürnberg hat sich für den Fall, dass ein in einem Ehegattentestament eingesetzter Schlusserbe wegen Vorversterbens ohne Hinterlassung von Abkömmlingen wegfällt, dieser Literaturmeinung nunmehr explizit angeschlossen.

3. Keine weitere erbrechtliche Bindung bei bloßer Zweifelsregelhäufung – auch bei der Anwachsung

Richtig ist es gleichwohl weiterhin, für derartige Fälle, einschließlich solcher des Zuwendungsverzichts mit Erstreckungswirkung, von einer erbrechtlich nicht bindenden Anwachsung bei dem/den anderen Schlusserven auszugehen. Zwar kann die Anwachsung grundsätzlich an der erbrechtlichen Bindung teilhaben und ist keine „andere Verfügung“ i. S. v. § 2270 Abs. 3 BGB. Denn sie beruht auf einer Erbeinsetzung, die ihrerseits bindend sein kann.⁶ Es trifft ferner zu, dass in § 2094 BGB als gesetzlicher Ergänzungsregel⁷ gegenüber § 2069 BGB als bloßer Auslegungsregel ein „Plus“ innewohnt, als in § 2094 BGB bereits die anderen bedachten Zuwendungsempfänger enthalten oder besser vorausgesetzt sind. Jedoch lässt sich damit der Fortbestand der erbrechtlichen Bindung nicht begründen. Denn trotz alledem regelt auch § 2094 BGB nun einmal nur einen Ersatzfall, bei dem sich, wie auch sonst in den Fällen des Wegfalls vorrangig Bedachter in § 2069 BGB, der Erblasser schlicht keine Gedanken gemacht hat. Insofern ist, zusammen mit den ebenfalls fehlenden erblasserischen Gedanken zur Bindungswirkung, die Konstellation in den

1 OLG Hamm, Beschluss vom 28.1.2015, I-15 W 503/14, MittBayNot 2015, 413.

2 Siehe auch BeckOGK-BGB/Everts, Stand: 1.11.2017, § 2352 Rdnr. 24.1.

3 BGH, Beschluss vom 16.1.2002, IV ZB 20/01, ZEV 2002, 150 m. Anm. Otte.

4 Keinesfalls „einhellige Literaturmeinung“, wie *Litzenburger*, FD-ErbR 2017, 390570 annimmt, der überdies die einschlägigen Fundstellen (siehe Fn. 5) gar nicht zitiert, sondern nur *Keim*, ZEV 2002, 437, der sich mit § 2094 BGB aber gar nicht befasst.

5 *Ivo*, ZEV 2004, 204, 205; diesem folgend DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2012, 192, 193.

6 *Ivo*, ZEV 2004, 204, 205; *Keller*, ZEV 2002, 439, 440.

7 Vom OLG Nürnberg etwas schief als „Umgestaltung des Erbteils der verbleibenden Schlusserven“ bezeichnet.

Anwachsungsfällen strukturell vollständig vergleichbar mit derjenigen der Ersatzerbfälle, die der Leitentscheidung des BGH aus dem Jahr 2002⁸ zugrunde lag – und diese Ersatzregelung in § 2094 BGB geht § 2069 BGB sogar nach (§ 2099 BGB). Somit wäre ein Widerspruch zwischen der Besprechungsentscheidung und der Rechtsprechung des BGH nicht zu leugnen.

4. Konkludente Ersatzregelung geht Anwachsung aufgrund Zweifelsregel vor

Auch wenn die Entscheidung mit der gegebenen Begründung nicht überzeugt, ist sie womöglich trotzdem im Ergebnis nicht falsch: Das OLG Nürnberg (und ihm vorausgehend die Entscheidung des OLG Hamm⁹) sowie die Literaturstimmen¹⁰ befassen sich nach meinem Dafürhalten nämlich gar nicht mit der Anwachsung, sondern spüren in Wahrheit einer konkludenten Ersatzerbeinsetzung durch den Erblasser für einen eventuellen Wegfall eines Schlusserben nach. Solche Ersatzerben können natürlich auch und gerade die anderen Schlusserben sein, und zwar, um es auch in umgekehrter Richtung zu wiederholen, vorrangig vor der Anwachsung (§ 2099 BGB). Dann wäre dies aber nicht nur kein Fall der Anwachsung mehr, sondern auch keiner von kumulativen gesetzlichen Auslegungs- bzw. Ergänzungsregeln. Die Grundsatzentscheidung des BGH¹¹ wäre – aber eben nur mit dieser Begründung – bei einer solchen Argumentationslinie nicht einschlägig. Dies müsste dann aber auch so benannt und ggf. mittels Auslegung durchgeführt werden.

5. Auslegungshinweise

Hierbei dürfte dann Folgendes zu beachten sein: Jedenfalls dann, wenn in den „Verzichtsfällen“ für den Wegfall der Zuwendung ein angemessenes Entgelt gezahlt wird, ist (wenn schon nicht die Anwachsung für diesen Fall, und sei es nur konkludent, ausgeschlossen sein sollte) ein Entfallen der diesbezüglich noch bestehenden Bindung anzunehmen. In diesem Falle dürfte der Erstversterbende nämlich nicht noch zusätzlich eine Anwachsung beim anderen Stamm gewünscht haben, der so doppelt begünstigt wäre bzw. wäre wohl damit einverstanden, eine solche Doppelbegünstigung wieder durch den Überlebenden korrigieren zu lassen.¹²

Dem Umstand, dass – wie im Fall des OLG Hamm, siehe oben unter 1. – offenbar eines von mehreren Kindern aus Sicht des Erstversterbenden auf *keinen* Fall etwas bekommen sollte, lässt sich als bindende Enterbung im Sinne von § 1938 BGB begreifen. Hält man eine solche mit der wohl herrschenden Meinung für nicht zulässig,¹³ wäre es immer noch möglich, zumindest a) einen Anwachsungsausschluss

(nur) bei dem enterbten Kind und/oder b) eine personal beschränkte Bindungsreichweite (über eine Bedingung) anzunehmen. Das heißt: Abweichende Verfügungen des Überlebenden sind zulässig, wenn und soweit durch sie dem ungeliebten Kind nichts zugewendet wird, andernfalls sind sie unwirksam. Dies scheint mir durch § 2270 Abs. 3 BGB (und § 2278 Abs. 2 BGB) nicht verboten. Dann könnte jedenfalls diesem Kind auch weiterhin nichts mehr zugewendet werden und es bliebe insofern die Bindung weiter bestehen – im Übrigen bestünde bezüglich des „Verzichts“-Erteils aber wieder Testierfreiheit beim überlebenden Ehegatten.

6. Ergebnis und Praxishinweise

Für die Praxis ist Folgendes festzuhalten: Der Wegfall einer in gemeinschaftlichen Verfügungen letztwillig bedachten Person führt, wenn sie nicht der/die einzige Bedachte ist, in den meisten Fällen nicht dazu, dass die für sie vorgesehenen Zuwendungen nunmehr zur freien Disposition des verbleibenden der Testatoren stehen. Auch bei Zuwendungsverzichtsverträgen bleiben demnach trotz der Erweiterung der Verweisung in § 2352 Satz 3 BGB auf § 2349 BGB¹⁴ Bindungsprobleme bestehen. Insbesondere bedeutet der Abschluss eines Zuwendungsverzichts mit Erstreckungswirkung gerade bei privatschriftlichen gemeinschaftlichen Testamenten nicht zwingend, dass insofern die Testierfreiheit des Überlebenden, den weggefallenen Stamm betreffend, tatsächlich stets wieder auflebt. Vielmehr hängt dies im Einzelfall von der Auslegung der zugrunde liegenden letztwilligen Verfügung ab, was die Reichweite der Bindungswirkung angeht. Auch deshalb ist bei der erbrechtlichen Beratung und Gestaltung stets auf Folgendes zu achten: a) Was soll gelten, wenn ein erbrechtlich Begünstigter zuvor wegfällt, weil er das ihm Zugesagte nicht annehmen kann oder will? b) Soll die für diesen (Ersatz)Fall angeordnete Rechtsfolge ebenfalls, wie die primäre Verfügung, erbrechtlich bindend sein?

¹⁴ Durch das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom 24.9.2009 (BGBl. 2009 I, S. 3142).

17. Keine Pflicht des Grundbuchamts zum Vollzug einer Auflassung bei Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs

OLG Hamburg, Beschluss vom 24.2.2017, 13 W 12/17

BGB § 2361
GBO § 20

LEITSATZ:

Als Berechtigter hinsichtlich der Auflassungserklärung i. S. v. § 20 GBO gilt nach § 891 Abs. 1 BGB zwar grundsätzlich, wer im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist. Bei Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs hat das Grundbuchamt jedoch dafür zu sorgen, dass der wahre Berechtigte durch die Verfügung eines Nicht-

⁸ Siehe oben Fn. 3.

⁹ Siehe oben Fn. 1.

¹⁰ Siehe oben Fn. 5.

¹¹ Siehe oben Fn. 3.

¹² Vgl. BGH, Urteil vom 24.10.1973, IV ZR 3/72, NJW 1974, 43 = MittBayNot 1974, 36 (Ls.).

¹³ Vgl. die Darstellung bei BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 15.6.2017, § 2270 Rdnr. 5.

berechtigten keinen Rechtsverlust erleidet, soweit dies grundbuchverfahrensrechtlich noch möglich ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

1 I. Der Beteiligte zu 1 ist am 25.4.2002 im Grundbuch von Sasel aufgrund des Erbscheins vom 19.9.2001 als Eigentümer eingetragen worden. Der Erbschein war ihm aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments mit seiner ersten Ehefrau vom 29.6.1976 erteilt worden.

2 Mit Schriftsatz vom 11.4.2014 legitimierte sich ein von dem leiblichen Sohn des Beteiligten zu 1 und der Erblasserin beauftragter Rechtsanwalt zur Grundbuchakte und beantragte Grundbucheinsichtnahme. Er machte geltend, dass sein Mandant entweder Miterbe am Nachlass der Verstorbenen sei oder aber Pflichtteilsrechte besitze. Ihm sei nicht bekannt, ob ein Testament der Verstorbenen bestehe.

3 Gemäß Verfügung des Nachlassgerichts wurde dem Grundbuchamt Hamburg-Barmbek ein Beschluss des Nachlassgerichts vom 11.2.2015 über die Einziehung des Erbscheins zur vorliegenden Grundakte gereicht. Aus den Gründen des Beschlusses ergibt sich, dass der Beteiligte zu 1 das Testament vom 29.6.1976 mit Anfechtungserklärung vom 28.8.2014 gemäß §§ 2281 ff. BGB i. V. m. § 2079 BGB wegen seiner zwischenzeitlich erfolgten Eheschließung im März 2014 und der sich daraus ergebenden neuen Pflichtteilsberechtigung angefochten habe und aus diesem Grund der seinerzeit erteilte Erbschein unrichtig geworden und deshalb gemäß § 2361 BGB eingezogen worden sei.

4 Der Beteiligte zu 1 schloss mit notariellem Vertrag vom 26.7.2016 einen Übertragungsvertrag betreffend das oben genannte Grundstück mit der Beteiligten zu 2, seiner jetzigen Ehefrau. (...)

5 Mit Antrag vom 2.9.2016 beantragten die Beteiligten zu 1 und zu 2 die Vornahme der Eigentumsumschreibung. Das Grundbuchamt erließ unter dem 27.1.2017 die angefochtene Zwischenverfügung, mit welcher es den Beteiligten aufgab, einen Erbschein einzureichen, der den Veräußerer als Alleinerben ausweise. Es stellte sich auf den Standpunkt, dass dem Antrag nach Einziehung des Erbscheins durch das Nachlassgericht nicht ohne Nachweis der Alleinerbenstellung des Beteiligten zu 1 stattgegeben werden könne, weil es nicht zu den Aufgaben des Grundbuchamtes gehöre, bei Kenntnis der Unrichtigkeit des Grundbuchs dem Verfügungsempfänger zum gutgläubigen Rechtserwerb zu verhelfen. Da davon auszugehen sei, dass die Beteiligte zu 2 aufgrund ihrer familiären Verbundenheit zu dem Beteiligten zu 1 Kenntnis von der Einziehung des Erbscheins erlangt habe, sei im Übrigen unwahrscheinlich, dass sie aufgrund des Übertragungsvertrages und des gestellten Antrags auf Eigentumsumschreibung das Grundstück gutgläubig erworben habe.

6 Hiergegen richtet sich die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde der Beteiligten. Sie vertreten die Auffassung, dass die Rechtsauffassung des Grundbuchamts den in §§ 891 ff. BGB gesetzlich normierten öffentlichen Glauben des Grundbuchs konterkariere. Außerhalb des Grundbuchs liegende Umstände hinsichtlich einer etwaigen Unrichtigkeit des Grundbuchs müsse und könne das Grundbuchamt nicht prüfen. Der Gutgläubenschutz ende erst dort, wo ein Widerspruch eingetragen sei oder der Erwerber Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs habe. Dem Grundbuchamt komme es nicht zu, einen gutgläubigen Erwerb einseitig zugunsten des materiell Berechtigten zu verhindern.

AUS DEN GRÜNDEN:

7 II. Die Beschwerde der Beteiligten bleibt ohne Erfolg. Das Grundbuchamt hat die Eigentumsumschreibung zu Recht und mit zutreffender Begründung von der Vorlage eines neuen Erbscheins, der den Veräußerer als Alleinerben ausweist, abhängig gemacht.

8 Der Senat schließt sich der in der Kommentierung von *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 352 Fn. 47 zitierten herrschenden Meinung der Rechtsprechung an, dass ein Antrag abgelehnt werden muss, wenn durch Eintragung ein noch nicht vollzogener Rechtserwerb herbeigeführt werden würde, von dem das Grundbuchamt weiß, dass er nur gutgläubig geschehen kann.

9 Nach § 20 GBO erstreckt sich im Falle der Auflassung eines Grundstücks die Prüfungspflicht des Grundbuchamts auf das Vorliegen einer materiellrechtlich wirksamen Einigung. Das der Vorschrift zugrunde liegende materielle Konsensprinzip erklärt sich daraus, dass in Fällen der Eigentumsübertragung ein besonderes Interesse an der Übereinstimmung zwischen Grundbuch und wahrer Rechtslage besteht (*Demharter*, Grundbuchordnung, 28. Aufl. 2012, § 20 Rdnr. 2). Das Grundbuchamt hat daher auch zu prüfen, ob die Einigung durch den materiell Verfügungsberechtigten erklärt wurde. Hierbei gilt zwar gemäß § 891 BGB grundsätzlich die Vermutung, dass der Eingetragene auch der Berechtigte ist. Hat das Grundbuchamt jedoch positive Kenntnis, dass es sich im konkreten Fall nicht so verhält, ist der nach § 20 GBO erforderliche Nachweis nicht erbracht (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 2.9.1997, 11 Wx 60/97, Rdnr. 8, zitiert nach juris; OLG München, Beschluss vom 7.11.2011, 34 Wx 400/11, Rdnr. 11 ff., zitiert nach juris; vgl. auch OLG Frankfurt, Rpfleger 1991, 361).

10 Ein solcher Fall liegt hier vor. Dem Grundbuchamt ist aufgrund des vom Nachlassgericht übersandten Beschlusses bekannt, dass der Erbschein, der Grundlage der Eigentums-eintragung des Beteiligten zu 1 war, eingezogen worden ist. Aus den Gründen des Einziehungsbeschlusses ist ihm ferner bekannt, dass das Testament vom 29.6.1976, welches ebenfalls gemäß § 35 GBO als Nachweis für die Erbfolge angesehen werden kann, von dem Beteiligten zu 1 angefochten worden ist und dass das Nachlassgericht die Anfechtung als wirksam angesehen hat. Da eine wirksame Anfechtung des Testaments dieses gemäß § 142 BGB hinfällig macht mit der Folge, dass dann die gesetzliche Erbfolge eintritt und dem Grundbuchamt ferner zur Kenntnis gelangt ist, dass mit den in dem Testament vom 29.6.1976 benannten „späteren Erben“ (...) und Abkömmlinge und damit weitere Berechtigte vorhanden sind, drängt sich auf, dass das Grundbuch falsch ist.

11 Bei dieser Sachlage darf das Grundbuchamt auch nach Auffassung des Senats nicht daran mitwirken, durch seine Eintragungstätigkeit einen Rechtserwerb herbeizuführen, der nur kraft guten Glaubens stattfindet. Der Senat folgt dem OLG Karlsruhe, dass sich ein Vertrauensschutz dahin gehend, dass bei Gutgläubigkeit im Zeitpunkt der Antragstellung eine Eintragung des Erwerbers zwingend erfolgen müsse, aus dem Gesetz nicht ableiten lässt. Die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb dienen dem Ausgleich der Interessen einerseits des wahren Rechtsinhabers, sein Recht nicht zu verlieren, und andererseits des Rechtsverkehrs im Sinne eines Vertrauens auf einen bestimmten Rechtschein. Ist der Tatbestand des gutgläubigen Erwerbs vollendet, so räumt das Gesetz dem Interesse des Erwerbers am rechtlichen Bestand des Eigentumsübergangs den Vorrang ein. Daraus lässt sich jedoch nicht ableiten, dass das Grundbuchamt an der Verwirklichung des gutgläubigen Erwerbs mitwirken muss. Vielmehr ist davon

auszugehen, dass grundsätzlich nur der materiell Berechtigte zu einer Verfügung über ein dingliches Recht befugt ist. Dies hat auch das Grundbuchamt zu beachten und daher dafür zu sorgen, dass der wahre Berechtigte durch die Verfügung eines Nichtberechtigten keinen Rechtsverlust erleidet, soweit dies grundbuchverfahrensrechtlich noch möglich ist (vgl. OLG Karlsruhe, a. a. O. Rdnr. 11 m. w. N.).

12 Die Kostenentscheidung beruht auf § 22 Abs. 1, § 25 Abs. 1 GNotKG).

ANMERKUNG:

Von Notar **Christian Braun**, Erlangen

1. Die Ausgangslage

Nach § 20 GBO darf das Grundbuchamt eine Auffassung nur vollziehen, wenn die Einigung des Berechtigten und des Erwerbers (in der Form des § 29 GBO) nachgewiesen ist. Berechtigter in diesem Sinn ist der materiell Berechtigte.¹ Als Berechtigter gilt, wer im Grundbuch eingetragen ist, § 891 Abs. 1 BGB. Diese Vermutung gilt für alle wirksam und inhaltlich zulässig eingetragenen Rechte, auch wenn die Eintragung nur berichtigend erfolgt;² sie gilt auch für das Grundbuchamt.³ Die Vermutung ist widerlegt, wenn dem Grundbuchamt Tatsachen bekannt oder nachgewiesen sind, welche die Unrichtigkeit der Eintragung ergeben, an die die Vermutung geknüpft ist.⁴ Dies erfordert den vollen Beweis des Gegenteils;⁵ bloße Zweifel, Möglichkeiten oder Vermutungen genügen nicht.⁶ Zum Nachweis der fehlerhaften Eigentümerstellung gehört auch der Beweis, dass alternative Erwerbsgründe ausgeschlossen sind.⁷ Dieser Beweis ist im geschilderten Fall erbracht. Durch die Einziehung des Erbscheins ist dieser unwirksam geworden.⁸ Da die Eintragung des Beteiligten zu 1 auf dem (nunmehr unwirksamen) Erbschein beruht, ist durch die Einziehung die Unrichtigkeit der Eintragung als Eigentümer nachgewiesen;⁹ dies gilt unabhängig davon, ob bereits ein neuer Erbschein erteilt ist oder nicht.¹⁰ Andere Erwerbsgründe sind nicht ersichtlich.

2. Die Mitwirkung des Grundbuchamts beim gutgläubigen Erwerb

Somit stellt sich eine seit Generationen diskutierte Frage: Muss das Grundbuchamt eine Auffassung vollziehen, wenn es die Grundbuchunrichtigkeit kennt und der Erwerber nur

gutgläubig erwerben kann, oder darf (gar muss) es seine Mitwirkung in diesem Fall verweigern?¹¹

Dabei hilft es, den Blick vom konkreten Fall zu lösen. Dies liegt daran, dass der Erwerb durch die neue Ehefrau nach Anfechtung des gemeinschaftlichen Testaments durch den Übergeber unpassend wirkt. Das Bauchgrummeln resultiert aber aus der zweifelhaften Gutgläubigkeit der neuen Ehefrau, über die der Sachverhalt nichts aussagt, und nicht aus der eingangs dieses Absatzes gestellten Frage.

Das Verhalten des Grundbuchamts betrifft sowohl die Interessen des Erwerbers als auch diejenigen des wahren Berechtigten und kann nur einem von ihnen gerecht werden. Es ist daher zu untersuchen, welchen dieser Interessen vom Gesetzgeber der Vorrang eingeräumt wurde.

Der wahre Berechtigte hat zunächst § 873 Abs. 1 BGB auf seiner Seite; der Rechtserwerb ist erst vollendet, wenn die Einigung vorliegt und die Eintragung im Grundbuch erfolgt ist. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung, ob die für den Rechtserwerb erforderlichen Voraussetzungen vorliegen, ist daher grundsätzlich der Zeitpunkt der Eintragung im Grundbuch.¹²

Dies gilt aber nur, soweit das Gesetz davon keine Ausnahme macht. Eine Ausnahme ist unumstritten § 878 BGB. Eine weitere ist eben auch § 892 Abs. 2 BGB. Danach kommt es beim gutgläubigen Erwerb auf das Wissen des Erwerbers im Zeitpunkt der Stellung des Eintragungsantrags an (Einigung vorausgesetzt). Der Erwerber, der alles in seiner Hand liegende getan hat und in diesem Zeitpunkt gutgläubig ist, soll das Eigentum erwerben dürfen;¹³ das durch das Grundbuchverfahren entstehende zeitliche Moment soll nicht zu seinen Lasten wirken. Gegen diese Betrachtung kann auch nicht § 53 Abs. 1 GBO angeführt werden.¹⁴ Zwar gilt für den Amtswiderspruch die in § 17 GBO festgelegte Bearbeitungsreihenfolge nicht,¹⁵ sodass ein solcher Widerspruch einen gutgläubigen Erwerb auch nach Stellung des Eintragungsantrags des Erwerbers verhindert; das Vertrauen des Erwerbers auf die Richtigkeit des Grundbuchs ist damit nicht allumfassend. Allerdings hat § 53 Abs. 1 GBO sehr enge Tatbestandsvoraussetzungen. Der Amtswiderspruch ist nur zulässig, wenn das Grundbuchamt gesetzliche Vorschriften verletzt hat;¹⁶ er dient zur Beseitigung früherer Fehler des Grundbuchamts. Für das Verhältnis der Interessen von Erwerber und wahren Berechtigten lassen sich aus ihm keine Rückschlüsse ziehen.

Das Grundbuchamt verstößt auch nicht gegen das sog. Legalitätsprinzip, wenn es einen gutgläubigen Erwerb herbei-

1 BeckOK-GBO/Hügel, Stand: 1.10.2017, § 20 Rdnr. 35.

2 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 338.

3 MünchKomm-BGB/Kohler, 7. Aufl. 2017, § 891 Rdnr. 13; KEHE/Munzig, GBO, 7. Aufl. 2015, § 20 Rdnr. 46.

4 OLG Frankfurt, Beschluss vom 25.1.1991, 20 W 523/89, Rpfleger 1991, 361 Rdnr. 14.

5 Vgl. nur MünchKomm-BGB/Kohler, § 891 Rdnr. 14 m. w. N. auch aus der Rechtsprechung.

6 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 342.

7 MünchKomm-BGB/Kohler, § 891 Rdnr. 14 m. w. N.

8 Palandt/Weidlich, 75. Aufl. 2016, § 891 Rdnr. 8.

9 OLG Frankfurt, Beschluss vom 25.1.1991, 20 W 523/89, Rpfleger 1991, 361 Rdnr. 15.

10 Schneider, ZMR 2017, 521.

11 Detailliert zu dieser Frage aus jüngster Zeit Scheider, ZMR 2017, 521 ff. mit umfassenden Nachweisen zu beiden Meinungen aus der Rechtsprechung und dem Schrifttum.

12 MünchKomm-BGB/Kohler, § 873 Rdnr. 72.

13 MünchKomm-BGB/Kohler, § 892 Rdnr. 67.

14 So Schneider, ZMR 2017, 522 m. w. N.

15 Allgemeine Meinung, vgl. nur BeckOK-GBO/Holzer, § 53 Rdnr. 44.

16 BeckOK-GBO/Holzer, § 53 Rdnr. 15.

führt.¹⁷ Der Rechtspfleger handelt bei seiner Eintragung nicht unredlich. Der gutgläubige Erwerb wird vom materiellen Recht als vollwertiger Erwerb angesehen; er führt nicht zu einer Unrichtigkeit des Grundbuchs.¹⁸

Insgesamt schlägt bei der Abwägung daher das Pendel zugunsten des Erwerbers aus; das Grundbuchamt muss den Antrag auf Eigentumsumschreibung vollziehen.

¹⁷ So aber *Schneider*, ZMR 2017, 522.

¹⁸ MünchKomm-BGB/*Kohler*, § 892 Rdnr. 67.

18. Anspruch des Pflichtteilsberechtigten auf Vorlage eines notariellen Verzeichnisses trotz Dürftigkeitseinrede bei Übernahme der Kosten durch den Pflichtteilsberechtigten

OLG München, Urteil vom 1.6.2017, 23 U 3956/16

BGB §§ 242, 262, 1990 Abs. 1, § 2314 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2

LEITSÄTZE:

- 1. Der Anspruch des Pflichtteilsberechtigten auf Vorlage eines notariellen Verzeichnisses wird nicht dadurch berührt, dass der Erbe bereits ein privates Verzeichnis vorgelegt hat. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 2. Grundsätzlich kann der Erbe die Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses entsprechend § 1990 Abs. 1 BGB dann verweigern, wenn ein Aktivnachlass, aus dem die Kosten für den Notar entnommen werden können, nicht vorhanden ist. Dem Erben ist es jedoch nach § 242 BGB verwehrt, sich auf die Einrede der Dürftigkeit nach § 1990 Abs. 1 BGB zu berufen, wenn der Pflichtteilsberechtigte anbietet, die Notarkosten zu übernehmen und im Voraus direkt an den Notar zu entrichten. (Leitsatz der Schriftleitung)**

SACHVERHALT:

1 I. Der Kläger macht als Pflichtteilsberechtigter im Wege der Stufenklage Ansprüche gegen die Beklagte als Erbin geltend. Die Beklagte ist die Ehefrau des Erblassers, der Kläger ein Sohn. Mit Erbvertrag setzten der Erblasser und die Beklagte sich gegenseitig als Alleinerben nach dem Tod des Erstversterbenden und als Schlusserven den anderen Sohn der Beklagten und dessen Tochter ein. Die Beklagte übersandte dem Kläger ein Nachlassverzeichnis mit Belegen und erteilte weitere Auskünfte über den Nachlass.

2 Der Kläger behauptet, die erteilten Auskünfte seien lückenhaft.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

14 2.1. Dem Kläger steht ein Anspruch auf Erteilung eines notariellen Verzeichnisses aus § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB zu.

15 2.1.1. Der Kläger ist unstreitig Pflichtteilsberechtigter, die Beklagte die Alleinerbin.

16 2.1.2. Das Verlangen des Klägers ist nicht rechtsmissbräuchlich.

17 2.1.2.1. Der Anspruch des Pflichtteilsberechtigten auf Vorlage eines notariellen Verzeichnisses wird nicht dadurch berührt, dass der Erbe bereits ein privates Verzeichnis vorgelegt hat. Vielmehr kann der Pflichtteilsberechtigte die Ansprüche auf Erteilung eines privaten und eines notariellen Verzeichnisses neben- oder hintereinander geltend machen (BGH, NJW 1961, 602, 604; OLG Karlsruhe, NJW-RR 2007, 881 f.; BeckOK-BGB/*Müller*, Stand: 1.8.2016, § 2314 Rdnr. 22; Palandt/*Weidlich*, 76. Aufl., § 2314 Rdnr. 7). Das Verlangen nach einem notariell aufgenommenen Verzeichnis ist auch nicht rechtsmissbräuchlich, wenn zuvor ein privates Verzeichnis vorgelegt wurde. Denn dem notariell aufgenommenen Verzeichnis kommt eine größere Richtigkeitsgarantie zu (BGH, NJW 1961, 602, 604; OLG Karlsruhe, NJW-RR 2007, 881 f.; BeckOK-BGB/*Müller*, § 2314 Rdnr. 23). Der Notar ist für dessen Inhalt verantwortlich, hat den Verpflichteten zu belehren und ist in gewissem Umfang zur Vornahme eigener Ermittlungen und Überprüfung der Richtigkeit der Angaben des Erben verpflichtet (BGH, NJW 1961, 602, 604; OLG Karlsruhe, NJW-RR 2007, 881, 882; OLG Koblenz, NJW 2014, 1972 f.; BeckOK-BGB/*Müller*, § 2314 Rdnr. 23). Je nach Einzelfall hat der Notar beispielsweise das Grundbuch einzusehen und ggf. Bankunterlagen anzufordern (OLG Koblenz, NJW 2014, 1972 f.; Palandt/*Weidlich*, § 2314 Rdnr. 7).

18 Nur in besonderen Einzelfällen kann dem Anspruch aus § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB, wie jedem anderen Anspruch auch, der Einwand des Rechtsmissbrauchs oder der Schikane entgegenstehen, wobei ein strenger Maßstab anzulegen ist (BGH, NJW 1961, 602, 604; *Stenzel*, ZJS 2014, 110, 114).

19 2.1.2.2. Unter Anwendung dieser Grundsätze ist das Verlangen des Klägers nicht rechtsmissbräuchlich:

20 Wie oben dargelegt, schließt allein die Vorlage eines privatschriftlichen Nachlassverzeichnisses nebst ergänzenden Auskünften durch die Beklagte den Anspruch des Klägers nicht aus und macht sein Begehren auch nicht rechtsmissbräuchlich. Besondere Umstände, die zu einem anderen Ergebnis führten, liegen nicht vor. Zwar ist die Beklagte bereits betagt und nach ihrem Vortrag krank und die Parteien sind seit Langem verstritten. Dies lässt die Klage aber nicht rechtsmissbräuchlich erscheinen. Dass der Kläger für das notariell aufgenommene Verzeichnis keinerlei Verwendung hätte und es aus überwiegend pflichtteilsfremden Gründen einforderte, ist nicht ersichtlich. Selbst wenn der Kläger die Vermögensverhältnisse des Erblassers im Jahr 2003 „bestens“ gekannt hätte, ließe sich daraus nicht folgern, dass der Kläger den genauen Bestand des Nachlasses 2014 kannte. Insbesondere ist zwischen den Parteien unstreitig, dass der Kläger seit vielen Jahren keinen Kontakt mehr zum Erblasser hatte.

21 2.2. Die Beklagte kann sich vorliegend nach Treu und Glauben, § 242 BGB, nicht auf die Dürftigkeit des Nachlasses berufen.

22 2.2.1. Grundsätzlich kann der Erbe die Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses dann verweigern, wenn ein Aktivnachlass, aus dem die Kosten für den Notar entnommen werden können, nicht vorhanden ist. Die Aufnahme des notariellen Nachlassverzeichnisses kann nicht unerhebliche Kosten verursachen. Nach § 2314 Abs. 2 BGB fallen die Kosten des notariellen Verzeichnisses dem Nachlass zur Last. Ist ein Aktivnachlass nicht vorhanden, hätte letztlich der Erbe diese Kosten aus seinem Privatvermögen aufzubringen. Dies spricht dafür, entsprechend § 1990 Abs. 1 Satz 1 BGB dem Erben die Möglichkeit zu eröffnen, bei Dürftigkeit des Nachlasses die Erholung eines notariellen Nachlassverzeichnisses zu verweigern (OLG Schleswig, ZEV 2011, 31; OLG München, Beschluss vom 17.6.2013, 20 U 2127/13, juris Rdnr. 5; Staudinger/Otte, Neub. 2015, § 2314 Rdnr. 105; Palandt/Weidlich, § 2314 Rdnr. 18). Entsprechendes hat der BGH bereits für den Wertermittlungsanspruch nach § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB angenommen (BGH, Urteil vom 19.4.1989, IVa ZR 85/88, juris Rdnr. 8). Dabei verkennt der Senat nicht, dass der Anspruch auf ein notarielles Verzeichnis für den Pflichtteilsberechtigten elementarer sein kann als der Wertermittlungsanspruch, bei dem der Pflichtteilsberechtigte von der Zugehörigkeit der zu bewertenden Sache zum Nachlass ohnehin schon Kenntnis hat. Dennoch wird der Pflichtteilsberechtigte nicht ganz schutzlos gestellt. Ihm verbleibt jedenfalls die Möglichkeit, eine private Auskunft nach § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB und ggf. eidesstattliche Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Auskunft vom Erben zu verlangen (OLG Schleswig, ZEV 2011, 31).

23 2.2.2. Ausgehend hiervon könnte die Beklagte grundsätzlich die Erteilung eines notariellen Nachlassverzeichnisses verweigern, sofern – wie von ihr behauptet – der Nachlass dürftig wäre. Den Nachweis der Dürftigkeit hat die Beklagte zu führen (Palandt/Weidlich, § 1990 Rdnr. 2). Indessen kann vorliegend dahingestellt bleiben, ob tatsächlich der Nachlass überschuldet und kein Aktivnachlass vorhanden ist, wie die Beklagte behauptet. Aufgrund der Besonderheiten des vorliegenden Falls ist es der Beklagten nach § 242 BGB verwehrt, sich auf die Einrede der Dürftigkeit nach § 1990 Abs. 1 BGB zu berufen.

24 Der Kläger hat der Beklagten mehrfach ausdrücklich angeboten, die gesetzlich anfallenden Notarkosten zu übernehmen. Darüber hinaus hat der Kläger sogar angeboten, die gesetzlich anfallenden Gebühren im Voraus direkt an den Notar zu entrichten. Nachvollziehbare Gründe, weshalb die Beklagte sich dennoch unter Berufung auf die Dürftigkeit des Nachlasses einer notariellen Aufnahme verweigert, hat sie nicht dargetan und sind auch nicht ersichtlich. Zwar verweist die Beklagte zu Recht darauf, dass sie, wenn sie das Notariat beauftragt, Kostenschuldnerin bleibt. Das Risiko, selbst Gebühren an den Notar zahlen und anschließend gegen den Kläger klageweise geltend machen zu müssen, besteht damit grundsätzlich. Jedoch wird dieses Risiko deutlich verringert, da sich der Kläger bereit erklärt hat, die Kosten im Voraus direkt an das Notariat zu überweisen. Letztlich verbleibt damit nur die Gefahr, dass seitens des Notariats eine Nachforderung gegenüber dem Vorschuss erhoben wird. Dies wäre aber im Wesentlichen dann zu befürchten, wenn sich bei Aufnahme des notariellen Nachlassverzeichnisses ergäbe, dass der Nachlass erheblich umfangreicher und werthaltiger wäre als

von der Beklagten bislang angegeben. Da die Beklagte behauptet, den Nachlass bereits wahrheitsgemäß und vollständig angeführt zu haben und zu diesem auch keine Gegenstände gehören, über deren Wert erhebliche Unklarheit herrscht – wie etwa bei Grundstücken –, erscheint ausgehend vom eigenen Vortrag der Beklagten im hiesigen Verfahren das Risiko erheblicher Nachschussforderungen des Notars gering.

25 Die Argumentation der Beklagten, es lasse sich im Vorhinein nicht beurteilen, welche Gebühren anfallen werden, erschließt sich nicht. Die Beklagte hat selbst ein Schreiben des Notars vorgelegt, in dem dieser genau ausführt, welche konkreten Gebühren für die Erstellung des notariellen Verzeichnisses anfallen. Zudem ist aus diesem Schreiben auch zu ersehen, dass die Gebühren keinen allzu hohen Umfang erreichen. Selbst ausgehend von einem – vom Kläger behaupteten und von der Beklagten bestrittenen – Geschäftswert von 75.000 € beliefen sich die Gebühren nur auf knapp 600 €.

26 Ob der vom LG und zum Teil in der Literatur (vgl. Stenzel, ZJS 2014, 110, 115, Kuhn/Trape, ZEV 2011, 347, 349; a. A. LG Amberg, Urteil vom 17.12.2015, 12 O 297/15, juris Rdnr. 92 ff.) vertretene Ansicht, der Pflichtteilsberechtigte habe generell bei Dürftigkeit des Nachlasses einen Anspruch auf Erstellung eines Nachlassverzeichnisses auf seine Kosten, zu folgen ist, kann vorliegend dahingestellt bleiben.

(...)

19. Pflicht zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs bei Leistungsbezug nach dem SGB II

SG Mainz, Urteil vom 23.8.2016, S 4 AS 921/15

BGB § 2303 Abs. 1 Satz 2

SGB II § 9 Abs. 4, §§ 11, 12 Abs. 2, § 24 Abs. 5

LEITSATZ:

Die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs stellt im Falle eines Berliner Testaments der Eltern wegen der drohenden schwerwiegenden familiären Konfliktsituation zwar regelmäßig eine besondere Härte i. S. v. § 12 Abs. 3 Nr. 6 Alt. 2 SGB II dar. Ist im Nachlass aber ausreichend Barvermögen zur Auszahlung des Pflichtteilsanspruchs vorhanden, scheidet eine besondere Härte im Regelfall aus, sofern nicht die Auszahlung dazu führt, dass der überlebende Elternteil ohne Beleihung oder Veräußerung eines Grundstücks seine finanziellen Verpflichtungen in unmittelbarer zeitlicher Nähe nicht mehr vollumfänglich erfüllen kann. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

1 Die Beteiligten streiten darüber, ob der Kläger im Zeitraum von Juli bis Dezember 2015 einen Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II hatte.

2 Der Kläger steht im Leistungsbezug des Beklagten. Er ist alleinstehend und erzielt Einkommen in monatlich unterschiedlicher Höhe aus

einer selbstständigen Tätigkeit als Inhaber einer mobilen Musikschule. Er wohnt zur Miete in einem von zwei Häusern auf einem Grundstück in W, das bis April 2015 im Eigentum seines Vaters und seiner Mutter stand. Der Kläger hat einen Bruder, der jedoch nicht auf diesem Grundstück wohnt und auch nicht im Leistungsbezug des Beklagten oder eines anderen Jobcenters steht.

3 Mit Bescheid vom 7.11.2014 wurden dem Kläger für den – noch nicht streitgegenständlichen – Zeitraum vom 1.1.2015 bis 30.6.2015 Leistungen in vorläufiger Höhe von monatlich 620,39 € bewilligt. (...)

4 Am (...) 2015 starb der Vater des Klägers. Der Beklagte schrieb aus diesem Grund sowohl das Nachlassgericht als auch den Kläger selbst an und erfragte, wer Erbe des Verstorbenen sei und was zur Erbmasse gehören würde.

5 Mit Schreiben vom 15.5.2015 stellte der Kläger beim Beklagten einen Weiterbewilligungsantrag für das zweite Halbjahr 2015. Als Anlage legte er dem Beklagten unter anderem eine Kopie des von seinen Eltern im Jahr 1990 notariell verfassten „Berliner Testaments“ vor. Im Erbvertrag heißt es:

„Wir setzen uns gegenseitig, der Erstversterbende den Längstlebenden, zum alleinigen und unbeschränkten Erben ein. (...) Nach dem Tod des Längstlebenden von uns berufen wir als Erben auf dessen alsdann vorhandenen Nachlass unsere gemeinschaftlichen Kinder zu je ein halb.“

6 Außerdem vereinbarten die Eltern:

„Falls einer unserer Abkömmlinge nach dem Tod des Erstversterbenden den Pflichtteil verlangt, wird er mit seinen Nachkommen von der Erbfolge nach dem Längstlebenden sowie von jeder Zuwendung von Todes wegen ausgeschlossen. In diesem Fall sind sämtliche für ihn (...) geleisteten Aufwendungen und Ausgaben sowie die bereits übertragenen Vermögenswerte auf den Pflichtteil anzurechnen, soweit dies gesetzlich zulässig ist.“

7 Der Beklagte forderte beim FA und beim Kläger unter anderem eine Auskunft über die Höhe des Nachlasswertes an. Der Kläger wurde weiter um Mitteilung gebeten, ob er seinen Pflichtteilsanspruch geltend machen werde. Jener sprach beim Beklagten vor und teilte mit, dass er der Ansicht sei, dass der Beklagte dies von ihm nicht verlangen könne. Es liege eine besondere Härte vor, denn bei seiner über 80 Jahre alten Mutter sei die Pflegestufe II und eine Schwerbehinderung festgestellt. Die Mutter müsse jeden Monat einen hohen Betrag für Pflegedienste zahlen. Im Übrigen würde sein Bruder erhebliche finanzielle Vorteile haben, wenn er – der Kläger – seinen Pflichtteil einfordere. Schließlich sei das Testament noch nicht eröffnet, der Wert der Grundstücke lasse sich bislang nur schätzen und die Höhe des zum Nachlass gehörenden Barvermögens sei ihm nicht bekannt. Der Kläger wurde vom Beklagten in diesem Gespräch jedoch darüber informiert, dass man seinen Erbsanspruch ab dem 1.7.2015 als Vermögen berücksichtigten werde. Aufgrund der ungeklärten Vermögenslage könnten ab jenem Zeitpunkt nur noch darlehensweise Leistungen gewährt werden.

8 Der mittlerweile anwaltlich vertretene Kläger ließ mitteilen, dass er weitere Unterlagen angefordert habe, er könne jedoch bereits jetzt sagen, dass zum Nachlass ein hälftiger Anteil an dem bebauten Grundstück in W, ein hälftiger Anteil eines Ackerlandes und ein Geldvermögen i. H. v. 80.000 € gehören würde. Ihm stehe zwar ein Pflichtteilsanspruch i. H. v. $\frac{1}{8}$ zu; aufgrund der Pflichtteilsstrafklausel im Testament sei ihm die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs jedoch unzumutbar. Der Beklagte wies den Kläger sodann darauf hin, dass sein Vermögensfreibetrag gemäß § 12 Abs. 2 SGB II sich auf 9.450 € belaufe, und dass bereits $\frac{1}{8}$ des erwähnten Barvermögens – also ohne Berücksichtigung des bebauten Grundstücks und des Ackerlands – diesen Betrag übersteige. Da die Realisierung des Pflichtteilsanspruchs jedoch erkennbar Zeit in Anspruch nehmen würde, sei man weiterhin bereit, dem Kläger zumindest darlehensweise Leistungen zu gewähren.

9 Mit Schreiben vom 24.6.2015 forderte der Beklagte den Kläger sodann ausdrücklich dazu auf, den Pflichtteilsanspruch geltend zu

machen. Er solle bis zum 31.7.2015 hierüber einen Nachweis vorlegen.

10 Ebenfalls am 24.6.2015 erging ein Bewilligungsbescheid in Form eines „Darlehensbescheids“ über einen Betrag in Höhe von monatlich 664,79 € für den Zeitraum Juli 2015 bis Dezember 2015. (...)

11 Am 6.7.2015 ergänzte der Kläger unter anderem, dass die Nachlassverbindlichkeiten insgesamt 7.612,01 € betragen hätten und dass eine Verwertung des Ackergrundstücks nicht möglich sei, da ein Pachtvertrag mit längerer Laufzeit abgeschlossen sei. Auf den zum Nachlass gehörenden Konten seien 81.909 €.

12 Am 6.7.2015 hat der Kläger sowohl gegen den Bescheid, in dem er zur Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs aufgefordert wurde, als auch gegen den Darlehensbescheid vom 24.6.2015 Widerspruch eingelegt. Er war der Ansicht, dass erst dann darüber entschieden werden könne, ob ihm die Inanspruchnahme des Pflichtteils zumutbar sei, wenn die genaue Höhe des Nachlasses ermittelt sei. Der Wert des Grundbesitzes sei jedoch noch nicht abschließend geklärt. Ein katasteramtliches Gutachten sei abzuwarten.

(...)

13 Am 28.8.2015 teilte das FA dem Beklagten den Wert des Nachlasses wie folgt mit:

- Bankguthaben: 82.488 €
- (...)
- Einheitswert des Grundvermögens in W: 3.221 €
- Einheitswert des land- und forstwirtschaftlichen Grundvermögens: 5.777 €

14 Der Beklagte brachte sodann das Widerspruchsverfahren hinsichtlich der Mitwirkungsaufforderung zum Ruhen, um zuerst die Ermittlung des Verkehrswertes des Hausgrundstücks in W durch das Vermessungs- und Katasteramt abzuwarten. Den Widerspruch gegen die nur darlehensweise Leistungsgewährung wies er jedoch durch Widerspruchsbescheid als unbegründet zurück. Zur Begründung wurde ausgeführt, dass dem Kläger als gesetzlichem Erben mit dem Tod des Vaters ein Pflichtteilsanspruch gemäß § 2303 BGB gegenüber seiner Mutter zustehe. Dieser Anspruch stelle Vermögen gemäß § 12 SGB II dar. Erst mit der (zukünftigen) Auszahlung handele es sich um bereite Mittel und damit um Einkommen im Sinne von § 11 SGB II. Der Verstorbene habe bereits ohne Mitberücksichtigung des Hausgrundstücks in W jedoch einen Nachlass im Wert von mindestens 123.435,40 € hinterlassen. Hierbei wurden im Einzelnen berücksichtigt:

- Barvermögen i. H. v. 82.495 €
 - Anteil an der Landwirtschaftsfläche i. H. v. 19.806,40 €
- (...)

15 Der Verkehrswert des Hausgrundstücks werde aktuell noch ermittelt; den Wert der landwirtschaftlichen Fläche habe der Beklagte aufgrund der Größe des Grundstücks und der einschlägigen generalisierten Bodenrichtwerte berechnet. Unter Berücksichtigung der Nachlassverbindlichkeiten i. H. v. 7.637,78 € würde nach bisheriger Berechnung ein Nachlass von mindestens 115.797,62 € verbleiben. Der Pflichtteilsanspruch des Klägers betrage hiervon $\frac{1}{8}$, mithin mindestens 14.474 €. Hierbei handele es sich um grundsätzlich verwertbares Vermögen des Klägers, das auch die Summe seiner Vermögensfreibeträge nach § 12 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 4 SGB II in Höhe von insgesamt 9.450 € übersteige. Es sei dem Kläger schließlich auch zuzumuten, seinen Anspruch auf Herauszahlung des Pflichtteils gegenüber seiner Mutter durchzusetzen. Zum einen liege im Verhältnis zu einem zukünftigen Erbsanspruch keine offensichtliche Unwirtschaftlichkeit vor, da nicht feststehe, in welcher Höhe ein Anspruch zu erwarten sei. Zum anderen würde auch keine besondere Härte vorliegen, denn die Realisierung des Pflichtteils führe nicht zu einer unzumutbaren wirtschaftlichen Belastung der begünstigten Mutter. Dies könnte zum Beispiel der Fall sein, wenn die Geltendmachung des Pflichtteils notwendig zu einer Veräußerung des Hausgrundstücks führen würde. Vorliegend sei jedoch ausreichend Barvermögen

zur Auszahlung vorhanden. Da eine sofortige Verwertung des Anspruchs nicht möglich sei, müsse der Kläger gemäß § 9 Abs. 4 SGB II dennoch als hilfebedürftig angesehen werden und ihm seien nach § 24 Abs. 5 SGB II Leistungen zumindest als Darlehen zu erbringen.

16 Am 15.12.2015 ist eine gutachtliche Stellungnahme vorgelegt worden, die den Wert des Hausgrundstücks mit 75.000 € bestimmt. (...)

17 Der Beklagte hat dem Kläger mit Bescheid vom 9.12.2015 auch für das 1. Halbjahr 2016 Leistungen in vorläufiger Höhe als Darlehen bewilligt. Der gegen diese Verwaltungsentscheidung vom Kläger eingelegte Widerspruch ist zum Ruhen gebracht worden.

18 Im Rahmen des Widerspruchsverfahrens gegen die Mitwirkungsaufforderung hat der Beklagte am 12.4.2016 intern ausgeführt, dass der Pflichtteil des Klägers unter Berücksichtigung des nunmehr geklärten Wertes des Hausgrundstücks sogar 19.130 € betrage. Auf dieser Basis könne nunmehr eine hinreichend bestimmte neue Aufforderung zur Inanspruchnahme des Pflichtteils ergehen. Hierbei sei die sofortige Vollziehung dieser Entscheidung anzuordnen. Vor der Änderung der Aufforderung zur Mitwirkung wurde der Kläger zunächst angehört. (...) Mit Schreiben vom 7.6.2016 erfolgte sodann die geänderte Aufforderung zur Mitwirkung bzw. Geltendmachung des Pflichtteils, verbunden mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung. In dem hiergegen erhobenen Eilantrag hat die Kammer entschieden, dass die Anordnung des Sofortvollzugs ins Leere gehe, da kein Verwaltungsakt vorliege (Beschluss vom 16.6.2016, S 4 AS 499/16 ER).

19 Mit der bereits am 29.9.2015 beim SG Mainz eingegangenen Klage, gerichtet gegen den Widerspruchsbescheid vom 31.8.2015, verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

20 Er ist der Auffassung, dass er in den Monaten Juli bis Dezember 2015 einen Anspruch auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nicht lediglich als Darlehen, sondern als endgültig bei ihm verbleibende Zahlung besitze. Die mit dem Pflichtteilsanspruch verbundenen Zahlungen könnten von seiner Mutter aufgrund ihrer persönlichen Situation nicht geleistet werden. Bei seiner Mutter handele es sich um eine über achtzigjährige Frau mit schweren Erkrankungen wie Epilepsie und Diabetes. Da sie trotz eines Grades der Behinderung in Höhe von 100 und der Pflegestufe II nicht in ein Alten- oder Pflegeheim umziehen möchte, müsse es ihr möglich sein, mittelfristig ihr Leben zu Hause bzw. die monatlichen finanziellen Belastungen planen zu können. Sie habe monatlich Aufwendungen i. H. v. 1.258,61 €, mithin einen jährlichen Bedarf i. H. v. 15.000 €, den sie nicht durch ihr Einkommen decken könne. Dies bedeute, dass ihre finanziellen Reserven nach drei bis vier Jahren aufgebraucht wären, wobei zusätzliche einmalige finanzielle Belastungen nicht ausgeschlossen werden könnten. In der mündlichen Verhandlung hat er diesbezüglich konkret ausgeführt, dass die Mittel seiner Mutter für den Zeitraum bis zum Erreichen ihrer statistischen Lebenserwartung ausreichen würden, falls er seinen Pflichtteil nicht geltend mache.

21 Würde er den Pflichtteil geltend machen, würde nicht nur dieser Zeitpunkt nach vorne verlegt, sondern es werde auch der testamentarische Wille der Eltern nicht mehr umgesetzt; außerdem sei eine spätere Benachteiligung gegenüber seinem Bruder wahrscheinlich. Wenn sein Bruder dann ebenfalls seinen Pflichtteil geltend machen würde, müsste die Mutter 48 % ihres geldwerten Vermögens ausgeben. Aber selbst wenn nur der Kläger diesen Anspruch geltend machen würde, wären es 24 %. Dies stelle eine finanzielle Härte dar.

22 Die Härte, die die Geltendmachung des Pflichtteils für die Mutter des Klägers bedeuten würde, müsse auch beim Kläger berücksichtigt werden. Er habe unüberwindbare moralische Skrupel, den Pflichtteil zu verlangen. Die Mutter habe bereits mitgeteilt, dass sie die Auszahlung erst einmal verweigern würde, was zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung führen würde.

23 Der Beklagte müsse im Übrigen berücksichtigen, dass der Pachtvertrag über das Ackerland es verhindere, dass die landwirtschaftlichen Flächen in den nächsten Jahren an andere Interessenten

veräußert werden. Auch das Hausgrundstück könne nicht verwertet werden, die Aufnahme einer Hypothek wäre unwirtschaftlich.

(...)

25 Der Beklagte hält die Entscheidung weiterhin für rechtmäßig.

26 Eine Berücksichtigung des Anspruchs auf den Pflichtteil als Vermögen sei zu Recht erfolgt, da eine Verwertung innerhalb von sechs Monaten möglich gewesen sei.

27 Im Übrigen stelle die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs auch keine besondere Härte dar. Die Ausführungen des Klägers zu dem voraussichtlichen Bedarf der Mutter wären nicht maßgeblich. Es sei nicht vorhersehbar, wie lange die Mutter des Klägers noch leben werde; ggf. werde sie auch ohne die Herauszahlung des Pflichtteilsanspruchs in wenigen Jahren nicht mehr ihren Bedarf decken können. Für die Prüfung der besonderen Härte sei im Übrigen auf die Verhältnisse des Klägers, nicht auf die der Mutter abzustellen. Diese verfüge über ein ausreichendes Barvermögen, aus dem der Pflichtteilsanspruch unmittelbar ausgezahlt werden könnte. In der Zukunft zu erwartende noch ungewisse Belastungen der Mutter seien nicht zu berücksichtigen. Auch die angeführte eventuelle Geltendmachung des Pflichtteils durch den Bruder sei unbeachtlich. Würde der Kläger den Pflichtteil nicht geltend machen, sei davon auszugehen, dass bei einem späteren Erbfall kein Nachlass mehr vorhanden sein dürfte. (...)

AUS DEN GRÜNDEN:

29 Die (...) Klage hat in der Sache keinen Erfolg. Die angefochtenen Bescheide sind rechtmäßig und verletzen den Kläger nicht in seinen Rechten. Er hat keinen Anspruch darauf, dass ihm im streitgegenständlichen Zeitraum (2. Halbjahr 2015) Leistungen nach dem SGB II endgültig, also nicht lediglich gemäß § 24 Abs. 5 SGB II als Darlehen bewilligt werden.

30 Der Kläger erfüllt in den Monaten Juli bis Dezember 2015 zwar alle in § 7 SGB II aufgezählten Anspruchsvoraussetzungen für den Bezug von Leistungen nach dem SGB II; „hilflos“ i. S. v. § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II ist er jedoch nur unter Berücksichtigung von § 9 Abs. 4 SGB II. Demnach ist auch derjenige als hilfebedürftig anzusehen, der zwar über Vermögen verfügt, mit dem er grundsätzlich seinen Lebensunterhalt decken kann, dem aber der sofortige Verbrauch oder die sofortige Verwertung jenes Vermögens nicht möglich ist. Solchen Hilfebedürftigen sind gemäß § 24 Abs. 5 SGB II zwar Leistungen zu gewähren, aber – unter Berücksichtigung einer innerhalb eines halben Jahres zu erwartenden Verwertung des Vermögens – nur als Darlehen.

31 Die Voraussetzungen einer Hilflosigkeit i. S. d. § 9 Abs. 4 SGB II lagen beim Kläger vor.

32 Der Kläger verfügte über berücksichtigungsfähiges Vermögen i. S. v. § 12 SGB II, mit dem er grundsätzlich in der Lage war, seinen Bedarf zu decken. Zu dem Vermögen nach § 12 SGB II zählt auch ein Pflichtteilsanspruch aus § 2303 Abs. 1 BGB. Danach kann ein Abkömmling des Erblassers, der durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen ist, von dem Erben den Pflichtteil verlangen. Der Pflichtteil besteht nach § 2303 Abs. 1 Satz 2 BGB in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils. Durch das „Berliner Testament“ der Eltern des Klägers hatten sich diese gegenseitig zu Alleinerben bestimmt und damit den Kläger und seinen Bruder von der Erbfolge nach dem Erstverstorbenen ausgeschlossen. Aus diesem Grund hat der Kläger einen Anspruch auf seinen

Pflichtteil in Höhe von $\frac{1}{9}$ des Nachlasses, der nach § 2317 Abs. 1 BGB bereits mit dem Erbfall als Vollrecht begründet ist (vgl. BSG, Urteil vom 6.5.2010, B 14 AS 2/09 R, juris Rdnr. 14).

33 Die Höhe dieses Pflichtteilsanspruchs übersteigt den Vermögensfreibetrag des Klägers i. H. v. 9.450 € deutlich. Hierbei hat die Kammer folgende Nachlassbestandteile berücksichtigt:

- Barvermögen i. H. v. 82.495 €
- die Hälfte des Hausgrundstücks mit einem Wert von 37.500 €
- die Hälfte des Ackerlandes mit einem Wert von 19.806,40 €

(...) Von der oben errechneten Summe von knapp 140.000 € sind die Nachlassverbindlichkeiten i. H. v. 7.637,78 € abzuziehen, sodass ein Betrag i. H. v. 132.163,62 € verbleibt.

34 Ein Achtel hiervon – also die Höhe des Pflichtteilsanspruchs des Klägers – beträgt 16.520,40 €. Dieser Betrag übersteigt die Vermögensfreibeträge gemäß § 12 Abs. 2 SGB II des Klägers i. H. v. zusammen 9.450 € (...) deutlich.

35 Dieser Pflichtteilsanspruch ist auch verwertbar i. S. v. § 12 Abs. 1 Satz 1 SGB II gewesen, zumindest in dem vom Beklagten in dem angefochtenen Darlehensbescheid zugrunde gelegten Zeitraum von sechs Monaten. Die Kammer geht aufgrund des den Pflichtteilsanspruch um ein Vielfaches übersteigenden Barvermögens von einer Verwertbarkeit zumindest innerhalb eines halben Jahres aus. Für die Auszahlung dieses Betrags müsste die Mutter des Klägers weder eine Beleihung noch einen (evtl. langwierigen) Verkauf ihrer Grundstücke vornehmen. Der Hinweis des Klägers, seine Mutter würde sich gegen einen Pflichtteilsanspruch wehren, steht einer Verwertbarkeit schon deshalb nicht entgegen, da ihm in diesem Fall auch die Möglichkeit offenstehen würde, seinen Pflichtteilsanspruch zu verkaufen oder zu verpfänden.

36 Eine Berücksichtigung des Pflichtteilsanspruchs scheidet schließlich auch nicht an § 12 Abs. 3 Nr. 6 SGB II. Die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs ist weder offensichtlich unwirtschaftlich noch stellt es für den Kläger eine besondere Härte dar.

37 Eine offensichtliche Unwirtschaftlichkeit im Hinblick auf die Pflichtteilsstrafklausel im „Berliner Testament“ der Eltern des Klägers scheidet bereits grundsätzlich aus, weil der Zeitpunkt des zweiten Erbfalls, mithin der Zeitpunkt des Todes der Mutter des Klägers und der Umfang der dann vorhandenen Erbmasse gänzlich ungewiss sind (vgl. BSG, a. a. O. Rdnr. 23). Es ist zum Beispiel möglich, dass aufgrund hoher und langjähriger Pflegekosten überhaupt kein Nachlass mehr vorhanden sein wird. In diesem Fall wäre vielmehr die unterlassene Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs im Rückblick als „unwirtschaftlich“ anzusehen. Mangels auch nur im Ansatz vorliegender Vergleichsmöglichkeiten kann eine Unwirtschaftlichkeit nicht begründet werden.

38 Schließlich stellt die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs auch keine besondere Härte gemäß § 12 Abs. 3 Nr. 6 Alt. 2 SGB II dar. Ob eine besondere Härte vorliegt, richtet sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls. Maßgebend sind dabei nur außergewöhnliche Umstände, die nicht durch

die ausdrücklichen gesetzlichen Freistellungen über das Schonvermögen und die Absetzbeträge nach § 12 Abs. 2 SGB II erfasst werden. Es müssen also solche Umstände vorliegen, die dem Kläger ein deutlich größeres Opfer abverlangen als eine einfache Härte und als die mit der Vermögensverwertung stets verbundenen Einschnitte. Dies ist im vorliegenden Einzelfall zu verneinen. Hinsichtlich der grundsätzlichen Maßstäbe schließt sich die Kammer den Ausführungen des BSG im bereits mehrfach zitierten Urteil vom 6.5.2010 (juris Rdnr. 28 ff.) an. Demnach können grundsätzlich auch drohende schwerwiegende familiäre Konfliktsituationen eine besondere Härte i. S. v. § 12 Abs. 3 Nr. 6 Alt. 2 SGB II begründen und – noch weitergehend – ist festzustellen, dass bei der Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs in der Situation eines Berliner Testaments eine solche Konfliktsituation regelmäßig gegeben sein dürfte. Die Eltern des Klägers haben diese Verfügung getroffen, in der Erwartung, dass die Kinder gerade nicht durch Einforderung ihres Pflichtteils das Vermögen des überlebenden Partners (hier: der Mutter des Klägers) schmälern. Diese vom Gesetz auch in § 852 Abs. 1 ZPO besonders geschützte familiäre Verbundenheit wird ganz offensichtlich durch die vom Kläger geforderte Handlung unterlaufen. Dies führt jedoch nach den überzeugenden Ausführungen des BSG nicht dazu, dass in jedem Fall eines Berliner Testaments von einer besonderen Härte hinsichtlich des Pflichtteilsanspruchs auszugehen wäre. Tatsächlich liegt beim Kläger die vom BSG als Gegenbeispiel erwähnte Konstellation vor: Soweit nämlich ausreichend Barvermögen zur Auszahlung des Pflichtteilsanspruchs zur Verfügung steht, scheidet eine besondere Härte sogar im Regelfall aus. Es ist nicht nachvollziehbar, warum die Geltendmachung des Anspruchs bei tatsächlich bestehender Hilfebedürftigkeit des Pflichtteilsberechtigten innerhalb eines intakten Familienverbandes als „Affront“ empfunden werden sollte, wenn der Betrag als Barvermögen unmittelbar verfügbar ist.

39 Die vom BSG weiter ausdrücklich angesprochenen „besonderen Umstände“, die trotz ausreichendem Barvermögen (quasi als Ausnahme von der Ausnahme) eine besondere Härte begründen könnten, vermag die Kammer unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls vorliegend nicht zu erkennen. Dies insbesondere nicht aufgrund der finanziellen Situation der Mutter bzw. dem Verhältnis der Höhe des vorhandenen Barvermögens zur Höhe des Pflichtteilsanspruchs. Die finanzielle Situation der Mutter lässt es erwarten (bzw. ließ es Mitte 2015 erwarten), dass sie trotz einer Auszahlung des Anspruchs an ihren Sohn noch mehrere Jahre ihren finanziellen Verpflichtungen vollumfänglich nachkommen kann, ohne eines ihrer Grundstücke zu beleihen oder zu verkaufen. Ein besonderer Umstand, der eine besondere Härte begründen könnte, würde zur Überzeugung der Kammer aber erst dann vorliegen, wenn Letzteres unmittelbar oder zumindest in unmittelbarer zeitlicher Nähe drohen würde. Der Zeitrahmen von mindestens drei bis vier Jahren ist deutlich zu lange, um aktuell bzw. Mitte 2015 von einer besonderen Härte ausgehen zu können. In diesem Zeitrahmen können sehr viele Ereignisse erfolgen, die sich wesentlich auf die finanziellen Verhältnisse auswirken. Da sich somit die finanzielle Situation des Klägers und seiner Mutter bis dahin noch grundsätzlich verändern kann, sowohl negativ wie auch positiv, ist eine belastbare Pro-

gnose nicht möglich. Dies erscheint aber zwingend nötig, um aktuell eine besondere Härte begründen zu können. Dem Hinweis des Klägers auf die statistische Lebenserwartung seiner Mutter kann sich die Kammer in diesem Zusammenhang nicht anschließen, da es sich auch hierbei nur um eine abstrakte Berechnungsgröße handelt. Die finanziellen Verhältnisse der Mutter im Verhältnis zur Höhe des im Streit stehenden Pflichtteilsanspruchs lassen es somit nicht zu, trotz Barvermögen von einer besonderen Härte auszugehen.

40 Besondere Umstände können nach Ansicht des BSG aber auch dann vorliegen, wenn „besondere Belastungen“ für den Familienverband zu erwarten sind. Dies kann vorliegend jedoch ebenfalls nicht festgestellt werden. Der Kläger hat vorgebracht, seine Mutter habe bereits erklärt, dem Anspruch nicht ohne (gerichtlichen) Druck nachkommen zu wollen. Selbst wenn die Mutter diese Ankündigung wahr machen würde, bedeutet dies aber nicht eine besondere emotionale Belastung für die Familie. Erkennbar würde der Kläger seinen Pflichtteilsanspruch nicht aus freien Stücken geltend machen, mithin würde er sich gerade nicht bewusst gegen die Planung seiner Eltern stellen, sondern offensichtlich aus finanzieller Not und unter dem Druck des Beklagten bzw. des SGB II. Es ist zu erwarten, dass dies auch für die Mutter des Klägers erkennbar ist und somit eine gerichtliche Auseinandersetzung nicht zwingend auch zu einem emotionalen Zerwürfnis der Familienmitglieder führen muss. Die Frage, ob der Bruder des Klägers dann ebenfalls seinen Pflichtteilsanspruch geltend machen würde, ist im Übrigen völlig offen. Er steht nicht im Leistungsbezug und er würde in diesem Fall ebenfalls von einem späteren Nachlass ausgeschlossen werden. Dies spricht gegen die Erwartung, dass auch er seinen Anspruch geltend machen würde.

41 Da auch sonst keine besonderen Umstände zu erkennen sind, stellte es aufgrund des vorhandenen Barvermögens von ungefähr 80.000 € (Stand Mitte 2015) keine besondere Härte i. S. v. § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 SGB II für den Kläger dar, seinen Pflichtteilsanspruch geltend zu machen.

42 Nach alledem stellt der Pflichtteilsanspruch zu berücksichtigendes Vermögen des Klägers dar, das zwar nicht unmittelbar, aber noch im zweiten Halbjahr 2015 verwertbar gewesen wäre. Die Voraussetzungen der §§ 9 Abs. 4, 24 Abs. 5 SGB II lagen vor. Der Beklagte hat dem Kläger rechtmäßig Leistungen lediglich als Darlehen gewährt.

(...)

HINWEIS DER SCHRIFTFLEITUNG:

Siehe hierzu den Beitrag von **Pfliederer**, MittBayNot 2018, 196 (in diesem Heft).

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

20. Beitritt zu einer Publikumsgesellschaft

BGH, Beschluss vom 7.11.2017, II ZR 127/16 (Vorinstanz: OLG Bremen, Urteil vom 22.4.2016, 2 U 114/15)

BGB § 305c Abs. 2

LEITSATZ:

Für den einer Publikumspersonengesellschaft beitretenden Gesellschafter müssen sich die mit dem Beitritt verbundenen, nicht unmittelbar aus dem Gesetz folgenden Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag klar ergeben.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Zur Begründung wird auf den Hinweisbeschluss des Senats vom 11.7.2017 Bezug genommen. Die Stellungnahme der Klägerin vom 2.10.2017 gibt zu einer abweichenden Beurteilung in der Sache keinen Anlass.

2 I. Entgegen der Auffassung der Revision liegt kein Zulassungsgrund vor. Klärungsbedürftige Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Rückforderung gewinnunabhängiger Auszahlungen an Kommanditisten hat der erkennende Senat – wie bereits ausgeführt – geklärt (BGH, Urteil vom 12.3.2013, II ZR 73/11, ZIP 2013, 1222). Vorliegend geht es nur noch um die Anwendung dieser Grundsätze auf den konkreten Einzelfall. Weitere klärungsbedürftige Rechtsfragen stellen sich nicht. Die Rechtssache erlangt nicht dadurch grundsätzliche Bedeutung, dass eine nicht näher erläuterte „große Vielzahl“ von Fondsgesellschaften betroffen ist und der Begriff des „Verlustsonderkontos“ nicht ausschließlich von der Klägerin und ihren Schwestergesellschaften verwendet wird. Von der Revision angeführte behauptete Fehler anderer OLG bei der Auslegung von Gesellschaftsverträgen rechtfertigen die Zulassung im vorliegenden Rechtsstreit ebenfalls nicht. Zulassungsrelevante Rechtsfehler des Berufungsgerichts bei der Auslegung des Gesellschaftsvertrags der KG MS „S“ GmbH & Co (im Folgenden: Fondsgesellschaft) zeigt die Revision nicht auf. Sie sind auch nicht ersichtlich.

3 II. Zu Recht hat das Berufungsgericht einen Anspruch der Fondsgesellschaft auf Rückzahlung von an die Kommanditisten geleisteten Auszahlungen verneint. Die Auslegung des Berufungsgerichts, durch die gewinnunabhängigen Ausschüttungen aus der Liquidität an die Gesellschafter würden keine Darlehensverbindlichkeiten der Gesellschafter begründet, ist auch unter Berücksichtigung der neuerlichen Einwendungen der Revision aus revisionsrechtlicher Sicht für den vorliegend zu beurteilenden Gesellschaftsvertrag nicht zu beanstanden.

4 1. Es ist nicht erforderlich, dass die für den Streitfall relevanten Regelungen des Gesellschaftsvertrags der Klägerin mehrere vertretbare Auslegungsmöglichkeiten zulassen.

5 a) Die Revision weist allerdings zu Recht darauf hin, dass unklar gemäß § 305c Abs. 2 BGB (nur) Klauseln sind, bei de-

nen nach Ausschöpfung der in Betracht kommenden Auslegungsmethoden ein nicht behebbarer Zweifel verbleibt und mindestens zwei unterschiedliche Auslegungen vertretbar sind (vgl. BGH, Urteil vom 14.6.2017, IV ZR 161/16, NJW-RR 2017, 992 Rdnr. 12 m. w. N.). Außer Betracht bleiben dabei solche Verständnismöglichkeiten, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fernliegend und nicht ernstlich in Erwägung zu ziehen sind (vgl. BGH, Urteil vom 20.7.2017, VII ZR 259/16, NJW 2017, 2762 Rdnr. 19 m. w. N.).

6 Es muss nicht geklärt werden, inwieweit diese Grundsätze bei der Auslegung von Gesellschaftsverträgen von Publikums-gesellschaften, bei denen der Senat sich unter anderem an dem Rechtsgedanken des § 305c Abs. 2 BGB orientiert (vgl. BGH, Urteil vom 16.2.2016, II ZR 348/14, ZIP 2016, 518 Rdnr. 14; Urteil vom 12.3.2013, II ZR 73/11, ZIP 2013, 1222 Rdnr. 14), Anwendung finden. Die Revision verkennt, dass sich die Rückforderung von Ausschüttungen aus der Liquidität, zu deren Rückzahlung der Kommanditist von Gesetzes wegen nicht verpflichtet ist und die daher einer gesellschaftsvertraglichen Grundlage bedarf (vgl. BGH, Urteil vom 12.3.2013, II ZR 73/11, ZIP 2013, 1222 Rdnr. 8 ff.), an einem anderen Grundsatz der Rechtsprechung des Senats messen lassen muss, der unabhängig von der Auslegungsregel des § 305c Abs. 2 BGB Geltung beansprucht. Danach müssen sich für den einer Publikumspersonengesellschaft beitretenden Gesellschafter die mit dem Beitritt verbundenen, nicht unmittelbar aus dem Gesetz folgenden Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrag klar ergeben (vgl. BGH, Urteil vom 16.2.2016, II ZR 348/14, ZIP 2016, 518 Rdnr. 15; Urteil vom 12.3.2013, II ZR 73/11, ZIP 2013, 1222 Rdnr. 14), weil die erst nach Abschluss des Gesellschaftsvertrags beitretenden Gesellschafter in ihrem Vertrauen darauf geschützt werden müssen, nur solche Leistungen erbringen zu müssen, die dem Vertragstext unmissverständlich zu entnehmen sind (BGH, Beschluss vom 27.6.2016, II ZR 63/15, juris Rdnr. 9; Urteil vom 16.2.2016, II ZR 348/14, ZIP 2016, 518 Rdnr. 15; vgl. bereits BGH, Urteil vom 30.4.1979, II ZR 57/78, WM 1979, 672). Lässt sich ein von der Gesellschaft behaupteter Anspruch dem Gesellschaftsvertrag durch Auslegung nicht positiv entnehmen, weil der Gesellschaftsvertrag insoweit missverständlich oder unklar ist, bedarf es zur Anspruchsverneinung nicht noch der Feststellung eines vertretbaren Auslegungsergebnisses (vgl. OLG Köln, Urteil vom 3.11.2016, 18 U 80/16, juris Rdnr. 49).

7 b) Dem Gesellschaftsvertrag der Fondsgesellschaft (im Folgenden: GV) lässt sich nicht klar und unmissverständlich entnehmen, dass die an die Kommanditisten bewirkten gewinnunabhängigen Ausschüttungen aus der Liquidität diesen als Darlehen der Fondsgesellschaft zur Verfügung gestellt worden sind.

8 Die Gesamtregelung ist unter anderem deshalb unklar, weil nach § 12 Abs. 4 Satz 1 GV nicht jede Liquiditätsausschüttung ein Darlehen sein soll, sondern nur bzw. auch ein Darlehen sein kann, und als einzige im Gesellschaftsvertrag geregelte Voraussetzung, wann Liquiditätsausschüttungen Darlehen an die Gesellschafter sein sollen, in § 12 Nr. 4 Abs. 2 Satz 3 GV bestimmt ist: „solange Verlustsonderkonten bestehen“. Das im Gesellschaftsvertrag dargestellte Kontensystem der Klägerin sieht jedoch keine mit Verlustsonderkonten bezeichneten

Gesellschafterkonten vor. An diesem Befund ändert sich nichts dadurch, dass auf dem nach dem im Gesellschaftsvertrag beschriebenen Kontensystem der Gesellschaft einzurichtenden Ergebnissonderkonto auch Verluste gebucht werden sollen. Aus dieser Zweckbestimmung des Ergebnissonderkontos kann entgegen der Auffassung der Revision ein verständiger Publikumspersonengeschafter nicht ohne Weiteres erkennen, dass, wie die Klägerin behauptet, mit dem in § 12 Nr. 4 Abs. 2 Satz 3 GV genannten Verlustsonderkonto das in § 15 Nr. 2 c) geregelte Ergebnissonderkonto gemeint sein soll. Zweifel hieran werden neben der Benennung des Kontos dadurch begründet, dass nach der gesellschaftsvertraglichen Regelung Gewinne ebenfalls auf dem Ergebnissonderkonto gutgebracht werden sollen.

9 2. Es bleibt dabei, dass den Kommanditisten eine gegen sie persönlich gerichtete Forderung aus den Bilanzen der Fondsgesellschaft nicht in dem Maße erkennbar war, dass von einem Anerkenntnis der Gesellschafter durch die Feststellung der Bilanz ausgegangen werden kann.

10 An dieser bereits im Beschluss vom 11.7.2017 verdeutlichten Auffassung hält der Senat, auch unter Berücksichtigung der Angriffe der Revision, fest. Im exemplarisch vorgelegten Jahresabschluss 2006 wird unter B. II. 3. lediglich ohne nähere Differenzierung aufgeführt: „Forderungen gegen Gesellschafter 6.052.539,78 EUR“. In der beispielhaft vorgelegten Aufgliederung zur Bilanz 2012 finden sich zwar nähere Ausführungen zu Darlehenskonten der Kommanditisten. Der Beklagte wird dort jedoch weder namentlich genannt noch wird eine gegen ihn gerichtete Darlehensverbindlichkeit einzeln ausgewiesen. Woraus der Beklagte danach mit der für einen Anerkenntniswillen erforderlichen Deutlichkeit hätte schließen sollen, dass in den Bilanzen der Gesellschaft eine gegen ihn gerichtete bezifferbare Darlehensforderung ausgewiesen sein soll, lässt sich den Ausführungen der Revision nicht entnehmen.

11 Der Einwand der Revision, die Klägerin hätte darauf hingewiesen werden müssen, dass eine konkrete Darstellung zu der Frage erforderlich sei, ob der Beklagte den Jahresabschlüssen zugestimmt habe, bleibt ohne Erfolg. Die Revision räumt selbst ein, die Klägerin habe zum Abstimmungsverhalten des Beklagten bisher keine Unterlagen auffinden können. Zudem ist dieser Umstand nicht entscheidungserheblich, weil ein Anerkenntnis des Beklagten jedenfalls bereits deshalb nicht angenommen werden kann, weil für ihn nicht erkennbar war, dass und in welcher Höhe die Bilanz der Fondsgesellschaft eine gegen ihn gerichtete Darlehensforderung ausweist.

21. Schadensersatzansprüche gegen Alleingesellschafter

BGH, Urteil vom 17.10.2017, KZR 24/15 (Vorinstanz: OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 12.5.2015, 11 U 71/13)

GmbHG §§ 9c, 15 Abs. 4, § 43 Abs. 2, § 53 Abs. 2, § 55 Abs. 1, § 57 Abs. 1, §§ 57a, 78

BGB § 139

GWB § 41 Abs. 1 Satz 1 und 3 Nr. 3

GWB a. F. § 40 Abs. 1 Satz 1 und 2 sowie Abs. 2 Satz 2

LEITSÄTZE:

- Nach der Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister kann ein Mangel der Form der Übernahmeerklärung nicht mehr mit Erfolg gerügt werden.**
- Der Verstoß eines Rechtsgeschäfts gegen das Vollzugsverbot führte auch unter der Geltung von § 41 Abs. 1 GWB in der Fassung der 7. GWB-Novelle nicht zu dessen Nichtigkeit, sondern nur zur schwebenden Unwirksamkeit.**

SACHVERHALT:

1 Die Klägerin macht gegen die Beklagten, ihre ehemaligen Geschäftsführer, Schadensersatzansprüche nach § 43 GmbHG geltend.

2 Bis zum 27.3.2006 war die B GmbH (im Folgenden: B) Inhaberin aller Geschäftsanteile der Klägerin. Die Beklagten sind die alleinigen Gesellschafter der B und zugleich deren Geschäftsführer, zudem waren sie Geschäftsführer der Klägerin.

3 Nach Gesprächen zwischen den Beklagten und der C Gruppe über deren Beteiligung an der Klägerin wurde am 27.3.2006 ein umfangreiches Vertragswerk protokolliert. Im Rahmen einer Gesellschafterversammlung der Klägerin wurde beschlossen, dass die ConsulTrust GmbH (im Folgenden: ConsulTrust) als Treuhänderin für die C SE über deren Tochtergesellschaft C GmbH im Zusammenhang mit einer Erhöhung des Stammkapitals von bislang 25.000 € um 75.000 € 75 % der Geschäftsanteile der Klägerin erwerben sollte. Der Beschluss über die Kapitalerhöhung der Klägerin und die Zulassung der ConsulTrust zur Übernahme des neuen Anteils wurde notariell beurkundet. Am selben Tag wurde eineteiligungsrahmenvertrag notariell beurkundet, dem elf weitere, im Rahmen der Beurkundung unterzeichnete Dokumente als Anlage beigefügt wurden. Der Vertrag über die Beteiligung der ConsulTrust an der Klägerin (im Folgenden: Beteiligungsvertrag) und die Gesellschaftervereinbarung über Andienungs- und Erwerbspflichten (im Folgenden: Gesellschaftervereinbarung) wurden vom Notar verlesen. Die weiteren Dokumente wurden nicht vom Notar verlesen, sondern der notariellen Urkunde über den Beteiligungsrahmenvertrag zu Informationszwecken beigefügt.

4 Die Beklagten wurden erneut zu Geschäftsführern der Klägerin bestellt.

5 Die Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister erfolgte am 9.6.2006.

6 Am 16.7.2009 beschloss die Gesellschafterversammlung der Klägerin unter Mitwirkung der ConsulTrust, gegen die Beklagten, die im Dezember 2008 als Geschäftsführer abberufen worden waren, Ansprüche gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG geltend zu machen.

7 Im November 2011 wurde der Erwerb der Anteile an der Klägerin durch die ConsulTrust nachträglich beim Bundeskartellamt als Zusammenschlussvorhaben gemeldet. Das Bundeskartellamt stellte das Verfahren zur Entflechtung des bereits vollzogenen Zusammenschlusses mit Beschluss vom 5.12.2011 ein und begründete dies da-

mit, dass die Voraussetzungen für eine Untersagung nicht vorlägen (§ 41 Abs. 3 GWB i. V. m. § 36 Abs. 1 GWB).

8 Mit Schreiben vom 2.12.2011 erklärte die B gegenüber der ConsulTrust, sie halte sämtliche am 27.3.2006 beurkundeten Rechtsgeschäfte für unwirksam, vorsorglich würden diese widerrufen, aufgehoben, zurückgenommen und gekündigt.

9 Die Streithelferin, ein Versicherer, der mit der C SE eine D & O-Versicherung abgeschlossen hat, ist dem Rechtsstreit aufseiten der Beklagten beigetreten.

10 Die Beklagten halten die Schadensersatzklage für unzulässig. Sie sind der Auffassung, die ConsulTrust sei nie wirksam Gesellschafterin der Klägerin geworden. Die im März 2006 abgeschlossenen Verträge seien nach der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltenden Fassung von § 41 Abs. 1 GWB unwirksam, weil mit ihnen ein Zusammenschluss vollzogen worden sei, den das Bundeskartellamt nicht freigegeben habe. Die nachfolgende Einstellung des Entflechtungsverfahrens durch das Bundeskartellamt habe diesen Verstoß nicht geheilt. Zudem sei der Vertrag über den Anteilserwerb wegen Nichteinhaltung der nach § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG erforderlichen Form nicht wirksam. Da mithin die B nach wie vor Alleingesellschafterin der Klägerin sei, sei der Beschluss der Gesellschafterversammlung der Klägerin vom 16.7.2009 unwirksam.

11 Die Beklagten haben Zwischenfeststellungswiderklage erhoben, mit der sie beantragen festzustellen, dass die ConsulTrust nicht Gesellschafterin der Klägerin geworden ist.

12 Das LG hat die Zwischenfeststellungswiderklage durch Teilurteil abgewiesen. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, der die Klägerin entgegengetritt, verfolgen die Beklagten und ihre Streithelferin ihr Begehren weiter.

AUS DEN GRÜNDEN:

13 Die zulässige Revision ist unbegründet.

14 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung (OLG Frankfurt, WuW/E DE-R 4864) im Wesentlichen wie folgt begründet.

15 Die ConsulTrust sei im Wege der Kapitalerhöhung Gesellschafterin der Klägerin geworden. Der Beschluss der Altgesellschafterin der Klägerin über die Erhöhung des Stammkapitals sowie darüber, wer zur Übernahme zugelassen werde, sei formgerecht gefasst worden. Die ConsulTrust habe das ihr eingeräumte Übernahmerecht ausgeübt und eine dem Erhöhungsbetrag entsprechende Stammeinlage übernommen. Die B habe diese Übernahmeerklärung konkludent dadurch angenommen, dass die Kapitalerhöhung zum Handelsregister angemeldet worden sei. Nachdem die Kapitalerhöhung in das Handelsregister eingetragen worden sei, sei davon auszugehen, dass die Anmeldung formgerecht erfolgt sei.

16 Die Übernahme sei auch nicht wegen Verstoßes gegen § 15 Abs. 4 GmbHG unwirksam. Sie habe nicht der notariellen Beurkundung nach dieser Vorschrift bedurft. Zwar enthalte die Gesellschaftervereinbarung gegenseitige Pflichten zur Andienung der Geschäftsanteile. Der Beurkundungspflicht unterlägen über den Wortlaut des § 15 Abs. 4 GmbHG hinaus auch solche Verpflichtungen, die mit einer Verpflichtung zur Abtretung eines Geschäftsanteils in Zusammenhang stünden. Weder das Anliegen der Beweiserleichterung noch die Unterbindung des leichten und spekulativen Handels mit GmbH-Anteilen rechtfertigten es indes, auch die Übernahmevereinbarung der Formvorschrift des § 15 Abs. 4 GmbHG zu unterwerfen.

Bei der Übernahme handele es sich zudem um einen gesellschaftsrechtlichen Vorgang, der eigenen Formvorschriften unterliege. Dies schließe es aus, sie darüber hinausgehenden Formvorschriften zu unterwerfen.

17 Ob die Gesellschaftervereinbarung wirksam beurkundet sei, sei unerheblich, da eine etwaige Formnichtigkeit dieser Vereinbarung jedenfalls nicht entsprechend § 139 BGB zur Unwirksamkeit der Übernahmevereinbarung führe. Denn nach Ziffer 6.1 des Beteiligungsvertrags und der Gesellschaftervereinbarung solle im Fall einer teilweisen Unwirksamkeit der jeweiligen Vereinbarung diese im Übrigen aufrechterhalten bleiben.

18 Auch das Vollzugsverbot nach § 41 Abs. 1 GWB in der Fassung der 7. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen stehe der Wirksamkeit der Anteilsübernahme nicht entgegen. Der Verstoß gegen das Vollzugsverbot sei durch die Einstellung des Entflechtungsverfahrens durch das Bundeskartellamt mit Rückwirkung geheilt worden.

19 Die Übernahme sei auch nicht an den Erklärungen der B vom 2.12.2011 gescheitert. Der auf die Erhöhung des Stammkapitals und die Zulassung der ConsulTrust zur Übernahme gerichtete Gesellschafterbeschluss der Klägerin habe allenfalls bis zur Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister formlos widerrufen werden können, auch habe dieser Beschluss nicht gegen das Vollzugsverbot verstoßen. Eine Rechtsgrundlage für eine Kündigung oder einen Widerruf der Übernahmeerklärung durch die B sei nicht ersichtlich. Eine freie Widerruflichkeit dieser Erklärung sei nach dem Beteiligungsvertrag ausgeschlossen. Selbst wenn dieser formunwirksam sei, sei die B als Partei dieses Vertrags nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, alles Erforderliche zu tun, um die Wirksamkeit des Vertrags herbeizuführen.

20 II. Diese Beurteilung hält der rechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand.

(...)

26 2. Zu Recht hat das Berufungsgericht angenommen, dass die ConsulTrust durch Übernahme eines Geschäftsanteils Gesellschafterin der Klägerin geworden ist.

27 a) Eine Erhöhung des Stammkapitals einer GmbH kann nur durch einen satzungsändernden Beschluss der Gesellschafter erfolgen, der nach § 53 Abs. 2 GmbHG der notariellen Beurkundung bedarf. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die B als damalige Alleingesellschafterin der Klägerin am 27.3.2006 einen Beschluss über die Erhöhung des Stammkapitals der Klägerin von 25.000 € auf 100.000 € zusammen mit dem Beschluss gefasst, die ConsulTrust zur Übernahme des neuen Geschäftsanteils zuzulassen. Diese Beschlüsse sind notariell beurkundet worden.

28 Das Berufungsgericht hat weiter festgestellt, dass die ConsulTrust das ihr eingeräumte Recht zur Übernahme des neuen Geschäftsanteils am gleichen Tag in notariell beglaubigter Form und damit entsprechend den in § 55 Abs. 1 GmbHG bestimmten Erfordernissen ausgeübt hat.

29 Schließlich hat das Berufungsgericht festgestellt, dass diese Übernahmeerklärung konkludent dadurch angenom-

men wurde, dass die Anmeldung der Kapitalerhöhung zum Handelsregister erfolgte. Die Übernahme der neuen Geschäftsanteile erfolgt durch Vertrag zwischen der Gesellschaft, handelnd durch den bisherigen Alleingesellschafter, und dem Übernehmer (BGH, Urteil vom 30.11.1967, II ZR 68/65, BGHZ 49, 117, 119 m. w. N.). Die Anmeldung zum Handelsregister ist nach § 57 Abs. 1, § 78 GmbHG von sämtlichen Geschäftsführern der Gesellschaft vorzunehmen, dies waren im maßgeblichen Zeitraum die Beklagten.

30 Seine Feststellung, dass die Klägerin die Kapitalerhöhung ordnungsgemäß angemeldet hat, hat das Berufungsgericht darauf gestützt, dass die Kapitalerhöhung in das Handelsregister eingetragen wurde, was nach §§ 57a, 9c GmbHG nur erfolgen darf, wenn eine den einschlägigen Bestimmungen entsprechende Anmeldung vorgelegt wurde.

31 Diese Feststellungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen und werden von der Revision nicht angegriffen.

32 Durch die Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister sind die neuen Geschäftsanteile entstanden und hat die ConsulTrust die Stellung einer Gesellschafterin der Klägerin erlangt (BGH, Urteil vom 3.11.2015, II ZR 13/14, ZIP 2015, 2315 Rdnr. 13).

33 b) Die Revision macht geltend, unter den hier vorliegenden Umständen habe die Übernahmevereinbarung der notariellen Beurkundung bedurft. Sie folgert dies daraus, dass die B als bisherige Alleingesellschafterin und die ConsulTrust als Übernehmerin mit der Übernahme eine Reihe von weiteren Verträgen schlossen, darunter auch die Gesellschaftervereinbarung, die unter anderem wechselseitige Andienungspflichten hinsichtlich der Geschäftsanteile an der Klägerin vorsieht, und meint, wegen des von den Parteien gewollten engen wirtschaftlichen Zusammenhangs dieser Beschlüsse und Vereinbarungen unterfalle auch die Übernahmevereinbarung dem Erfordernis der notariellen Beurkundung nach § 15 Abs. 4 GmbHG.

34 Ob diese Auffassung zutrifft, bedarf im Streitfall keiner Entscheidung. Selbst wenn die Übernahmeerklärung durch die ConsulTrust GmbH und die Annahmeerklärung der Klägerin formunwirksam gewesen wären, wurde dieser Mangel durch die Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister geheilt.

35 Nach der Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister können Mängel der Übernahmevereinbarung mit Rücksicht auf den Schutz des Vertrauens des Geschäftsverkehrs auf die ungeschmälerete Erhaltung der im Register eingetragenen Kapitalgrundlage nur noch eingeschränkt geltend gemacht werden. Neben dem Fehlen einer Annahmeerklärung können grundsätzlich nur solche Mängel gerügt werden, die in Zweifel stellen, ob die betreffende Erklärung in zurechenbarer Weise veranlasst worden ist, insbesondere mangelnde Geschäftsfähigkeit und fehlende Vollmacht (Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl., § 57 Rdnr. 53; MünchKomm-GmbHG/Lieder, 2. Aufl., § 57 Rdnr. 78 ff.; Ulmer/Habersack/Löbbecke/Ulmer/Casper, GmbHG, 2. Aufl., § 57 Rdnr. 52 f.; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 19. Aufl., § 57 Rdnr. 26). Eine Anfechtbarkeit der Annahmeerklärung wegen Irrtums, arglistiger Täuschung oder anderer Willensmängel scheidet dage-

gen aus (BGH, Urteil vom 15.10.2007, II ZR 216/06, NZG 2008, 73 Rdnr. 22). Nichts anderes gilt für die Berufung auf Mängel der Form der Übernahmeerklärung (Scholz/Priester, GmbHG, § 55 Rdnr. 83; MünchKomm-GmbHG/Lieder, § 55 Rdnr. 131; Ulmer/Habersack/Löbbe/Ulmer/Casper, GmbHG, § 55 Rdnr. 76).

36 3. Die Angriffe der Revision gegen die Annahme des Berufungsgerichts, das Vollzugsverbot nach § 41 Abs. 1 GWB stehe der Wirksamkeit der Übernahme des Geschäftsanteils an der Klägerin durch die ConsulTrust nicht entgegen, bleiben ebenfalls erfolglos.

37 a) Das Berufungsgericht hat zugrunde gelegt, dass die Anteilsübernahme der Zusammenschlusskontrolle unterlag. § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB in der zum Zeitpunkt dieses Rechtsgeschäfts geltenden Fassung der 7. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 15.7.2005 (im Folgenden: GWB a. F.) bestimmt, dass die beteiligten Unternehmen einen Zusammenschluss, der vom Bundeskartellamt nicht freigegeben wurde, nicht vor Ablauf der Fristen nach § 40 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 2 GWB a. F. vollziehen dürfen. Rechtsgeschäfte, die gegen dieses Verbot verstoßen, sind nach § 41 Abs. 1 Satz 2 GWB a. F. unwirksam.

38 b) Nach nahezu einhelliger Auffassung in der Literatur, der das Berufungsgericht beigetreten ist, führte ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot auch unter der Geltung von § 41 Abs. 1 GWB a. F. nicht zur unheilbaren Nichtigkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts, sondern nur zu dessen schwebender Unwirksamkeit. Diese Unwirksamkeit entfällt rückwirkend mit der Einstellung des Entflechtungsverfahrens durch das Bundeskartellamt (Langen/Bunte/Ruppelt, Deutsches Kartellrecht, 11. Aufl., § 41 Rdnr. 2; Immenga/Mestmäcker/Mestmäcker/Veelken, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., § 41 GWB Rdnr. 12 f.; Bechtold, GWB, 6. Aufl., § 41 Rdnr. 8; Schulte/Just/Schulte, Kartellrecht, § 41 GWB Rdnr. 13; Loewenheim/Meessen/Riesenkampff/Riesenkampff/Lehr, Kartellrecht, § 41 GWB Rdnr. 5; MünchKomm-GWB/Mäger, § 41 Rdnr. 19; Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht/Kuhn, Stand: September 2014, § 41 GWB Rdnr. 51; Immenga/Mestmäcker/Thomas, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., § 41 GWB Rdnr. 56; Colbus/Marquier, EWS 2012, 305, 307; Lettl, WuW 2009, 249; BKartA, Tätigkeitsbericht 2007/2008, BT-Drucks. 16/13500, S. 21; anders Wiedemann/Topel, Handbuch des Kartellrechts, 2. Aufl., § 50 Rdnr. 9; siehe auch – nicht tragend – BKartA, WuW DE-V 1553 Rdnr. 172).

39 c) Diese Auffassung trifft zu.

40 Der BGH hat bereits zur Rechtslage vor Inkrafttreten der 7. GWB-Novelle entschieden, dass ein Verstoß gegen das Vollzugsverbot nicht zur unheilbaren Nichtigkeit des Zusammenschlusses führt, sondern lediglich zur schwebenden Unwirksamkeit, und zur Begründung ausgeführt, es wäre unverständlich, wenn die Verletzung der Anmeldepflicht neben der schwebenden Unwirksamkeit und der Bußgeldsanktion weitere Sanktionen zur Folge hätte. Sehe das Bundeskartellamt von einer Untersagung ab, bedeute dies, dass gegen den Zusammenschluss unter dem Gesichtspunkt der Bestimmungen über die Zusammenschlusskontrolle keine Bedenken bestünden (BGH, Beschluss vom 31.10.1978, KVR 3/77, WuW/E

BGH 1556, 1559 – Weichschaum III). Daher wäre es unverhältnismäßig, eine Maßnahme, die materiell nicht gegen die Bestimmungen der Zusammenschlusskontrolle verstößt, als unheilbar nichtig anzusehen.

41 Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber der 7. GWB-Novelle hieran etwas ändern wollte, sind nicht ersichtlich. Danach entfiel die Unwirksamkeit rückwirkend mit der Einstellung des Entflechtungsverfahrens durch das Bundeskartellamt.

42 d) Anders als die Revision meint, steht dem nicht entgegen, dass der Gesetzgeber im Rahmen der 8. Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen mit Wirkung zum 30.6.2013 eine Bestimmung in das Gesetz eingefügt hat, nach welcher Rechtsgeschäfte, die gegen das Vollzugsverbot verstoßen, von der Unwirksamkeitsfolge ausgenommen sind, wenn der nicht angemeldete Zusammenschluss nach Vollzug angezeigt und das Entflechtungsverfahren eingestellt wurde, weil die Voraussetzungen für eine Untersagung des Zusammenschlusses nicht vorlagen (§ 41 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GWB). Wie der Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung zum Entwurf der 8. GWB-Novelle zu entnehmen ist, wurde darin lediglich eine Klarstellung gesehen (BT-Drucks. 17/9852, S. 20 und 30).

43 4. Der Eintritt der ConsulTrust als neue Gesellschafterin der Klägerin wird auch durch die im Schreiben der B vom 2.12.2011 enthaltenen Erklärungen nicht in Frage gestellt. Insofern bedarf die Frage, ob der B ein Grund hierfür zur Seite stand, keiner Entscheidung.

44 a) Ein Widerruf der Erklärungen, mit denen die B als damalige Alleingesellschafterin der Klägerin gegenüber der ConsulTrust die Verpflichtung einging, das Stammkapital der Klägerin zu erhöhen und die ConsulTrust zur Übernahme des neuen Geschäftsanteils zuzulassen, beträfe nur das schuldrechtliche Geschäft und ließe die Wirksamkeit der Überenahmevereinbarung als dingliches Geschäft, das zwischen der Klägerin und der ConsulTrust als Übernehmerin geschlossen wurde, unberührt.

45 b) Die schwebende Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts hat grundsätzlich nicht zur Folge, dass den Parteien die Befugnis zusteht, sich einseitig hiervon zu lösen (BGH, Urteil vom 15.10.1992, IX ZR 43/92, NJW 1993, 648, 651). Auch Sinn und Zweck des Vollzugsverbots (§ 41 Abs. 1 GWB) erfordern es nicht, den Parteien eine solche Befugnis einzuräumen.

46 c) Wie bereits ausgeführt können nach der Eintragung der Kapitalerhöhung nur noch solche Mängel geltend gemacht werden, die infrage stellen, dass die Erklärungen, die die Überenahmevereinbarung zustande brachten, zurechenbar veranlasst wurden. Dass die Annahme der Übernahmeerklärung mit solchen Mängeln behaftet war, zeigt die Revision nicht auf.

(...)

22. Prüfungsprogramm des Registergerichts im Amtslöschungsverfahren

BGH, Beschluss vom 25.7.2017, II ZB 8/16 (Vorinstanz: OLG Karlsruhe, Beschluss vom 1.3.2016, 11 W 5/16)

ApoG § 4 Abs. 2, §§ 7, 21, 23

FamFG § 395

GmbHG § 6 Abs. 2

AktG § 76 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2

HGB § 1 Abs. 2 Nr. 1, § 48

ApBetrO § 2 Abs. 5

LEITSATZ:

Das Registergericht hat im Amtslöschungsverfahren nicht zu prüfen, ob die Erteilung einer Prokura gegen § 7 ApoG verstößt.

23. Zurückweisung des Antrags auf Eintragung der Amtsniederlegung eines Geschäftsführers

OLG Bamberg, Beschluss vom 17.7.2017, 5 W 51/17

GmbHG §§ 38, 43

LEITSÄTZE:

- 1. Die Niederlegung des Amtes des Geschäftsführers einer GmbH ist im Grundsatz selbst dann wirksam, wenn objektiv kein wichtiger Grund vorliegt oder sie zur Unzeit erfolgt. Dies gilt lediglich dann nicht, wenn die Niederlegung rechtsmissbräuchlich wäre, was regelmäßig dann der Fall ist, wenn es sich um den Gesellschafter-Geschäftsführer einer Ein-Mann-Gesellschaft handelt und er davon absieht, einen neuen Geschäftsführer für die Gesellschaft zu bestellen. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 2. Ist ein Fremdgeschäftsführer vorhanden, ist die Niederlegung dagegen wirksam, da die Gesellschafter die Möglichkeit haben, einen neuen Geschäftsführer zu bestellen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligte zu 2 ist im Handelsregister des AG Coburg (...) eingetragen. Geschäftsführer der Beteiligten zu 2 ist der Beteiligte zu 1. Gesellschafterin laut Gesellschafterliste ist die Firma K mit dem Sitz in W, nunmehr firmierend unter A. Deren Gesellschafter sind T, K und J.

2 Mit Schreiben vom 28.2.2017 reichte der Beteiligte zu 1 seine Amtsniederlegung (...) beim AG Coburg – Registergericht – ein mit dem Antrag, ihn im Handelsregister als Geschäftsführer zu löschen.

3 Das Registergericht hielt jedoch die Amtsniederlegung für rechtsmissbräuchlich und unzulässig, da sie zur Unzeit erfolgt sei, nämlich zu einem Zeitpunkt, als die Gesellschaft sich in einer wirtschaftlichen Krise befunden habe und in Insolvenz geraten sei. Die Gesellschaft werde durch seine Amtsniederlegung faktisch führungslos. (...)

4 Das AG Coburg entschied schließlich durch Beschluss vom 3.4.2017, dass es den Antrag auf Eintragung der Löschung des Beteiligten zu 1 als Geschäftsführer zurückweise.

5 Gegen diese Entscheidung (...) legte der Beteiligte zu 1 (...) Beschwerde ein.

6 Das AG Coburg half der Beschwerde (...) nicht ab, sondern legte die Sache dem OLG zur Entscheidung über die Beschwerde vor.

AUS DEN GRÜNDEN:

7 II. Die (...) Beschwerde (...) hat auch in der Sache Erfolg.

8 Die Zurückweisung des Antrags auf Eintragung der Amtsniederlegung des Beteiligten zu 1 bezüglich seines Amtes als Geschäftsführer der betroffenen GmbH ist nicht gerechtfertigt.

9 Die Niederlegung des Amtes des Geschäftsführers einer GmbH ist im Grundsatz selbst dann wirksam, wenn objektiv kein wichtiger Grund vorliegt (vgl. BGHZ 78, 82 = NJW 1980, 2415; BGHZ 121, 257, 260; BGH, NJW 1995, 2820) oder sie zur Unzeit erfolgt.

10 Davon wird nur eine Ausnahme gemacht: Im Falle des Rechtsmissbrauchs gilt das nicht. Ein solcher liegt regelmäßig dann vor, wenn es sich bei dem sein Amt niederlegenden Geschäftsführer um den einzigen handelt, dieser zugleich alleiniger Gesellschafter ist und er davon absieht, einen neuen Geschäftsführer für die Gesellschaft zu bestellen (vgl. Baumbach/Huck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 38 Rdnr. 87). Dies verlangt das Interesse des Rechtsverkehrs an der Handlungsfähigkeit der Gesellschaft, die anderenfalls vollständig beseitigt würde. Grund für die Missbilligung der Amtsniederlegung oder der Abberufung in derartigen Fällen ist die Zurückstellung überwiegender Interessen anderer Beteiligter durch den Versuch, sich freiwillig übernommener Verantwortung für die Gesellschaft (§ 43 GmbHG) und aller weiteren Pflichten zu entledigen, die besonders in wirtschaftlich schwierigen Situationen der Gesellschaft an das Amt ihres Geschäftsführers geknüpft sind. Es ist angesichts der Personenidentität von Geschäftsführungs- und Willensorganen in der Gesellschaft im Interesse der Rechtssicherheit geboten, höhere Anforderungen an die Amtsniederlegung oder die Abberufung des Gesellschafter/Geschäftsführers zu stellen (vgl. OLG Zweibrücken, FGPrax 2006, 132, 133). Anderenfalls könnte dieser nach freiem Belieben das Vermögen der Gesellschaft dem Zugriff der Gläubiger entziehen, indem er die Gesellschaft durch seine Amtsniederlegung oder seine Abberufung handlungsunfähig macht.

11 Diese Konstellation ist aber im Streitfall nicht gegeben, worauf die Beschwerde zu Recht hinweist. Der Beteiligte zu 1 ist weder unmittelbarer noch mittelbarer Gesellschafter der Beteiligten zu 2, sondern Fremdgeschäftsführer. Es besteht kein Grund, diese Rechtsprechung über ihren Geltungsbereich für Gesellschafter-Geschäftsführer von Ein-Mann-Gesellschaften auch auf Fälle wie den vorliegenden zu erstrecken, in denen ein Fremdgeschäftsführer vorhanden ist. Denn in diesem Fall haben die Gesellschafter die Möglichkeit, einen neuen Geschäftsführer zu bestellen (vgl. auch OLG Düsseldorf, GmbHR 2015, 1271).

(...)

INTERNATIONALES PRIVATRECHT

24. Anerkennung des Instituts des Vermächtnisses mit unmittelbarer dinglicher Wirkung bei Eintritt des Erbfalls (Vindikationslegat)

EuGH, Urteil vom 12.10.2017, C-218/16

AEUV Art. 267

VO (EU) Nr. 650/2012 Art. 1 Abs. 2, Art. 31

LEITSATZ:

Art. 1 Abs. 2 lit. k und l sowie Art. 31 der Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.7.2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses sind dahin auszulegen, dass sie der Ablehnung der Anerkennung der dinglichen Wirkungen des Vindikationslegats, das dem von einem Erblasser gemäß Art. 22 Abs. 1 dieser Verordnung gewählten auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Recht bekannt ist, durch eine Behörde eines Mitgliedstaats entgegenstehen, wenn diese Ablehnung allein auf der Begründung beruht, dass dieses Vermächtnis das Eigentum an einer Immobilie betrifft, die in einem Mitgliedstaat belegen ist, dessen Rechtsordnung das Institut des Vermächtnisses mit unmittelbarer dinglicher Wirkung im Zeitpunkt des Eintritts des Erbfalls nicht kennt.

SACHVERHALT:

(...)

18 Frau K, eine polnische Staatsangehörige mit Wohnsitz in Frankfurt an der Oder (Deutschland), ist mit einem deutschen Staatsangehörigen verheiratet und hat mit ihm zwei noch minderjährige Kinder. Die Ehegatten sind je zur Hälfte Miteigentümer eines in Frankfurt an der Oder belegenen Grundstücks, auf dem ihr Wohnhaus steht. Für die Errichtung ihres Testaments wandte sich Frau K an einen in Slubice (Polen) tätigen Notar.

19 Frau K möchte in ihr Testament ein nach polnischem Recht erlaubtes Vindikationslegat zugunsten ihres Ehegatten aufnehmen, das sich auf ihren Eigentumsanteil an der gemeinsamen in Frankfurt an der Oder belegenen Immobilie bezieht. Für den übrigen Teil ihres Erbvermögens möchte sie die gesetzliche Erbfolge beibehalten, wonach ihr Ehemann und die Kinder zu gleichen Teilen erben.

20 Sie schloss ausdrücklich die Aufsetzung des in Art. 968 des Zivilgesetzbuchs vorgesehenen einfachen Vermächtnisses (Damnationslegat) aus, und zwar wegen der mit der Vertretung ihrer zur Erbschaft berufenen minderjährigen Kinder verbundenen Schwierigkeiten sowie der zusätzlichen Kosten.

21 Am 4.11.2015 lehnte der Notarvertreter die Errichtung eines das von Frau K gewünschte Vindikationslegat umfassenden Testaments mit der Begründung ab, dass die Errichtung eines Testaments, das ein solches Vermächtnis beinhalte, nicht mit dem deutschen Sachen- und Registerrecht und der deutschen Rechtsprechung hierzu, die gemäß Art. 1 Abs. 2 lit. k und l sowie Art. 31 der Verordnung Nr. 650/2012 zu berücksichtigen seien, vereinbar sei und ein solches Testament daher rechtswidrig wäre.

22 Er wies darauf hin, dass in Deutschland die Eintragung des Vermächtnisnehmers in das Grundbuch nur mittels notariellen Vertrags über den Übergang des Eigentums an der Immobilie zwischen den Erben und dem Vermächtnisnehmer erfolgen könne. Ausländische Vindikationslegats würden in Deutschland im Wege einer Anpassung gemäß Art. 31 der Verordnung Nr. 650/2012 in Damnationslegats umgedeutet. Diese Auslegung sei der Begründung des deutschen Gesetzes, mit dem das innerstaatliche Recht gemäß den Bestimmungen der Verordnung Nr. 650/2012 geändert worden sei (Internationales Erbrechtsverfahrensgesetz vom 29.6.2015, BGBl. I, S. 1042), zu entnehmen.

23 Am 16.11.2015 legte Frau K gemäß Art. 83 des Notariatsgesetzes beim betreffenden Notar Beschwerde gegen die Entscheidung über die Ablehnung der Errichtung eines Testaments mit dem besagten Vindikationslegat ein. Sie machte geltend, dass die Vorschriften der Verordnung Nr. 650/2012 einer autonomen Auslegung bedürften und letztlich keine der Bestimmungen dieser Verordnung rechtfertige, das Erbstatut dahin einzuschränken, dass die dinglichen Wirkungen des Vindikationslegats nicht anerkannt würden.

24 Da der Notar der Beschwerde von Frau K nicht abhalf, legte sie Beschwerde beim Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim (Bezirksgericht Gorzów Wielkopolski, Polen) ein.

25 Das vorlegende Gericht ist der Ansicht, dass nach Art. 23 Abs. 2 lit. b und e sowie Art. 68 lit. m der Verordnung Nr. 650/2012 das Vindikationslegat vom Erbstatut erfasst sei, stellt sich aber die Frage, inwieweit das auf den Belegenheitsort des Vermächtnisgegenstands anzuwendende Recht eine Einschränkung der dinglichen Wirkungen eines vom gewählten Erbrecht vorgesehenen Vindikationslegats mit sich bringen kann.

26 Da nach Art. 1 Abs. 2 lit. k der Verordnung Nr. 650/2012 die „Art der dinglichen Rechte“ vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen sei, könne das vom Erbstatut vorgesehene Vindikationslegat an einem Vermögensgegenstand keine dinglichen Rechte entstehen lassen, die dem Sachenrecht des Belegenheitsorts des Vermächtnisgegenstands fremd seien. Es sei jedoch zu bestimmen, ob diese Vorschrift vom Anwendungsbereich dieser Verordnung auch die möglichen Rechtsgründe des Erwerbs dinglicher Rechte ausschließt. Insoweit geht das vorlegende Gericht davon aus, dass die Frage des Erwerbs dinglicher Rechte im Wege eines Vindikationslegats ausschließlich dem Erbstatut unterliegt. Die einschlägige polnische Lehre vertrete denselben Standpunkt, während die Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften (Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 17/5451 vom 4.11.2015) vorsehe, dass das deutsche Recht ein Vindikationslegat aufgrund eines nach dem Recht eines anderen Staates errichteten Testaments nach der Verordnung Nr. 650/2012 nicht unbedingt anerkennen müsse.

27 Unter Bezugnahme auf Art. 1 Abs. 2 lit. l dieser Verordnung stellt sich das vorlegende Gericht auch die Frage, ob das auf die Register für Rechte an beweglichen oder unbeweglichen Vermögensgegenständen anzuwendende Recht Auswirkungen auf die erbrechtlichen Folgen des Vermächtnisses haben kann. Insoweit stellt es klar, dass das Recht des Mitgliedstaats, in dem ein solches Register geführt wird, falls anerkannt wird, dass das Vermächtnis dingliche Wirkungen in Erbsachen entfaltet, nur die Art des Nachweises der Folgen des erbrechtlichen Erwerbs regeln würde und keinen Einfluss auf den Erwerb an sich hätte.

28 Daher geht das vorlegende Gericht davon aus, dass die Auslegung von Art. 31 der Verordnung Nr. 650/2012 auch davon abhängt, ob der Mitgliedstaat des Belegenheitsorts des Vermächtnisgegenstands die Möglichkeit hat, die dingliche Wirkung des Vermächtnisses, die sich aus dem gewählten Erbrecht ableitet, in Frage zu stellen. Es ist somit der Ansicht, dass dieser Art. 31 unter Umständen wie den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nur bei Bestehen einer solchen Möglichkeit für die Mitgliedstaaten zur Anwendung kommt.

29 Vor diesem Hintergrund hat das Sąd Okręgowy w Gorzowie Wielkopolskim (Bezirksgericht Gorzów Wielkopolski) beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Sind Art. 1 Abs. 2 lit. k und l oder Art. 31 der Verordnung Nr. 650/2012 dahin auszulegen, dass sie die Ablehnung der Anerkennung der dinglichen Wirkungen des Vindikationslegats (legatum per vindicationem), das durch das Erbstatut vorgesehen ist, zulassen, wenn dieses Vermächtnis das Eigentum an einer Immobilie betrifft, die in einem Mitgliedstaat belegen ist, dessen Recht das Institut des Vermächtnisses mit unmittelbarer dinglicher Wirkung nicht kennt?

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

41 Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass die Verordnung Nr. 650/2012 nach ihrem Art. 1 Abs. 1 Satz 1 auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwenden ist. Art. 3 Abs. 1 lit. a dieser Verordnung stellt klar, dass diese Rechtsnachfolge von Todes wegen „jede Form des Übergangs von Vermögenswerten, Rechten und Pflichten von Todes wegen, sei es im Wege der gewillkürten Erbfolge durch eine Verfügung von Todes wegen oder im Wege der gesetzlichen Erbfolge“, umfasst.

42 Es steht fest, dass der Sachverhalt des Ausgangsverfahrens eine gewillkürte Erbfolge betrifft.

43 Dem Wortlaut des Art. 22 Abs. 1 der Verordnung Nr. 650/2012 ist zu entnehmen, dass der Erblasser für die Rechtsnachfolge von Todes wegen das Recht des Staates wählen kann, dem er angehört. Außerdem verankert diese Verordnung in ihrem Art. 23 Abs. 1 den Grundsatz der Einheitlichkeit des auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Rechts.

44 So hat der Unionsgesetzgeber, wie dem 37. Erwägungsgrund dieser Verordnung zu entnehmen ist, klargestellt, dass aus Gründen der Rechtssicherheit und um eine Nachlassspaltung zu vermeiden, der gesamte Nachlass, d. h. das gesamte zum Nachlass gehörende Vermögen, diesem Recht unterliegen sollte, unabhängig von der Art der Vermögenswerte und unabhängig davon, ob diese in einem anderen Mitgliedstaat oder in einem Drittstaat belegen sind. Dementsprechend unterliegt diesem Recht nach Art. 23 Abs. 2 der Verordnung Nr. 650/2012 unter anderem der Übergang der zum Nachlass gehörenden Vermögenswerte auf die Erben oder gegebenenfalls die Vermächtnisnehmer.

45 Insoweit zählt Art. 1 Abs. 2 der Verordnung Nr. 650/2012 verschiedene Bereiche auf, die vom Anwendungsbereich dieser Verordnung ausgenommen sind, wie etwa unter lit. k dieser Bestimmung „die Art der dinglichen Rechte“ und unter lit. l dieser Vorschrift „die Eintragung von Rechten an beweglichen oder unbeweglichen Vermögensgegenständen in einem Register, einschließlich der gesetzlichen Voraussetzungen für eine solche Eintragung, sowie die Wirkungen der Eintragung oder der fehlenden Eintragung solcher Rechte in einem Register“.

46 Was erstens die Frage betrifft, ob Art. 1 Abs. 2 lit. k der Verordnung Nr. 650/2012 dahin auszulegen ist, dass er der Ablehnung der Anerkennung der dinglichen Wirkungen des im polnischen Recht vorgesehenen Vindikationslegats in Deutschland entgegensteht, ist darauf hinzuweisen, dass diese Vor-

schrift „die Art der dinglichen Rechte“ vom Anwendungsbereich dieser Verordnung ausnimmt.

47 Diese Vorschrift betrifft, wie der Begründung des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses (KOM[2009] 154 endg., S. 5) zu entnehmen ist, die Qualifikation der Sachen und Rechte und die Prärogativen des Inhabers solcher Rechte.

48 Darüber hinaus fallen auch die Existenz und die Anzahl der dinglichen Rechte in der Rechtsordnung der Mitgliedstaaten (numerus clausus) in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift. Der 15. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 650/2012 stellt insoweit nämlich klar, dass diese Verordnung nicht die abschließende Anzahl (numerus clausus) der dinglichen Rechte berührt, die das innerstaatliche Recht einiger Mitgliedstaaten kennt, und dass ein Mitgliedstaat nicht verpflichtet sein sollte, ein dingliches Recht an einer in diesem Mitgliedstaat belegenen Sache anzuerkennen, wenn sein Recht dieses dingliche Recht nicht kennt.

49 Im vorliegenden Fall stellen sowohl das vom polnischen Recht vorgesehene Vindikationslegat als auch das vom deutschen Recht vorgesehene Damnationislegat Modalitäten für den Übergang des Eigentums an einem Vermögensgegenstand dar, d. h., wie der Generalanwalt in den Nrn. 46 und 47 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, eines dinglichen Rechts, das beide betroffenen Rechtsordnungen kennen. So betrifft der unmittelbare Übergang eines Eigentumsrechts im Wege des Vindikationslegats nur die im Erbfall maßgeblichen Modalitäten des Übergangs dieses dinglichen Rechts, den die Verordnung Nr. 650/2012 nach ihrem 15. Erwägungsgrund eben nach Maßgabe des auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Rechts ermöglichen soll.

50 Solche Übergangsmodalitäten werden aber nicht von Art. 1 Abs. 2 lit. k der Verordnung Nr. 650/2012 erfasst.

51 Daher ist festzustellen, dass Art. 1 Abs. 2 lit. k der Verordnung Nr. 650/2012 dahin auszulegen ist, dass er der Ablehnung der Anerkennung der dinglichen Wirkungen, die ein Vindikationslegat im Zeitpunkt des Eintritts des Erbfalls gemäß dem vom Erblasser gewählten Recht entfaltet, in einem Mitgliedstaat, dessen Rechtsordnung das Institut des Vindikationslegats nicht kennt, entgegensteht.

52 Was zweitens die Frage betrifft, ob Art. 1 Abs. 2 lit. l der Verordnung Nr. 650/2012 dahin auszulegen ist, dass er der Ablehnung der Anerkennung der dinglichen Wirkungen des Vindikationslegats entgegensteht, ist darauf hinzuweisen, dass nach dieser Vorschrift jede Eintragung von Rechten an beweglichen oder unbeweglichen Vermögensgegenständen in einem Register, einschließlich der gesetzlichen Voraussetzungen für eine solche Eintragung, sowie die Wirkungen der Eintragung oder der fehlenden Eintragung solcher Rechte in einem Register, vom Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 650/2012 ausgenommen sind.

53 Der 18. Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 650/2012 stellt insoweit klar, dass „das Recht des Mitgliedstaates, in dem das Register geführt wird (für unbewegliches Vermögen das Recht der belegen Sache), bestimmen soll, unter welchen gesetzlichen Voraussetzungen und wie die Eintragung eines dinglichen Rechts vorzunehmen ist“. Außerdem sollte nach dem 19. Erwägungsgrund dieser Verordnung, wenn „der Erwerb eines Rechts an einer unbeweglichen Sache nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dem das Register geführt wird, die Eintragung in ein Register erfordert, damit die Wirkung erga omnes von Registern sichergestellt wird oder Rechtsgeschäfte geschützt werden, der Zeitpunkt des Erwerbs dem Recht dieses Mitgliedstaats unterliegen“.

54 Wie der Generalanwalt im Wesentlichen in Nr. 60 seiner Schlussanträge betont hat, zählen, da Art. 1 Abs. 2 lit. I der Verordnung Nr. 650/2012 nur auf die Eintragung von Rechten an beweglichen oder unbeweglichen Vermögensgegenständen in einem Register, einschließlich der gesetzlichen Voraussetzungen für eine solche Eintragung, sowie die Wirkungen der Eintragung oder der fehlenden Eintragung solcher Rechte in ein Register abstellt, die Voraussetzungen, unter denen solche Rechte erworben werden, folglich nicht zu den nach dieser Bestimmung vom Anwendungsbereich dieser Verordnung ausgeschlossenen Bereichen.

55 Für diese Auslegung spricht auch der Grundsatz der Einheitlichkeit des auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Rechts, der in Art. 23 der Verordnung Nr. 650/2012 und insbesondere in dessen Abs. 2 lit. e vorgesehen ist, wo es heißt, dass diesem Recht „der Übergang der Vermögenswerte, Rechte und Pflichten auf die Erben und gegebenenfalls die Vermächtnisnehmer“ unterliegen.

56 Eine solche Auslegung entspricht auch dem im siebten Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 650/2012 verfolgten Zweck dieser Verordnung, demzufolge diese zur Erleichterung des reibungslosen Funktionierens des Binnenmarkts die Hindernisse für den freien Verkehr von Personen, die ihre Rechte im Zusammenhang mit einem grenzüberschreitenden Erbfall durchsetzen möchten, ausräumen soll. Nach diesem Erwägungsgrund muss es den Bürgern in einem europäischen Rechtsraum möglich sein, ihren Nachlass im Voraus zu regeln.

57 In diesem Zusammenhang würde es zu einer mit dem Wortlaut von Art. 23 der Verordnung Nr. 650/2012 und mit den Zielen dieser Verordnung unvereinbaren Nachlassspaltung kommen, wenn man annähme, dass nach Art. 1 Abs. 2 lit. I dieser Verordnung der Erwerb des Eigentums an einem Vermögensgegenstand durch Vindikationslegat vom Anwendungsbereich dieser Verordnung ausgenommen werden kann.

58 Daher ist Art. 1 Abs. 2 lit. I der Verordnung Nr. 650/2012 dahin auszulegen, dass er der Ablehnung der Anerkennung der gemäß dem gewählten Erbstatut von einem Vindikationslegat im Zeitpunkt des Eintritts des Erbfalls entfalteteten dinglichen Wirkungen in einem Mitgliedstaat, dessen Rechtsordnung das Institut des Vindikationslegats nicht kennt, entgegensteht.

59 Außerdem ist hinzuzufügen, dass die Verordnung Nr. 650/2012 die Einführung eines Zeugnisses vorsieht, das es jedem Erben, Vermächtnisnehmer oder in diesem Zeugnis

genannten Rechtsnachfolger ermöglichen muss, in einem anderen Mitgliedstaat seine Rechtsstellung und seine Rechte nachzuweisen, insbesondere die Zuweisung eines bestimmten Vermögenswerts an den in diesem Zeugnis genannten Vermächtnisnehmer.

60 Gemäß Art. 69 Abs. 1 dieser Verordnung entfaltet das Zeugnis Wirkungen in allen Mitgliedstaaten, ohne dass es eines besonderen Verfahrens bedarf. Nach Abs. 2 dieses Artikels wird vermutet, dass die Person, die im Zeugnis als Vermächtnisnehmer genannt ist, die in dem Zeugnis genannte Rechtsstellung und die in dem Zeugnis aufgeführten Rechte hat und dass diese Rechte keinen anderen als den im Zeugnis aufgeführten Bedingungen und/oder Beschränkungen unterliegen.

61 Drittens ist in Bezug auf die Auslegung von Art. 31 der Verordnung Nr. 650/2012 darauf hinzuweisen, dass nach dem Wortlaut dieses Artikels, „[w]enn eine Person ein dingliches Recht geltend macht, das ihr nach dem auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Recht zusteht, und das Recht des Mitgliedstaats, in dem das Recht geltend gemacht wird, das betreffende dingliche Recht nicht kennt, dieses Recht soweit erforderlich und möglich an das in der Rechtsordnung dieses Mitgliedstaats am ehesten vergleichbare Recht anzupassen ist, wobei die mit dem besagten dinglichen Recht verfolgten Ziele und Interessen und die mit ihm verbundenen Wirkungen zu berücksichtigen sind“.

62 Hier ist festzustellen, dass das dingliche Recht, das Frau K mittels Vindikationslegat übertragen möchte, ihr Eigentumsanteil an der in Deutschland belegenen Immobilie ist. Unbestritten kennt aber auch das deutsche Recht das Eigentumsrecht, das dem Vermächtnisnehmer somit nach dem polnischen Recht verliehen würde.

63 Art. 31 der Verordnung Nr. 650/2012 betrifft nicht die Modalitäten des Übergangs der dinglichen Rechte, z. B. aufgrund eines „Vindikationslegats“ oder eines „Damnationslegats“, sondern nur die Wahrung des Inhalts der dinglichen Rechte, der vom auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Recht (*lex causae*) festgelegt wird, und deren Rezeption in der Rechtsordnung des Mitgliedstaats, in dem sie geltend gemacht werden (*lex rei sitae*).

64 Daher bestand, soweit es sich bei dem mittels Vindikationslegat übertragenen dinglichen Recht um das im deutschen Recht anerkannte Eigentumsrecht handelt, keine Veranlassung, die in Art. 31 der Verordnung Nr. 650/2012 vorgesehene Anpassung vorzunehmen.

65 Somit ist Art. 31 der Verordnung Nr. 650/2012 dahin auszulegen, dass er der Ablehnung der Anerkennung der gemäß dem gewählten Erbstatut von einem Vindikationslegat im Zeitpunkt des Eintritts des Erbfalls entfalteteten dinglichen Wirkungen in einem Mitgliedstaat, dessen Rechtsordnung das Institut des Vindikationslegats nicht kennt, entgegensteht.

(...)

HINWEIS DER SCHRIFTLICHTUNG:

Siehe zu dieser Entscheidung auch den Aufsatz von **Bandel**, MittBayNot 2018, 99 (in diesem Heft).

25. Eintragung von Rechten an unbeweglichen Vermögensgegenständen in ein Europäisches Nachlasszeugnis

OLG München, Beschluss vom 12.9.2017, 31 Wx 275/17

*EU ErbVO Art. 1 Abs. 1, Art. 21 Abs. 1, Art. 63 Abs. 2, Art. 68, 69 Abs. 5, Art. 71 Abs. 1
BGB § 1922*

LEITSÄTZE:

1. **Die erstrebte Aufnahme von Grundstücksdaten eines im Ausland belegenen Grundstücks (hier: Österreich) in ein ausgestelltes Europäisches Nachlasszeugnis, das die Erbfolge nach deutschem Recht bezeugt, kann nicht im Wege eines Berichtigungsverfahrens erreicht werden.**
2. **Bestimmt sich die materielle Erbfolge nach deutschem Recht, ist für eine informatorische Aufnahme eines Zusatzes betreffend eine im Nachlass befindliche, im Ausland belegene Immobilie (hier: Österreich) im Europäischen Nachlasszeugnis zum Zwecke der Umschreibung des Grundbuchs nach ausländischem Recht von vornherein kein Raum.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Der Senat teilt die Auffassung des Nachlassgerichts, dass die Voraussetzungen für die von dem Beschwerdeführer erstrebte Aufnahme der Grundstücksdaten des in Österreich belegenen Grundstücks in das von dem Nachlassgericht mit Beschluss vom 22.3.2017 erteilte Europäische Nachlasszeugnis, das bezeugt, dass der Erblasser von dem Beschwerdeführer (allein) beerbt worden ist, nicht vorliegen.

2 1. Ein bereits ausgestelltes Zeugnis kann lediglich dann berichtigt oder abgeändert bzw. widerrufen werden, wenn die Voraussetzungen des Art. 71 EU ErbVO vorliegen. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Weder liegt ein Schreibfehler vor (Art. 71 Abs. 1 EU ErbVO) noch ist das Zeugnis insgesamt noch einzelne Teile davon inhaltlich unrichtig, da das erteilte Europäische Nachlasszeugnis (ENZ) zutreffend den Beschwerdeführer nach dem hier zur Anwendung kommenden deutschen Recht (Art. 21 Abs. 1 EU ErbVO) als Erben aufgrund Testaments ausweist.

3 2. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers liegt nicht darin eine zu ergänzende Unrichtigkeit des Zeugnisses, dass die nach seiner Behauptung im Eigentum des Erblassers stehende, in Österreich belegene Immobilie nicht in das Zeugnis aufgenommen wurde.

4 Zu Recht weist das Nachlassgericht darauf hin, dass ein diesbezüglicher Antrag des Beschwerdeführers nicht vorliegt. Die Angaben des Antragstellers in seinem Antrag sowie in der eidesstattlichen Versicherung in der notariellen Urkunde (Zeugnis wird in Österreich als Nachweis der Rechtsstellung und/oder der Rechte des Erben benötigt, und zwar zwecks Grundbuchumschreibung für eine geerbte Immobilie in Österreich) erfüllen lediglich die im Sinne des Art. 63 EU ErbVO erfor-

derliche Darlegung des Auslandsbezugs in Bezug auf die erstrebte Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses und dienen insofern allein der Begründung des Antrags.

5 3. Außerdem wäre für die von dem Beschwerdeführer erstrebte Aufnahme der in Österreich belegenen Immobilie von vornherein kein Raum. Insoweit teilt der Senat die Auffassung des OLG Nürnberg (Beschluss vom 5.4.2017, 15 W 299/17, ZEV 2017, 579), dass aufgrund des hier anzuwendenden deutschen Erbrechts für die Angabe einzelner Nachlassgegenstände im Europäischen Nachlasszeugnis gemäß Art. 21 Abs. 1, Art. 68 lit. I EU ErbVO von vornherein kein Raum ist.

6 a) Nach Art. 68 lit. I i. V. m. Art. 63 Abs. 2 lit. b EU ErbVO kommt die Angabe einzelner Nachlassgegenstände, die einem bestimmten Erben zustehen (vgl. dazu Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 63 EU ErbVO Rdnr. 34), nur in Betracht, wenn die Gegenstände dem Erben mit dinglicher Wirkung („unmittelbar“) zugewiesen sind, wie dies etwa bei einer in anderen Rechtsordnungen bekannten dinglich wirkenden Teilungsanordnung der Fall ist (vgl. OLG Nürnberg, ZEV 2017, 579 m. w. N.). In dem hier anzuwendenden deutschen Erbrecht (Art. 21 Abs. 1 EU ErbVO) gilt jedoch die Universalsukzession (§ 1922 BGB), d. h. nicht einzelne Gegenstände werden vererbt, sondern das Vermögen des Erblassers als Ganzes. Insoweit fällt nach anzuwendendem deutschem Erbrecht der Nachlass unmittelbar in das Vermögen des Erben, somit auch die nach der Behauptung des Beschwerdeführers im Eigentum des Erblassers in Österreich belegene Immobilie. Demgemäß ist nach dem hier anzuwendenden deutschen Erbrecht die Angabe einzelner Nachlassgegenstände von vornherein nicht möglich (OLG Nürnberg, a. a. O.), weil der Anwendungsbereich des Art. 68 lit. I EU ErbVO nicht eröffnet ist.

7 b) Der Senat teilt im Übrigen die Auffassung des OLG Nürnberg, dass auch eine unverbindliche informatorische Aufnahme des Grundstücks in das Zeugnis (zum Beispiel Ziffer 9 der Anlage IV) nicht zulässig wäre.

8 aa) Zu Recht stellt das OLG Nürnberg darauf ab, dass eine solche Information, der nicht die Vermutungswirkung und der Vertrauensschutz der EU ErbVO zukommen könnte, dem Bestreben, mit dem europäischen Nachlasszeugnis ein Instrument mit einem formalisierten Inhalt zu schaffen, das in jedem Mitgliedstaat unproblematisch verwendet werden kann, zuwiderläuft. Demgemäß stellt das Zeugnis nach dem amtlichen Erwägungsgrund 18 S. 5 im Hinblick auf die Eintragung des Nachlassvermögens in ein Register eines Mitgliedstaats ein gültiges Schriftstück dar, unabhängig von ggf. erforderlichen weiteren Nachweisen (vgl. auch Art. 69 Abs. 5 EU ErbVO).

9 bb) Soweit dieser Nachweis für eine Umschreibung des Grundbuchs bezüglich der im Nachlass des Erblassers befindlichen Immobilie auf den Erben nach dem Grundbuchrecht in Österreich trotz Universalsukzession nach dem hier geltenden deutschen Erbrecht nicht ausreichend ist, kann diese Problematik nicht durch Aufnahme eines die Immobilie betreffenden Zusatzes in dem Europäischen Nachlasszeugnis gelöst werden.

10 Die nach dem hier anzuwendenden deutschen Erbrecht nicht vorgesehene erbrechtliche Aufnahme des Grundstücks

als Einzelgegenstand in das Zeugnis würde allein der Eintragung von Rechten an unbeweglichen Vermögensgegenständen in Österreich und insofern der dort zu vollziehenden grundbuchrechtlichen Umsetzung des sich aus dem anzuwendenden deutschen materiellen Erbrechts dienen. Insoweit würde eine solche inhaltliche Fassung des Zeugnisses über den Anwendungsbereich der EU ErbVO im Sinne des Art. 1 Abs. 1 EU ErbVO (die Rechtsnachfolge von Todes wegen) hinaus auch die (nationalen) Anforderungen in Bezug auf die Eintragung von Rechten an unbeweglichen Vermögensgegenständen betreffen bzw. mitregeln. Die Eintragung von Rechten an unbeweglichen Vermögensgegenständen in einem Register einschließlich der gesetzlichen Voraussetzungen ist aber gemäß Art. 1 Abs. 2 lit. I vom Anwendungsbereich der EU ErbVO von vornherein ausgeschlossen und kann daher auch nicht Gegenstand des Prüfungs- und Erteilungsverfahrens in Bezug auf das Europäische Nachlasszeugnis im Sinne der Art. 66 ff. EU ErbVO sein.

(...)

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

26. Notarsvorbehalt für Unterschrifts-beglaubigungen in Grundstückssachen europarechtskonform

EuGH, Urteil vom 9.3.2017, C-342/15

AEUV Art. 56, 267

RL 77/249 Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2

EuGH-VerfO Art. 82 Abs. 2, Art. 83

LEITSÄTZE:

- Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie 77/249/EWG des Rates vom 22.3.1977 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte ist dahin auszulegen, dass er auf eine Regelung eines Mitgliedstaats wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende, die den Notaren die Vornahme von Beglaubigungen der Echtheit von Unterschriften auf Urkunden, die für die Schaffung oder Übertragung von Rechten an Liegenschaften erforderlich sind, vorbehält und dadurch die Möglichkeit ausschließt, in diesem Mitgliedstaat eine solche, von einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwalt vorgenommene Beglaubigung anzuerkennen, keine Anwendung findet.**
- Art. 56 AEUV ist dahin auszulegen, dass er einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nicht entgegensteht, die den Notaren die Vornahme von Beglaubigungen der Echtheit von Unterschriften auf Urkunden, die für die Schaffung oder Übertragung von Rechten an Liegenschaften erforderlich sind, vorbehält und dadurch die Möglichkeit ausschließt, in diesem Mitgliedstaat eine solche, von einem in einem anderen**

Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwalt im Einklang mit seinem nationalen Recht vorgenommene Beglaubigung anzuerkennen.

SACHVERHALT:

(...)

10 Frau P ist Eigentümerin eines Hälftanteils an einer österreichischen Liegenschaft.

11 Am 25.2.2009 unterfertigte sie in der Tschechischen Republik ein Gesuch um Eintragung der beabsichtigten Veräußerung ihres Anteils an der fraglichen Liegenschaft in das österreichische Grundbuch zur Rangwahrung. Die Echtheit ihrer Unterschrift auf diesem Gesuch wurde von einem tschechischen Rechtsanwalt beglaubigt, der zu diesem Zweck im Einklang mit dem tschechischen Recht einen Vermerk anbrachte, der unter anderem das Geburtsdatum der Antragstellerin des Ausgangsverfahrens und Angaben zu den von ihr zum Nachweis ihrer Identität vorgelegten Dokumenten enthält. Der unterzeichnende Rechtsanwalt bestätigt auch, dass Frau P die Urkunde vor ihm eigenhändig in einer Ausfertigung unterzeichnete.

12 Am 15.7.2014 beantragte Frau P beim Bezirksgericht Freistadt (Österreich), das das Grundbuch führt, die Bewilligung dieser Eintragung. Ihrem Antrag legte sie unter anderem den am 10.11.1961 abgeschlossenen Vertrag zwischen der Republik Österreich und der Tschechoslowakischen Sozialistischen Republik über wechselseitigen rechtlichen Verkehr in bürgerlichen Rechtssachen, über Urkundenwesen und über Erteilung von Rechtsauskünften (BGBl. Nr. 309/1962), der im bilateralen Verhältnis zur Tschechischen Republik nach wie vor anwendbar ist (BGBl. III Nr. 123/1997) (im Folgenden: österreichisch-tschechisches Abkommen), bei.

13 Das Bezirksgericht wies ihren Antrag mit Entscheidung vom 18.7.2014 ab, weil ihre Unterschrift entgegen § 53 Abs. 3 GBG nicht gerichtlich oder notariell beglaubigt worden sei. Die Beglaubigung der Unterschrift durch einen tschechischen Rechtsanwalt falle auch nicht in den Anwendungsbereich des österreichisch-tschechischen Abkommens. Jedenfalls weise der von Frau P vorgelegte Beglaubigungsvermerk nicht den nach den Art. 21 und 22 dieses Abkommens erforderlichen Abdruck eines amtlichen Siegels auf.

14 Mit Beschluss vom 25.11.2015 bestätigte das Landesgericht Linz (Österreich) die Entscheidung vom 18.7.2014, wobei es insbesondere ausführte, selbst wenn es sich bei dem Vermerk, mit dem die Unterschrift für echt erklärt werde, nach tschechischem Recht um eine öffentliche Urkunde handele, falle ihre Anerkennung in Österreich unter Art. 21 Abs. 2 des österreichisch-tschechischen Abkommens. Da nach dieser Bestimmung die gegenseitige Anerkennung auf die Bestätigung der Echtheit der Unterschrift auf einer Privaturkunde beschränkt sei, die von „einem Gericht, einer Verwaltungsbehörde oder von einem österreichischen öffentlichen Notar“ der Privaturkunde beigesetzt worden sei, würde die Ausdehnung ihres Anwendungsbereichs auf Bestätigungen, die von tschechischen Rechtsanwälten vorgenommen worden seien, nicht nur dem Wortlaut von Art. 21 widersprechen, sondern auch dem Willen der Vertragsparteien.

15 Der mit dem Revisionsrekurs von Frau P befasste Oberste Gerichtshof (Österreich) hält das österreichisch-tschechische Abkommen im vorliegenden Fall nicht für anwendbar und hat Zweifel an der Vereinbarkeit des in § 53 Abs. 3 GBG aufgestellten Erfordernisses einer notariellen Beglaubigung mit dem Unionsrecht.

16 Unter diesen Umständen hat der Oberste Gerichtshof beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

- Ist Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie 77/249 so auszulegen, dass es einem Mitgliedstaat möglich ist, die Vornahme von Beglaubigungen über die Echtheit von Unterschriften auf Urkunden, die für die Schaffung oder Übertragung von Rechten an Liegenschaften erforderlich sind, vom freien Dienstleistungsverkehr der Rechtsanwälte auszunehmen und die Ausübung dieser Tätigkeit den öffentlichen Notaren vorzubehalten?

2. Ist Art. 56 AEUV dahin auszulegen, dass er einer nationalen Vorschrift des Registerstaats (Österreich) nicht entgegensteht, nach der die Vornahme von Beglaubigungen über die Echtheit von Unterschriften auf Urkunden, die für die Schaffung oder Übertragung von Rechten an Liegenschaften erforderlich sind, öffentlichen Notaren vorbehalten ist, und zwar mit der Wirkung, dass die von einem in der Tschechischen Republik ansässigen Rechtsanwalt in dessen Sitzstaat vorgenommene Erklärung über die Echtheit einer Unterschrift im Registerstaat nicht anerkannt wird, obwohl dieser Erklärung nach tschechischem Recht die Rechtswirkung einer amtlichen Beglaubigung zukommt, insbesondere weil

a) die Frage der Anerkennung einer in der Tschechischen Republik von einem dort ansässigen Rechtsanwalt verfassten Erklärung über die Echtheit einer Unterschrift auf einem Grundbuchsgesuch im Registerstaat die inhaltliche Ausübung einer Dienstleistung durch einen Rechtsanwalt betrifft, die im Registerstaat ansässigen Rechtsanwälten nicht möglich ist, und die Verweigerung der Anerkennung einer solchen Erklärung daher nicht dem Beschränkungsverbot unterliegt oder

b) ein solcher Vorbehalt gerechtfertigt ist, um die Rechtmäßigkeit und Rechtssicherheit von Akten (Urkunden über Rechtsgeschäfte) sicherzustellen und daher zwingenden Gründen des Allgemeininteresses dient und zudem erforderlich ist, um dieses Ziel im Registerstaat zu erreichen?

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

25 Zur Beantwortung der ersten Vorlagefrage ist zunächst zu prüfen, ob die Richtlinie 77/249 unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens Anwendung findet.

26 Hierzu ist festzustellen, dass die Richtlinie 77/249, die die tatsächliche Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte erleichtern soll (Urteil vom 19.1.1988, Gullung, 292/86, ECLI: EU: C:1988:15 Rdnr. 15), nach ihrem Art. 1 Abs. 1 für die im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs ausgeübten Tätigkeiten der Rechtsanwälte gilt.

27 Erstens ist somit zu prüfen, ob die Beglaubigung einer Unterschrift auf einem Grundbuchsgesuch, wie sie im Ausgangsverfahren in Rede steht, eine „Tätigkeit des Rechtsanwalts“ ist, und zweitens, ob diese Beglaubigung im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne dieser Bestimmung erfolgte.

28 Es ist festzustellen, dass die Richtlinie 77/249 die Tragweite des Begriffs „Tätigkeit des Rechtsanwalts“ im Sinne dieser Richtlinie nicht ausdrücklich definiert. Zwar wird in der Richtlinie zwischen den insbesondere in ihrem Art. 4 Abs. 1 angeführten, mit der Vertretung oder der Verteidigung eines Mandanten im Bereich der Rechtspflege oder vor Behörden zusammenhängenden Tätigkeiten und allen anderen, insbesondere in Art. 4 Abs. 4 angesprochenen Tätigkeiten unterschieden (vgl. Urteil vom 30.11.1995, Gebhard, C-55/94, ECLI: EU: C:1995:411 Rdnr. 14), doch wird die Bedeutung dieser Begriffe nicht erläutert.

29 Was den Begriff „Rechtsanwalt“ im Sinne der Richtlinie 77/249 als solchen angeht, ist darunter jedoch nach ihrem Art. 1 Abs. 2 „jede Person zu verstehen ..., die ihre beruflichen Tätigkeiten unter einer der ... Bezeichnungen auszuüben berechtigt ist“, die im jeweiligen Mitgliedstaat gelten. Mit dieser Definition hat es der Unionsgesetzgeber somit den Mitgliedstaaten überlassen, diesen Begriff selbst zu definieren, und auf die Bezeichnungen Bezug genommen, die in den Mitglied-

staaten für die Personen gelten, die zur Ausübung dieser beruflichen Tätigkeit berechtigt sind.

30 Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass der Unionsgesetzgeber auch in Bezug auf die Definition der Tätigkeiten, die von Rechtsanwälten ausgeübt werden können, mangels jeder Konkretisierung in der Richtlinie 77/249 die Befugnis der Mitgliedstaaten, den Inhalt dieses Begriffs zu bestimmen, unberührt lassen und ihnen dafür ein weites Ermessen belassen wollte.

31 Daher ist für die Zwecke der Auslegung der Richtlinie 77/249 festzustellen, dass der Begriff „Tätigkeit des Rechtsanwalts“ im Sinne dieser Richtlinie entgegen dem Vorbringen insbesondere der tschechischen und der spanischen Regierung nicht nur die üblicherweise von Rechtsanwälten erbrachten juristischen Dienstleistungen wie die Rechtsberatung oder die Vertretung und Verteidigung eines Mandanten im Bereich der Rechtspflege erfasst, sondern auch andere Arten von Leistungen wie die Beglaubigung von Unterschriften erfassen kann. Dass diese Leistungen nicht in allen Mitgliedstaaten von Rechtsanwälten erbracht werden, ist dabei irrelevant.

32 Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass – wie aus den dem Gerichtshof vorgelegten Akten hervorgeht – bestimmte Mitgliedstaaten, zu denen unter anderem die Tschechische Republik gehört, tatsächlich vorgesehen haben, dass die in ihrem Hoheitsgebiet niedergelassenen Rechtsanwälte diese anderen Arten von Dienstleistungen erbringen können.

33 Zweitens ist zu klären, ob die in der Beglaubigung einer Unterschrift bestehende Tätigkeit des Rechtsanwalts dem freien Dienstleistungsverkehr unterliegt. Die Anwendung der Richtlinie 77/249 auf Tätigkeiten des Rechtsanwalts hängt nach ihrem Art. 1 Abs. 1 nämlich auch davon ab, dass diese Tätigkeiten „in Form der Dienstleistung“ ausgeübt werden.

34 Wie der Gerichtshof insoweit wiederholt entschieden hat, kann sich zur Erbringung der Dienstleistung entweder der Leistende in den Mitgliedstaat begeben, in dem der Leistungsempfänger ansässig ist, oder der Leistungsempfänger in den Mitgliedstaat, in dem der Leistende ansässig ist. Während der erste Fall ausdrücklich in Art. 57 Abs. 3 AEUV erwähnt wird, wonach der Leistende seine Tätigkeit vorübergehend in dem Mitgliedstaat ausüben kann, in dem die Leistung erbracht wird, und zwar unter den Voraussetzungen, welche dieser Mitgliedstaat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt, stellt der zweite Fall, mit dem dem Ziel Rechnung getragen wird, jede gegen Entgelt erbrachte Tätigkeit, die nicht unter den freien Waren- und Kapitalverkehr und die Freizügigkeit fällt, dem freien Dienstleistungsverkehr zu unterwerfen, die notwendige Ergänzung hierzu dar (vgl. u. a. Urteil vom 24.9.2013, Demirkan, C-221/11, ECLI: EU: C:2013:583 Rdnr. 34).

35 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs schließt die in Art. 56 AEUV den Angehörigen der Mitgliedstaaten und damit den Unionsbürgern gewährte Dienstleistungsfreiheit daher die „passive“ Dienstleistungsfreiheit ein, d. h. die Freiheit der Dienstleistungsempfänger, sich zur Inanspruchnahme einer Dienstleistung in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben, ohne durch Beschränkungen daran gehindert zu werden (vgl. u. a. Urteil vom 24.9.2013, Demirkan, C-221/11, ECLI: EU: C:2013:583 Rdnr. 35 und die dort angeführte Rechtsprechung).

36 Demnach ist die Richtlinie 77/249, die die tatsächliche Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs durch die Rechtsanwälte erleichtern soll, dahin auszulegen, dass sie sowohl in dem klassischen Fall zur Anwendung kommt, dass sich der Rechtsanwalt zur Erbringung seiner Dienste in einen anderen als den Mitgliedstaat begibt, in dem er niedergelassen ist, als auch dann, wenn nicht er sich in einen anderen Mitgliedstaat begibt, sondern wie im Ausgangsverfahren der Dienstleistungsempfänger, der sich aus dem Mitgliedstaat seines Wohnsitzes in einen anderen Mitgliedstaat begibt, um die Leistungen eines dort niedergelassenen Rechtsanwalts in Anspruch zu nehmen.

37 Da die Voraussetzungen für die Anwendung der Richtlinie 77/249 demnach hier erfüllt sind, kann sie unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens angewandt werden.

38 Sodann ist festzustellen, dass sich die vom Obersten Gerichtshof vorgelegte Frage gerade auf die Auslegung von Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie 77/249 bezieht. Diese Bestimmung erlaubt eine Ausnahme vom freien Dienstleistungsverkehr von Rechtsanwälten, indem sie vorsieht, dass die Mitgliedstaaten „bestimmten Gruppen von Rechtsanwälten“ unter anderem die Abfassung förmlicher Urkunden, mit denen ein Recht an Grundstücken geschaffen oder übertragen wird, vorbehalten können.

39 Mit seiner Frage möchte das vorlegende Gericht insbesondere wissen, ob eine solche Ausnahme einen Vorbehalt zugunsten österreichischer Notare in Bezug auf die Beglaubigung von Unterschriften auf Dokumenten, die zur Schaffung oder zur Übertragung von Rechten an Grundstücken notwendig sind, rechtfertigen kann, der es erlaubt, Rechtsanwälte von der Ausübung einer solchen Tätigkeit auszuschließen.

40 Die in Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie 77/249 vorgesehene Ausnahme zielt aber nicht allgemein auf die verschiedenen Gruppen von Rechtsberufen ab, indem sie den Mitgliedstaaten das Recht gäbe, unter Berufung auf diese Bestimmung die Ausübung der in der Abfassung förmlicher Urkunden, mit denen ein Recht an Grundstücken geschaffen oder übertragen wird, bestehende Tätigkeit auf bestimmte Gruppen von Rechtsberufen wie Notare zu beschränken und es damit ausländischen Rechtsanwälten zu untersagen, die in Rede stehenden Tätigkeiten in ihrem Hoheitsgebiet auszuüben.

41 Diese Bestimmung sieht vielmehr eine Ausnahme von geringerer Tragweite vor, die gerade auf bestimmte, im Übrigen in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie selbst ausdrücklich genannte Gruppen von Rechtsanwälten abzielt.

42 Wie die Kommission und die deutsche Regierung zutreffend vortragen, ermöglicht es insoweit die Entstehungsgeschichte der Richtlinie 77/249, den Ursprung und die Tragweite dieser Bestimmung zu verstehen, die zugunsten des Vereinigten Königreichs und Irlands eingefügt wurde, um der besonderen Rechtslage in diesen beiden Mitgliedstaaten Rechnung zu tragen, in denen es verschiedene Gruppen von Rechtsanwälten gibt, nämlich „Barristers“ und „Solicitors“.

43 Die in Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie 77/249 vorgesehene Ausnahme sollte insbesondere der in diesen Ländern des „Common Law“ geltenden Regelung Rechnung tragen,

wonach ausschließlich „Solicitors“ dafür zuständig sind, bestimmte Rechtsakte aus dem Bereich des Grundstücksrechts abzufassen, während in den übrigen Mitgliedstaaten die Abfassung dieser Rechtsakte zum Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie den Notaren oder Gerichten vorbehalten war. Im Übrigen war unstrittig, dass solche Tätigkeiten nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 77/249 fielen.

44 Diese Ausnahme soll somit, wie der Generalanwalt in Nr. 34 seiner Schlussanträge ausführt, verhindern, dass Rechtsanwälte aus anderen Mitgliedstaaten die betreffenden Tätigkeiten im Vereinigten Königreich oder in Irland ausüben können. Diese Auslegung wird durch den zehnten Erwägungsgrund der Richtlinie 98/5 untermauert, wonach dort wie in der Richtlinie 77/249 die Möglichkeit vorzusehen ist, bestimmte grundstücks- und erbschaftsrechtliche Handlungen aus dem Tätigkeitsbereich der Rechtsanwälte, die im Vereinigten Königreich und in Irland unter ihrer ursprünglichen Berufsbezeichnung tätig sind, auszuschließen.

45 Zudem bestimmt Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 98/5:

„Mitgliedstaaten, die in ihrem Gebiet einer bestimmten Gruppe von Rechtsanwälten die Abfassung von Urkunden gestatten, mit denen das Recht auf Verwaltung des Vermögens verstorbener Personen verliehen oder Rechte an Grundstücken begründet oder übertragen werden und die in anderen Mitgliedstaaten anderen Berufen als dem des Rechtsanwalts vorbehalten sind, können den unter seiner ursprünglichen Berufsbezeichnung tätigen Rechtsanwalt aus einem dieser anderen Mitgliedstaaten von diesen Tätigkeiten ausschließen.“

46 Aus der Tatsache, dass die Ausnahme in Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie 77/249 nur bestimmte Gruppen von Rechtsanwälten betrifft, die in dem betreffenden Mitgliedstaat berechtigt sind, ihre beruflichen Tätigkeiten unter einer der in der Richtlinie selbst genau angegebenen Bezeichnungen auszuüben, und keine andere Berufsgruppen als Rechtsanwälte, ist daher zu schließen, dass diese Bestimmung unter den Umständen des Ausgangsverfahrens nicht anzuwenden ist.

47 Nach alledem ist auf die erste Frage zu antworten, dass Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie 77/249 dahin auszulegen ist, dass er auf eine Regelung eines Mitgliedstaats wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende, die den Notaren die Vornahme von Beglaubigungen der Echtheit von Unterschriften auf Urkunden, die für die Schaffung oder Übertragung von Rechten an Liegenschaften erforderlich sind, vorbehält und dadurch die Möglichkeit ausschließt, in diesem Mitgliedstaat eine solche, von einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwalt vorgenommene Beglaubigung anzuerkennen, keine Anwendung findet.

(...)

49 Zur Beantwortung der zweiten Vorlagefrage ist zunächst darauf hinzuweisen, dass Art. 56 AEUV nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung des in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs – selbst wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistende wie für solche

aus anderen Mitgliedstaaten gelten – verlangt, sofern sie geeignet sind, die Tätigkeiten des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen (Urteile vom 18.7.2013, Citroën Belux, C-265/12, ECLI: EU: C:2013:498 Rdnr. 35 und die dort angeführte Rechtsprechung, sowie vom 11.6.2015, Berlington Hungary u. a., C-98/14, ECLI: EU: C:2015:386 Rdnr. 35).

50 Im vorliegenden Fall sind nach § 53 Abs. 3 GBG nur Notare und Gerichte befugt, Unterschriften auf Dokumenten, die zur Schaffung oder zur Übertragung von Rechten an Grundstücken notwendig sind, zu beglaubigen. Die Anwendung dieser Bestimmung führt auf nicht diskriminierende Weise dazu, dass in Österreich die Beglaubigung einer solchen Unterschrift durch einen dort oder in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwalt nicht anerkannt werden kann.

51 Da ein solcher Zuständigkeitsvorbehalt es nicht erlaubt, die Beglaubigung einer Unterschrift durch einen in einem anderen Mitgliedstaat, im vorliegenden Fall in der Tschechischen Republik, niedergelassenen Rechtsanwalt anzuerkennen, der dort im Einklang mit dem nationalen Recht ähnliche Dienstleistungen rechtmäßig erbringt, ist er geeignet, einen solchen Berufsangehörigen daran zu hindern, derartige Dienstleistungen Mandanten anzubieten, die sich in Österreich darauf stützen möchten. Außerdem beschränkt ein solcher Zuständigkeitsvorbehalt in Anbetracht der in den Rdnr. 34 und 35 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung auch die Freiheit eines österreichischen Staatsangehörigen, sich zum Empfang einer derartigen Leistung in die Tschechische Republik zu begeben, um sie dort in Anspruch zu nehmen, da sie in Österreich für die Zwecke einer Grundbucheintragung nicht nutzbar ist.

52 Die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nationale Bestimmung stellt daher eine Beschränkung des durch Art. 56 AEUV garantierten freien Dienstleistungsverkehrs dar.

53 Sodann ist darauf hinzuweisen, dass eine solche Beschränkung nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs im Rahmen der Ausnahmeregelungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit, die in den nach Art. 62 AEUV auch auf dem Gebiet des freien Dienstleistungsverkehrs anwendbaren Art. 51 und 52 AEUV ausdrücklich vorgesehen sind, gleichwohl zulässig oder, sollte die Beschränkung ohne Diskriminierung angewandt werden, aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein kann (vgl. Urteil vom 28.1.2016, Laezza, C-375/14, ECLI: EU: C:2016:60 Rdnr. 31 und die dort angeführte Rechtsprechung), sofern sie geeignet ist, die Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das zu seiner Erreichung erforderliche Maß hinausgeht (vgl. unter anderem Urteil vom 17.3.2011, Peñarroja Fa, C-372/09 und C-373/09, ECLI: EU: C:2011:156 Rdnr. 54 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

54 Wie der Generalanwalt hierzu in Nr. 48 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 24.5.2011, Kommission/Österreich (C-53/08, ECLI: EU: C:2011:338 Rdnr. 91 und 92), bereits festgestellt, dass die

Beurkundungstätigkeit der Notare als solche nicht im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AEUV mit einer unmittelbaren und spezifischen Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist. Dass bei bestimmten Akten oder Verträgen eine Beurkundung zwingende Voraussetzung ihrer Wirksamkeit ist, kann dieses Ergebnis im Übrigen nicht in Frage stellen.

55 Daher kann man sich unter Umständen wie denen der vorliegenden Rechtssache, die zudem nur die Beglaubigung der Unterschrift des Antragstellers und nicht des Inhalts des Dokuments, auf dem sie angebracht wurde, betrifft, nicht auf die in dieser Bestimmung des AEU-Vertrags vorgesehene Ausnahme berufen.

56 Angesichts des in Rdnr. 50 des vorliegenden Urteils angeführten Umstands, dass der in § 53 Abs. 3 GBG vorgesehene Zuständigkeitsvorbehalt zugunsten von Notaren eine nicht diskriminierende Maßnahme ist, ist jedoch noch zu prüfen, ob er nicht im Einklang mit der in Rdnr. 53 des vorliegenden Urteils wiedergegebenen Rechtsprechung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein könnte.

57 Im vorliegenden Fall machen die österreichischen Behörden geltend, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nationale Maßnahme die Funktionsfähigkeit des Grundbuchsystems sicherstellen sowie die Rechtmäßigkeit und die Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen gewährleisten solle.

58 Wie insbesondere die österreichische und die deutsche Regierung hervorgehoben haben, kommt dem Grundbuch vor allem in bestimmten Mitgliedstaaten, die das lateinische Notariat kennen, unter anderem im Rahmen von Grundstückstransaktionen entscheidende Bedeutung zu. Insbesondere hat jede Eintragung in ein Grundbuch wie das österreichische Grundbuch konstitutive Wirkung, sodass das Recht der Person, die diese Eintragung beantragt hat, erst mit ihr entsteht. Die Führung des Grundbuchs stellt somit insofern einen wesentlichen Bestandteil der vorsorgenden Rechtspflege dar, als sie die ordnungsgemäße Rechtsanwendung und die Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen gewährleisten soll, was zu den Aufgaben und Zuständigkeiten des Staates gehört.

59 Unter diesen Umständen tragen nationale Bestimmungen, die vorschreiben, dass die Richtigkeit von Eintragungen in ein Grundbuch durch vereidigte Berufsangehörige wie Notare überprüft werden muss, zur Gewährleistung der Rechtssicherheit von Grundstückstransaktionen und zur Funktionsfähigkeit des Grundbuchs bei und stehen allgemein mit dem Schutz der ordnungsgemäßen Rechtspflege im Zusammenhang, was nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 12.12.1996, Reisebüro Broede, C-3/95, ECLI: EU: C:1996:487 Rdnr. 36).

60 Außerdem hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 24.5.2011, Kommission/Österreich (C-53/08, ECLI: EU: C:2011:338 Rdnr. 96), zur Niederlassungsfreiheit bereits festgestellt, dass der Umstand, dass mit den notariellen Tätigkeiten im Allgemeininteresse liegende Ziele verfolgt werden, die insbesondere dazu dienen, die Rechtmäßigkeit und die Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen zu gewährleisten, einen zwingenden Grund des Allgemein-

interesses darstellt, der etwaige Beschränkungen von Art. 49 AEUV rechtfertigen kann, die sich aus den Besonderheiten der notariellen Tätigkeit ergeben, wie etwa den für die Notare aufgrund der Verfahren zu ihrer Bestellung geltenden Vorgaben, der Beschränkung ihrer Zahl und ihrer örtlichen Zuständigkeit oder auch der Regelung ihrer Bezüge, ihrer Unabhängigkeit, der Unvereinbarkeit von Ämtern und ihrer Unversetzbarkeit, soweit diese Beschränkungen zur Erreichung der genannten Ziele geeignet und erforderlich sind.

61 Analog zu den Ausführungen des Gerichtshofs in diesem Urteil ist davon auszugehen, dass solche Erwägungen auch für eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs im Sinne von Art. 56 AEUV gelten.

62 Folglich ist festzustellen, dass die von der österreichischen Regierung angeführten Ziele einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen, der eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende rechtfertigen kann.

63 Zu prüfen ist jedoch noch, ob die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Maßnahme dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit im Sinne der in den Rdnr. 53 und 60 des vorliegenden Urteils angeführten Rechtsprechung genügt.

64 Im vorliegenden Fall ist, wie sich aus den in der vorliegenden Rechtssache von den österreichischen Behörden in der mündlichen Verhandlung abgegebenen Erklärungen ergibt, das Tätigwerden des Notars für die Eintragung im Grundbuch wichtig und notwendig, da sich seine Beteiligung nicht darauf beschränkt, die Identität einer Person, die ein Dokument unterzeichnet hat, zu bestätigen, sondern auch impliziert, dass der Notar Kenntnis vom Inhalt des fraglichen Rechtsakts erhält, damit er sich der Ordnungsmäßigkeit der geplanten Transaktion vergewissert und die Geschäftsfähigkeit des Antragstellers überprüft.

65 Vor diesem Hintergrund stellt es eine zur Erreichung der Ziele der Funktionsfähigkeit des Grundbuchsystems sowie der Rechtmäßigkeit und der Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen geeignete Maßnahme dar, dass die Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Beglaubigung von Urkunden über die Schaffung oder Übertragung von Rechten an Liegenschaften einer bestimmten Berufsgruppe vorbehalten werden, die öffentliches Vertrauen genießt und über die der betreffende Mitgliedstaat eine besondere Kontrolle ausübt.

66 Ferner ist festzustellen, dass die in der Bestätigung der Echtheit von Unterschriften auf Rechtsakten bestehende Tätigkeit des Rechtsanwalts nicht mit der Tätigkeit der Beglaubigung durch die Notare vergleichbar ist und dass das Beglaubigungswesen durch strengere Bestimmungen geregelt wird.

67 In der vorliegenden Rechtssache hat die tschechische Regierung dazu in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass ein tschechischer Anwalt zwar befugt sei, die Echtheit einer Unterschrift unter den in einer speziellen Regelung genau festgelegten Umständen zu bestätigen, doch gehe aus der Rechtsprechung des Nejvyšší soud (Oberstes Gericht, Tschechische Republik) klar hervor, dass der von einem tschechischen Rechtsanwalt angebrachte Beglaubigungsvermerk einer Unterschrift keine öffentliche Urkunde sei. Deshalb habe

diese Bestätigung im Fall eines Rechtsstreits zwischen den Parteien nicht die gleiche Beweiskraft wie eine Beglaubigung durch einen Notar.

68 Daraus folgt nach Ansicht dieses Mitgliedstaats, dass diese Bestätigung, wenn eine solche Unterschrift in Österreich für die Zwecke der Eintragung in das österreichische Grundbuch anerkannt würde, der Beglaubigung durch einen Notar gleichgestellt würde und somit den Wert einer öffentlichen Urkunde hätte. Folglich käme ihr in Österreich eine andere Beweiskraft zu, als sie in der Tschechischen Republik selbst haben könnte.

69 Unter diesen Umständen würde ein aus Gründen des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte erfolgender allgemeiner Verzicht auf staatliche Kontrollfunktionen und eine wirksame Gewährleistung der Kontrolle der Grundbucheinträge zu einer Störung der Funktionsfähigkeit des Grundbuchsystems sowie der Rechtmäßigkeit und der Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen führen.

70 Daraus folgt, dass die im Ausgangsverfahren in Rede stehende nationale Maßnahme nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung der von der österreichischen Regierung angeführten Ziele erforderlich ist.

71 Nach alledem ist auf die zweite Frage zu antworten, dass Art. 56 AEUV dahin auszulegen ist, dass er einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nicht entgegensteht, die den Notaren die Vornahme von Beglaubigungen der Echtheit von Unterschriften auf Urkunden, die für die Schaffung oder Übertragung von Rechten an Liegenschaften erforderlich sind, vorbehält und dadurch die Möglichkeit ausschließt, in diesem Mitgliedstaat eine solche, von einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwalt im Einklang mit seinem nationalen Recht vorgenommene Beglaubigung anzuerkennen.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar **Christian Schall**, Marktheidenfeld

In seinem Urteil vom 9.3.2017 führt der EuGH konsequent seine Linie fort, wonach die notarielle Tätigkeit nach kontinentalem Verständnis im Unionsrecht Belangen dient, die zwingende Gründe des Allgemeininteresses darstellen.

Sofern nach den zwischenzeitlichen Klarstellungen der obersten deutschen Gerichte¹ seit 2011 noch Zweifel an der Rechtmäßigkeit der lateinischen Notariatsverfassung bestanden haben sollten,² hat der EuGH diesen nunmehr die

¹ BVerfG, Beschluss vom 19.6.2012, 1 BvR 3017/09, MittBayNot 2012, 497 (Hoheitlichkeit der Tätigkeit des Notars nach mitgliedstaatlichem Recht); BGH, Urteil vom 4.3.2013, NotZ (Brfg) 9/12, DNotZ 2013, 630 (Tätigkeit deutscher Notare im Ausland); BGH, Urteil vom 17.3.2014, NotZ (Brfg) 21/13, DNotZ 2014, 553 (Altersgrenze); BGH, Urteil vom 20.7.2015, NotZ (Brfg) 13/14, MittBayNot 2016, 72 m. Anm. *Huttenlocher* (keine Auslandsbeurkundung durch ausländischen Notar im Inland).

² *Schmid/Pinkl*, NJW 2011, 2928; *Korte/Steiger*, NVwZ 2011, 1243, 1246.

letzte Grundlage entzogen und sein Urteil vom 24.5.2011 mit hinreichender Klarheit präzisiert: Die im Urteil von 2011 anklingende Verhältnismäßigkeit der notariellen Berufsausübung wurde dabei erstmals außerhalb eines obiter dictum vom EuGH auf den Prüfstand gestellt. Abweichend von den deutschen Gerichten, die bereits nach dem Urteil von 2011 die *acte-clair*-Doktrin für ähnliche Fragestellungen angewandt hatten,³ bemühte der österreichische Oberste Gerichtshof in dem nunmehr entschiedenen Verfahren C-342/15 „Piringer“ die fünfte Kammer des EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens.

1. Sachverhalt

Ausgangspunkt des Vorlageersuchens ist das Begehren um Bewilligung einer Anmerkung der Rangordnung⁴ für die beabsichtigte Veräußerung eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück nach § 53 Abs. 1 öGBG. Das entsprechende Grundbuchsgesuch wurde in der Tschechischen Republik bei einem tschechischen Rechtsanwalt unterschrieben, welcher die Echtheit der Unterschrift in Übereinstimmung mit tschechischem Recht bestätigte und eine Endbeglaubigung durch die tschechische Rechtsanwaltskammer einholte. Die vorinstanzlichen Gerichte lehnten die Grundbucheintragung ab, weil das Grundbuchsgesuch nach österreichischem Recht gerichtlich oder notariell hätte beglaubigt sein müssen, und stellten fest, dass auch die Voraussetzungen für die Vornahme der Eintragung nach dem Staatsvertrag zwischen der Republik Österreich und der Tschechischen Republik vom 10.11.1961⁵, der die Anerkennung bestimmter öffentlicher Urkunden zwischen beiden Ländern regelt, nicht erfüllt seien. Der österreichische Oberste Gerichtshof (OGH) legte dem EuGH daraufhin zwei isolierte Auslegungsfragen zur Vorabentscheidung vor.

Zunächst möchte der österreichische OGH geklärt haben, ob Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie 77/249 zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte es Mitgliedstaaten grundsätzlich erlaubt, Rechtsgeschäfte vom freien Dienstleistungsverkehr der Rechtsanwälte auszunehmen, die für die Schaffung oder Übertragung von Rechten an Liegenschaften erforderlich sind und sie Notaren vorzubehalten.

Weiterhin möchte der österreichische OGH vom EuGH wissen, ob die allgemeine Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV eine mitgliedstaatliche Einschränkung der öffentlichen Beglaubigungszuständigkeit im Immobilien- bzw. Registerrecht zugunsten von Notaren zulässt, sodass eine Erklärung über die Echtheit einer Unterschrift durch einen tschechischen Rechtsanwalt für Registereintragungen in diesem Mitgliedstaat nicht ausreicht. Hierbei soll insbe-

sondere geklärt werden, ob der Dienstleistung, die einem tschechischen Rechtsanwalt möglich ist, in Österreich die Anerkennung versagt werden darf, weil dort Rechtsanwälte diese Dienstleistungen nicht ausüben dürfen und ob ein Vorbehalt der öffentlichen Beglaubigung zugunsten von Notaren unter dem Aspekt der Rechtmäßigkeit und Rechtssicherheit von Akten gerechtfertigt ist.

2. Zur ersten Vorlagefrage

Der Gerichtshof kommt für die Frage der Anwendbarkeit der Anwaltsdienstleistungsrichtlinie 77/249/EWG zu dem Schluss, dass die Bereichsausnahme zugunsten gewisser Aufgaben im Grundstücksbereich in Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2 dieser Richtlinie für notarielle Vorbehalte nicht einschlägig ist, da die Ausnahme für spezielle Rechtsanwälte in Großbritannien konzipiert wurde, die eine Einmischung kontinentaler Rechtsanwälte im Liegenschaftsrecht Großbritanniens verhindern soll.⁶ Sicherlich hätte es nahegelegen, daraus im Wege des Erst-Recht-Schlusses auch eine grenzüberschreitende Tätigkeit eines Anwalts unter Umgehung des Notarvorbehalts zu fassen.⁷ Dies lässt der EuGH indes an seiner Doktrin der „engen Auslegung von Ausnahmen“ scheitern.⁸ Der EuGH nimmt stattdessen an, dass es sich bei der Unterschriftsbeglaubigung um eine „Rechtsanwalts-tätigkeit“ handelt, knüpft daran aber keine Rechtsfolge für eine grenzüberschreitende Anerkennung des dabei entstehenden Produktes. Im Zeitpunkt des Richtlinienerlasses sollte die Richtlinie unstreitig für die Frage der Verwendbarkeit des Produktes der Rechtsanwaltsdienstleistung nicht einschlägig sein. Aus der Rechtsanwaltsdienstleistungsrichtlinie lassen sich daher weder ein Gebot noch ein Verbot des Notarvorbehalts ableiten, weshalb die zweite Vorlagefrage aus Sicht des Gerichtshofes ebenfalls zu prüfen war.⁹

3. Zur zweiten Vorlagefrage

Anstatt sich vorab diversen berechtigten Fragen zur Anwendbarkeit der allgemeinen Dienstleistungsfreiheit zu stellen (Spezialität der Regelung der Urkundszirkulation, Spezialität der Zusammenarbeit in justiziellen Angelegenheiten sowie der Tatsache, dass bereits keine öffentliche Urkunde nach tschechischem Recht vorliegt, die somit unabhängig von der Dienstleistungsfreiheit die Anforderungen des österreichischen Grundbuchrechts nicht erfüllen kann),¹⁰ steigt der EuGH unvermittelt in die Prüfung der allgemeinen Dienstleistungsfreiheit ein. Er kommt zunächst zu dem zweifelhaften Ergebnis, dass die Anwendbarkeit der allgemeinen Dienstleistungsfreiheit einschlägig und eine nicht diskriminierende Einschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs

³ Vgl. Fn. 2.

⁴ Bei der Anmerkung handelt es sich um einen Rechtsakt, der dem Erwerb von Eigentum an Grundstücken zeitlich vorgelagert ist und hinsichtlich des Ranges des erworbenen Eigentumsrechts unmittelbare Wirkung entfaltet, vgl. § 57 öGBG.

⁵ Vertrag über den wechselseitigen rechtlichen Verkehr in bürgerlichen Rechtssachen, über Urkundenwesen und über Erteilung von Rechtsauskünften, BGBl. 1962, S. 309 i. d. F. BGBl. III 1997, S. 123.

⁶ EuGH, Urteil vom 9.3.2017, C-342/15, ECLI: EU: C:2017:196 Rdnr. 43-46.

⁷ Schlussantrag des Generalanwalts Szpunar vom 21.9.2016, ECLI: EU: C:2016:710 Rdnr. 34-39.

⁸ Vgl. hierzu Raff, DNotZ 2017, 447, 460.

⁹ EuGH, Urteil vom 9.3.2017, C-342/15, ECLI: EU: C:2017:196, Rdnr. 43; vgl. auch DNotI-Report 2017, 62, 63; Waldhoff, EuZW 2017, 382, 383 f.

¹⁰ Siehe dazu die Argumentation von Waldhoff, ZfRV 2016, 39 und Eickelberg, GPR 2016, 93.

durch den Notarvorbehalt gegeben ist, auch weil der Notar nach der engen Auslegung des Unionsrechts den Ausnahmetatbestand des Art. 51 Abs. 1 AEUV zur Ausübung hoheitlicher Gewalt auf Unionsebene nicht erfüllt.¹¹

Sodann prüft der EuGH ab Rdnr. 56 in begrüßenswerter Klarheit die Verhältnismäßigkeit des Notarvorbehalts der Unterschriftsbeglaubigung. Als mögliche Rechtfertigungsgründe werden vom Gerichtshof die bereits im Urteil vom 24.5.2011 im Rahmen eines *obiter dictum* genannte Gewährleistung der „*Rechtmäßigkeit und Rechtssicherheit von Akten zwischen Privatpersonen*“ sowie die „*Funktionsfähigkeit des Grundbuchsystems*“ angeführt. Die *entscheidende Bedeutung* des Grundbuchsystems im lateinischen Notariat als *wesentlichem Teil der vorsorgenden Rechtspflege* wird ausdrücklich als *Aufgabe und Zuständigkeit des Staates* beschrieben, der die ordnungsgemäße Rechtsanwendung und die Rechtssicherheit von Akten auf seinem Hoheitsgebiet gewährleisten muss.¹²

Hierzu kann der Staat nationale Bestimmungen vorsehen, die gewisse Aufgaben vereidigten Berufsangehörigen vorbehalten, die zahlenmäßig überschaubar und damit strenger staatlicher Kontrolle unterworfen sind. Diese erhöhten formalen Anforderungen an die Registereintragungen erklären sich mit ihren weitreichenden Folgen für den Rechtsverkehr. In den Rechtsordnungen einiger Mitgliedstaaten wird erst mit der Registereintragung das Eigentum an Grundstücken wirksam übertragen.¹³ In anderen Mitgliedstaaten kann die Eigentumsübertragung Dritten erst dann entgegeng gehalten werden, wenn sie durch Registereintragung ordnungsgemäß bekannt gemacht worden ist.¹⁴ Dabei genießen Registereintragungen „*öffentlichen Glauben*“:¹⁵ Gutgläubige Dritte können auf Eintragungen im Register vertrauen und wirksam Grundstückseigentum erwerben, selbst wenn die Eintragungen nicht mit der wahren Rechtslage übereinstimmen. Umgekehrt droht dem wahren Berechtigten bei einer unrichtigen Registereintragung der Eigentumsverlust.

Aufgrund dieser erheblichen Wirkungen von Registereintragungen für den Rechts- und Wirtschaftsverkehr und für die Eigentumsinteressen von Privatpersonen ist von entscheidender Bedeutung, dass eine unabhängige und unparteiliche Amtsperson die Richtigkeit und Vollständigkeit der erforderlichen Unterlagen prüft und erforderliche Beglaubigungen vornimmt. Insbesondere Notare¹⁶ als externe

staatliche Funktionsträger sind für diese „*Schlüsselstelle*“ zum Grundstücksregister geeignet.

Zum einen ist die juristische Qualifikation der Notare bedeutsam für die Abfassung korrekter Grundbuchanträge. Der Gerichtshof differenziert hierbei in Rdnr. 55 zwischen einer bloßen Unterschriftsbeglaubigung und der notariellen Beurkundung, welche einen deutlich höheren Stellenwert genießt. Gleichwohl verlangt der EuGH auch bei der Unterschriftsbeglaubigung, dass der Notar nicht nur die bloße Identität, sondern auch die Ordnungsmäßigkeit der Grundbuchanträge überprüft, wie dies in Deutschland nunmehr auch ausdrücklich in § 15 Abs. 3 GBO klarstellend festgehalten wurde.

Darüber hinaus kommt es aber auch und gerade auf die besondere Stellung des Notars als Amtsträger, der „*öffentliches Vertrauen*“ genießt, und damit auf seine Eingliederung in das staatliche Registerwesen mit entsprechender „*besonderer Kontrolle*“ an.¹⁷ Hierin liegt der entscheidende Unterschied zum Rechtsanwalt, der überdies auch in Tschechien keine öffentlichen Urkunden errichten kann.¹⁸

Unter diesen Umständen geht der EuGH davon aus, dass auf dem freien Dienstleistungsverkehr der Rechtsanwälte beruhende Verzicht auf staatliche Kontrollfunktionen und die qualitative Absicherung von Grundbucheinträgen zwangsläufig die Funktionsfähigkeit des Grundbuchsystems stören würde.¹⁹ Das heißt, der Staat würde seiner Aufgabe nicht mehr gerecht, wenn er im sensiblen Bereich öffentlicher Register keine Vorschriften erließe, welche die Rechtssicherheit der Bürger und deren Eigentumsgarantie hinreichend gewährleisten können. Das Grundbuchsystem (und andere öffentliche Register wie beispielsweise das deutsche Handelsregister) im Rahmen einer vorsorgenden Rechtspflege, wie sie in Ländern des lateinischen Notariats existiert, erhält damit vom Gerichtshof ein besonderes Gütesiegel: Seine Funktionsfähigkeit dient zwingenden Allgemeininteressen und ist nun ein wichtiger (neuer) Rechtfertigungsgrund im Repertoire des EuGH. Existierende Beschränkungen durch Aufgabenvorbehalte zugunsten bestimmter Berufsgruppen, die den oben genannten Anforderungen entsprechen, stellen keine Verletzung der allgemeinen Dienstleistungsfreiheit dar.

Von weiteren Vorlagen im Bereich der öffentlichen Register, deren Wächter traditionellerweise die Notare lateinischer Prägung sind, und der Notariatsverfassungen kann in Zukunft im Wege der *acte-clair*-Doktrin abgesehen werden.²⁰ Die deutschen Gerichte dürfen sich in ihren bisherigen Entscheidungen bestätigt fühlen.

11 Unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 24.5.2011, ECLI: EU: C:2011:339 = DNotZ 2011, 462.

12 EuGH, Urteil vom 9.3.2017, C-342/15, ECLI: EU: C:2017:196 Rdnr. 58.

13 Vgl. für Österreich § 4 GBG, § 431 ABGB; für Deutschland §§ 873, 925 BGB.

14 Vgl. für Italien Art. 2644 CC; für Frankreich siehe Art. 30 i. V. m. Art. 28 D. n. 55-22 vom 4.1.1955.

15 Vgl. für Österreich §§ 62 ff. GBG; für Deutschland § 891 BGB; für Spanien Art. 34 LH.

16 In Österreich werden gerichtliche und notarielle Beglaubigungen im Grundbuchwesen gleichgestellt (vgl. § 31 Abs. 1, § 53 Abs. 3 GBG); im deutschen Recht meint „*öffentliche Beglaubigung*“ i. S. d. § 29 GBO Beglaubigung durch den Notar (vgl. § 129 Abs. 1 BGB), vgl. Bauer/von Oefele/Knothe, GBO, 3. Aufl. 2013, § 29 Rdnr. 124.

17 EuGH, Urteil vom 9.3.2017, C-342/15, ECLI: EU: C:2017:196 Rdnr. 65.

18 Urteil des Obersten Tschechischen Gerichtshofs vom 25.12.2012, 21 Cdo 3461/2011.

19 EuGH, Urteil vom 9.3.2017, C-342/15, ECLI: EU: C:2017:196 Rdnr. 69.

20 So auch Böttcher, NJW 2017, 1455, 1459.

27. Amtshaftungsansprüche bei Unterschreiten der 14-Tages-Frist nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a. F.

LG München I, Urteil vom 11.5.2016, 15 O 10288/15

BeurkG § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 a. F.

BNotO § 19

LEITSÄTZE:

- 1. Grundsätzlich kommt ein Anspruch nach § 19 BNotO wegen eines Verstoßes gegen § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG in Betracht. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 2. Der Notar durfte sich nach alter Rechtslage aber regelmäßig auf die tatsächlichen Angaben der Beteiligten ohne eigene Nachprüfung verlassen. Dies galt auch für die schriftliche Erklärung eines Käufers auf einem Hinweisblatt, den Entwurf des zu beurkundenden Vertrages mindestens 14 Tage vor Beurkundung erhalten zu haben. (Leitsatz der Schriftleitung)**

SACHVERHALT:

1 Die Klägerin macht mit ihrer Klage gegen den Beklagten Schadensersatzansprüche aus Amtshaftung nach § 19 BNotO geltend.

2 Der Beklagte beurkundete (...) unter der URNr. X vom 19.11.2007 ein Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages mit Auflassung über eine Wohnung samt Garagenstellplatz (...). Am 19.11.2007 unterzeichnete die Klägerin einen „Hinweis für den Käufer von Immobilien“ (im Folgenden: Hinweis für den Käufer), erstellt vom Beklagten. Dort heißt es:

„Der Käufer bestätigt, dass er zwei Wochen vor Beurkundung den Text der heutigen Urkunde erhalten hat.“

Der Verkäufer nahm das Angebot am 29.11.2007 an. Die Klägerin wurde zwischenzeitlich als Eigentümerin eingetragen.

3 Die Klägerin bringt vor, sie sei im Wege eines Haustürgeschäfts erworben und zum Kauf der Wohnung sowie dem Abschluss eines Darlehensvertrages bestimmt worden. Das Beratungsgespräch mit dem Anlageberater habe am 19.11.2007 stattgefunden. Für den gleichen Tag sei ein Notartermin vereinbart worden. Den Entwurf des Kaufangebots habe sie nicht zwei Wochen vor der Beurkundung erhalten. Die Wohnung habe einen Verkehrswert, der weit unter dem gezahlten Kaufpreis liege. Auch lägen die von ihr zu bedienenden Darlehensraten über dem mit der Wohnung zu erzielenden Mietertrag.

4 Die Klägerin wirft dem Beklagten vor, er habe das Kaufangebot beurkundet, obwohl die Klägerin den Entwurf nicht zwei Wochen zuvor erhalten habe. Dies stelle einen Verstoß gegen § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a. F. dar. Schriftsätzlich hatte die Klägerin vorgebracht, hätte der Beklagte am 19.11.2007 von der Beurkundung abgesehen, so hätte die Klägerin die Wohnung nicht gekauft.

(...)

5 Der Beklagte bringt vor, die Klägerin müsse schon früher Überlegungen zum Kauf angestellt haben, da der Darlehensvertrag vom 16.10.2007 datiere. Er sieht keinen Verstoß gegen das Beurkundungsgesetz. Die Klägerin habe den „Hinweis an den Käufer“ unterzeichnet. Ferner bestreitet der Beklagte die Kausalität sowie den behaupteten Schaden. Er wendet die Subsidiarität der Notarhaftung ein und erhebt im Übrigen die Einrede der Verjährung.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

7 I. Grundsätzlich kommt ein Anspruch nach § 19 BNotO wegen eines Verstoßes gegen § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG in Betracht (BGHZ 206, 112). Nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG in der Fassung vom 23.7.2002 sollte der Notar das Beurkundungsverfahren so gestalten, dass die Einhaltung der Pflichten nach den Absätzen 1 und 2 gewährleistet ist. Bei Verbraucherverträgen sollte der Notar darauf hinwirken, dass der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen; bei Verbraucherverträgen, die der Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BGB unterliegen, geschieht dies im Regelfall dadurch, dass dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts zwei Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt wird.

8 Die Kammer geht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme davon aus, dass der Entwurf des Kaufangebots der Klägerin nicht zwei Wochen vor dem Beurkundungstermin vorlag. Gründe, warum hier vom Regelfall abgewichen werden konnte, sind weder vorgetragen noch ersichtlich. Darauf kommt es letztlich aber nicht an.

9 II. Der Anspruch ist schon deshalb ausgeschlossen, weil es an einem schuldhaften Verstoß des Beklagten fehlt. Zwar kann der Notar den Willen der Vertragspartner nur dann richtig erfassen und in die passende rechtliche Form kleiden, wenn er den Tatsachenkern des zu beurkundenden Geschäfts aufgeklärt hat; der Notar darf sich aber regelmäßig auf die tatsächlichen Angaben der Beteiligten ohne eigene Nachprüfung verlassen (BGH, MDR 1999, 833).

10 Die Klägerin selbst hat bei ihrer Anhörung angegeben, dass sie den „Hinweis für den Käufer“ unterzeichnet habe. Ihr sei – von ihrem eigenen Berater – vermittelt worden, das sei schon in Ordnung. Es sei ihr erster Immobilienkauf gewesen; sie habe unterzeichnet, weil ihr Berater gesagt habe, „das passe so“.

11 Der Beklagte gab an, er beginne mit der Beurkundung immer erst dann, wenn ihm das vom Käufer unterzeichnete Merkblatt vorgelegt werde. Wenn dieses nicht vorliege, verschiebe er die Beurkundung um 14 Tage.

12 Der Zeuge Z, der bei der streitgegenständlichen Beurkundung nicht anwesend war, gab an, die 14-Tages-Frist habe wegen des gewählten Vorgehens beim Verkauf eigentlich nie eingehalten werden können. Hinsichtlich des „Hinweises für den Käufer“ sei es so gewesen, dass dort als letzter Absatz ganz fett (Anmerkung des Gerichts: kursiv) aufgedruckt sei, dieses Angebot dürfe erst angenommen werden, wenn dem Notar eine Finanzierungszusage des Kreditinstituts vorliege. Dann „verschwimme“ der obige Hinweis. Auf Frage des Gerichts, dass der Zeuge ja selbst Kunden vermittelt habe und es ihm dann offensichtlich auch egal gewesen sei, dass die Zwei-Wochen-Frist nicht eingehalten war, erklärte der Zeuge, egal sei es ihm nicht gewesen, aber er hätte die Kaufverträge auch oft selbst nicht bekommen. Heute sei dies anders. Er könne nicht sagen, ob dem Beklagten das bekannt gewesen sei, seinen Mitarbeitern hätte dies aber auffallen müssen. Natürlich habe er das Merkblatt auch gelesen. Schwerpunkt sei eben

gewesen, dass darauf hingewiesen wurde, dass das Angebot erst angenommen werden dürfe, wenn eine Finanzierungszusage vorliege. Da habe es dann auch den entsprechenden Druck von der Verkäuferfirma gegeben, wonach es dann geheiß habe „Lieber Käufer, Du siehst ja, das steht hier entsprechend im Vertrag“, und auf die oberen Regelungen sei dann nicht mehr so genau geschaut worden. Die Hinweise für den Käufer habe man entweder selbst schon als Kopiervorlage gehabt; sie seien auch manchmal von der Verkäuferin gekommen oder hätten im Wartezimmer ausgelegen. Diese seien dann immer vor der Beurkundung unterzeichnet worden, man habe halt den Käufer das unterschreiben lassen.

13 Unabhängig davon, inwieweit den globalen Angaben des Zeugen Z im hier vorliegenden Streitfall gefolgt werden kann, ergibt sich jedenfalls aus seiner Aussage und den Angaben der Klägerin, dass der „Hinweis für den Käufer“ vom Käufer auf Drängen seines eigenen Beraters unterzeichnet wurde. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass sich dem Beklagten hätte aufdrängen müssen, dass die Erklärung eines offensichtlich Geschäftsfähigen unrichtig ist.

14 III. Der Anspruch ist auch deshalb ausgeschlossen, weil – ein schuldhaftes Verhalten des Beklagten unterstellt – das Verhalten des Beklagten nicht kausal für den behaupteten Schaden geworden ist. Der Beklagte hätte, da am 19.11.2007 die Regelfrist von zwei Wochen nicht abgelaufen war und die Zwecke dieser Wartefrist auch nicht anderweitig erfüllt waren, die ihm angetragene Beurkundung ablehnen müssen. Seine Amtspflichtverletzung liegt mithin entscheidend darin, dass er die Beurkundung, obwohl der Zweck der Wartefrist auch nicht anderweitig erfüllt war, trotzdem durchgeführt hat. Zwischen dieser Amtspflichtverletzung und dem von der Klägerin geltend gemachten Schaden – Abschluss des notariellen Kaufvertrags – besteht notwendigerweise ein kausaler Zusammenhang (BGHZ 206, 112). Allerdings geht der Zweck des Gesetzes, zu verhindern, dass der Verbraucher durch einen übereilten Entschluss ein ihm nachteiliges Geschäft abschließt, nicht soweit, den Notar zum „Ausfallbürgen“ des Verbrauchers für fehlgeschlagene wirtschaftliche Investitionen zu machen. Der Notar kann sich also darauf berufen, der Käufer hätte, wenn der Notar die Beurkundung abgelehnt hätte, diese dann nach Ablauf der Regelfrist genauso wie geschehen vornehmen lassen. Für diesen hypothetischen Verlauf trifft den Notar die Darlegungs- und Beweislast, das heißt Zweifel gehen zu seinen Lasten (BGHZ 206, 112). Allerdings dürfen die Anforderungen an die Beweisführung nicht überspannt werden; auch insoweit gilt (zugunsten des Schädigers) das herabgesetzte Beweismaß des § 287 ZPO.

15 Die Klägerin hat in ihrer Anhörung dazu angegeben, sie hätte, wenn die Beurkundung verschoben worden wäre, das wahrscheinlich schon zum Anlass genommen, sich die Wohnung mal anzusehen. Vermutlich wäre die Beurkundung dann auch etwas länger hinausgeschoben worden. Sie arbeite als Krankenschwester, habe natürlich auch einen Dienstplan und könne nicht jedes Mal so weit zur Beurkundung fahren. Außer mit dem Herrn X habe sie sich vor der Beurkundung mit niemandem über die Sache beraten. Sie habe allenfalls mal mit Freunden gesprochen, was sie denn so zur Altersvorsorge machten, aber eine konkrete Beratung habe sie nicht gehabt.

16 Die Klägerin hat damit schon selbst nicht behauptet, dass es bei einer Verschiebung des Beurkundungstermins nicht mehr zur Abgabe des streitgegenständlichen Angebots gekommen wäre. Vielmehr hätte sich die Beurkundung länger verschoben. Dass die Klägerin zeitnah dann von einer Beurkundung abgesehen hätte, bringt sie selbst nicht vor, unabhängig davon, dass dafür auch keinerlei plausible Gründe behauptet wurden.

17 IV. Der Anspruch ist zudem verjährt. Soweit der geltend gemachte Anspruch bestehen sollte, wäre er im Jahr 2007 entstanden. Sowohl die behauptete Amtspflichtverletzung als auch der Vertragsabschluss fanden im Jahr 2007 statt.

18 Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt nach § 195 BGB drei Jahre. Sie beginnt nach § 199 Abs. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und die Klägerin von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste.

19 Dabei setzt der Verjährungsbeginn aus Gründen der Rechtssicherheit und Billigkeit nur die Kenntnis der den Anspruch begründenden Umstände voraus. Nicht erforderlich ist in der Regel, dass der Gläubiger aus den ihm bekannten Tatsachen die zutreffenden rechtlichen Schlüsse zieht (BGH, NJW 2014, 3713; NJW 2009, 2046; NJW 2013, 1077; BeckOK-BGB/Henrich/Spindler, Stand: 1.2.2016, § 199 Rdnr. 21). Nur ausnahmsweise kann die Rechtsunkenntnis des Gläubigers den Verjährungsbeginn hinausschieben, wenn eine unsichere und zweifelhafte Rechtslage vorliegt, die selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag. In diesen Fällen fehlt es an der Zumutbarkeit der gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs als übergreifender Voraussetzung für den Verjährungsbeginn (BGHZ 203, 115; BGHZ 179, 260; NJW 2014, 3092). Zumutbar ist die gerichtliche Geltendmachung eines Anspruchs nach allgemeinen Grundsätzen, sobald sie hinreichende Aussicht auf Erfolg hat. Nicht erforderlich ist, dass die Rechtsverfolgung risikolos möglich ist (BGH, NJW 2016, 629; NJW 2010, 1195; BeckOK-BGB/Henrich/Spindler, § 199 Rdnr. 19 m. w. N.). Die Rechtsprechung zum Hinausschieben des Verjährungsbeginns bei unklarer und zweifelhafter Rechtslage ist nur nicht auf Fälle beschränkt, in denen – wie bei Notar- oder Amtshaftungsansprüchen – Unsicherheit über die Person des Schuldners besteht.

20 Die Klägerin hatte – ihren Vortrag als zutreffend unterstellt – sofort nach der Beurkundung Kenntnis davon, dass ihr der Entwurf des Kaufangebots nicht vorgelegen hatte. Dass der Verstoß gegen § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG a. F. eine Pflichtverletzung des beurkundenden Notars darstellt, war jedenfalls seit dem Jahr 2008 ständige Rechtsprechung der Obergerichte (vgl. KG, DNotZ 2009, 47). Spätestens ab diesem Zeitpunkt hätte die Klägerin eine Klage gegen den Beklagten erheben können, wenn sie entsprechenden Rechtsrat eingeholt hätte.

21 Damit ist ein etwaiger Anspruch jedenfalls mit Ablauf des Jahres 2011 verjährt.

22 V. Im Übrigen ist ein Anspruch der Klägerin auch deshalb ausgeschlossen, weil sie – eine schuldhaftige Pflichtverletzung

des Beklagten unterstellt – am Eintritt des Schadens ein weit überwiegendes Mitverschulden trifft. Hätte die Klägerin entweder den „Hinweis für den Käufer“ nicht unterzeichnet oder den Notar darauf hingewiesen, dass diese Angabe – entgegen der von ihr geleisteten Unterschrift – nicht zutrefte, so wäre – nach dem Vorbringen des Beklagten – der Beurkundungstermin verschoben worden und die Pflichtverletzung dann entfallen.

(...)

KOSTENRECHT

28. Gegenstandsverschiedenheit von Bauträgerkaufvertrag und mittelbarer Grundstücksschenkung bei Durchgangserwerb des Schenkers

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.4.2017, I-10 W 33 und 34/17

*FamFG §§ 70, 81 Abs. 1 Satz 1 und 2
GNotKG § 86 Abs. 2, § 109 Abs. 1, § 129 Abs. 1, § 130 Abs. 3*

LEITSATZ:

Derselbe Beurkundungsgegenstand liegt vor, wenn Rechtsverhältnisse zueinander in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen und das eine Rechtsverhältnis unmittelbar dem Zweck des anderen Rechtsverhältnisses, also seiner Erfüllung, Sicherung oder sonstigen Durchführung, dient. Es reicht nicht, wenn ein Rechtsverhältnis lediglich „auch“ der Erfüllung etc. des anderen Rechtsverhältnisses dient. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beschwerde des Notars ist gemäß § 129 Abs. 1 GNotKG zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.

2 Es handelt sich bei dem Bauträgerkaufvertrag und der mittelbaren Grundstücksschenkung um verschiedene Beurkundungsgegenstände i. S. d. §§ 86, 109 GNotKG.

3 Den Grundsatz bildet insoweit § 86 Abs. 2 GNotKG, wonach mehrere Rechtsverhältnisse verschiedene Beurkundungsgegenstände sind. Ausnahmsweise liegt indes gemäß § 109 Abs. 1 GNotKG derselbe Beurkundungsgegenstand vor, wenn Rechtsverhältnisse zueinander in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen und das eine Rechtsverhältnis unmittelbar dem Zweck des anderen Rechtsverhältnisses dient. Ein solches Abhängigkeitsverhältnis liegt – auch bei der Beurkundung von Erklärungen Dritter – nur vor, wenn das andere Rechtsverhältnis der Erfüllung, Sicherung oder sonstigen Durchführung des einen Rechtsverhältnisses dient.

4 Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Es reicht nicht, wenn die Erklärung „auch“ der Erfüllung etc. des beurkundeten Geschäfts dient (Leipziger Gerichts- und Notarkosten-Kommentar/Otto, § 109 Rdnr. 15). Dies ist allerdings vorliegend hinsichtlich der mittelbaren Grundstücksschenkung der Fall. Es handelt sich gerade nicht um die Konstellation, dass

der Vater mit der Schenkung nichts anderes bezweckt als dem Erwerb des Sohnes zur Realisierung zu verhelfen. Vielmehr geht aus dem Urkundenentwurf ausdrücklich hervor, dass wirtschaftlich und steuerrechtlich ein „Durchgangserwerb“ beabsichtigt ist, also dass der Vater die Immobilie zunächst erwirbt und sodann auf seinen Sohn überträgt. Bereits dies begründet die Gegenstandsverschiedenheit i. S. d. §§ 86, 109 GNotKG. Auf den von der Kammer in den Vordergrund gerückten Umstand, dass der Kaufpreis tatsächlich nur einmal „fließen“ sollte, kommt es angesichts dessen nicht an.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notariatsoberrat **Thomas Strauß**, Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

1. Grundsätze für die Anwendung von § 109 Abs. 1 GNotKG

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 27.4.2017 ist in ihrer Begründung sehr kurz gehalten und klärt die kostenrechtliche Frage, ob es sich bei der Beurkundung eines Erwerbsvorganges und der in derselben Beurkundungsverhandlung enthaltenen Zuwendung des Kaufpreises durch einen Dritten an den Käufer (mittelbare Grundstücksschenkung) um denselben Beurkundungsgegenstand nach § 109 Abs. 1 GNotKG oder einen verschiedenen Beurkundungsgegenstand nach § 86 Abs. 2 GNotKG handelt.

Das OLG Düsseldorf hat eindeutig entschieden, dass hier verschiedene Beurkundungsgegenstände nach § 86 Abs. 2 GNotKG vorliegen und folgt damit auch der Literaturmeinung.¹

Für die Praxis von größerer Bedeutung ist jedoch die Kernaussage der Entscheidung, dass die Vorschrift zum selben Beurkundungsgegenstand nach § 109 GNotKG konsequent eng auszulegen ist und das dort geforderte Abhängigkeitsverhältnis auch bei der Beurkundung von Erklärungen Dritter nur dann vorliegt, wenn das weitere Rechtsverhältnis ausschließlich der Erfüllung, Sicherung oder sonstigen Durchführung des anderen Rechtsverhältnisses dient.

Der Beschwerdeentscheidung des OLG Düsseldorf liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Notar wurde vom Kostenschuldner und Antragsteller mit der Beurkundung eines Bauträgerkaufvertrages durch einen Einzelerwerber beauftragt, der eine mittelbare Grundstücksschenkung durch einen an der Beurkundungsverhandlung beteiligten Dritten beinhalten sollte. Zur Vorbereitung der Beurkundungsverhandlung hat der Notar einen Entwurf erstellt und an die Beteiligten versandt. Die vorgesehene Beurkundung ist endgültig unterblieben, weil der Käufer vom Erwerb Abstand genommen hat. Daraufhin hat der Notar die Kosten für die vorzeitige Beendigung der Beurkundungsverhandlung nach KV-Nr. 21302 in Verbindung mit KV-Nr. 21100 GNotKG

¹ Korintenberg/Diehn, GNotKG, 20. Aufl. 2017, § 109 Rdnr. 327; Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl. 2017, Rdnr. 2470.

erhoben und den Geschäftswert aus der Summe der Werte des Bauträgerkaufvertrages und der Zuwendung des Kaufpreises durch den Dritten, ebenfalls in Höhe des Kaufpreises, bestimmt. Gegen diesen Geschäftswertansatz hat sich der Kostenschuldner unter anderem gewandt.

In erster Instanz hat das LG Wuppertal am 8.2.2017 entschieden, dass der Bauträgerkaufvertrag und die mittelbare Grundstücksschenkung durch Zuwendung des Kaufpreises durch einen Dritten an den Käufer denselben Beurkundungsgegenstand nach § 109 Abs. 1 GNotKG betreffen, da die Zuwendung des Kaufpreises unmittelbar der Durchführung des Bauträgerkaufvertrages diene und deshalb ein Mittel zur Erfüllung, Sicherung oder sonstigen Durchführung des Bauträgerkaufvertrages sei. Das LG Wuppertal hat hierzu ausgeführt, dass der Erwerb des Grundstücks durch den Käufer von der Finanzierung abhängt und insofern derselbe Beurkundungsgegenstand anzunehmen sei.

Dieser Auffassung ist das OLG Düsseldorf mit der Entscheidung vom 27.4.2017 klar entgegengetreten. Das Gericht ist der Auffassung des Notars vollumfänglich gefolgt, wonach es für die Anwendung von § 109 Abs. 1 GNotKG (derselbe Beurkundungsgegenstand) nicht genügt, wenn das weitere Geschäft in einem wirtschaftlichen oder auch rechtlichen Zusammenhang mit dem anderen Beurkundungsgegenstand steht. Es genügt also nicht, wenn die weitere Erklärung „auch“ der Erfüllung des beurkundeten Geschäfts dient.

In der Entscheidungsbegründung bringt das OLG klar zum Ausdruck, dass mit der Zuwendung des Kaufpreises wirtschaftlich und steuerrechtlich ein „Durchgangserwerb“, also ein Erwerb durch den Schenker mit anschließender Weiterübertragung, beabsichtigt war, sodass ein weiteres Rechtsverhältnis neben dem Bauträgerkaufvertrag begründet werden sollte. Damit liegt jedoch zwingend ein verschiedener Beurkundungsgegenstand nach § 86 Abs. 2 GNotKG zwischen Bauträgerkaufvertrag und Zuwendung vor.

2. Gebührensatzrahmen nach § 92 Abs. 2 GNotKG

In dem der Beschwerdeentscheidung des OLG Düsseldorf zugrunde liegenden Notarkostenverfahren beim LG Wuppertal war auch zu entscheiden, welcher Gebührensatz bei der Gebühr für die vorzeitige Beendigung des Beurkundungsverfahrens heranzuziehen sei. Das LG Wuppertal hat hierzu zutreffend entschieden, dass nach § 92 Abs. 2 GNotKG die Höchstgebühr (also der höchste anzunehmende Gebührensatz der Rahmengebühr mit 2,0) bei Anwendung der Gebühr nach KV-Nr. 21302 GNotKG für die vollständige Erstellung des Entwurfs zu erheben ist. Der Entwurf ist nach der Entscheidung des LG Wuppertal dann vollständig, wenn die Protokollierung unter Berücksichtigung aller bereits verfügbaren Informationen umfassend vorbereitet ist. Das Fehlen tatsächlicher Angaben wie zum Beispiel Anschriften, Geburtsdaten oder des endgültigen Kaufpreises, also Daten, die vom Notar nicht selbst in zumutbarer Weise festgestellt und auch noch in der Beurkundungsverhandlung ergänzt werden können, führen dennoch zu einem vollständigen Entwurf.²

² Korintenberg/Diehn, GNotKG, § 92 Rdnr. 42.

STEUERRECHT

29. Vorliegen eines Forstbetriebs trotz Nichtbewirtschaftung eines aus drei nicht zusammenhängenden Grundstücken bestehenden Privatwaldes mit einer Größe von insgesamt ca. 7,5 ha

BFH, Urteil vom 9.3.2017, VI R 86/14 (Vorinstanz: FG München, Urteil vom 1.12.2014, 7 K 2162/12)

EStG § 4 Abs. 1, § 13 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 Alt. 2, §§ 14, 15 Abs. 2, § 16 Abs. 2 Satz 2
AO § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2

LEITSÄTZE:

1. Bei einem Forstbetrieb, insbesondere einem sog. aussetzenden Betrieb, ist die Totalgewinnprognose objektbezogen, d. h. generationenübergreifend über den Zeitraum der durchschnittlichen oder bei Erwerb bereits hergestellter Baumbestände verbleibenden Umtriebszeit des darin vorherrschenden Baumbestands zu ermitteln (Bestätigung der ständigen Rechtsprechung des BFH).
2. Ein Steuerpflichtiger, der durch den Erwerb eines Waldgrundstücks von knapp 5 ha einen Forstbetrieb begründet und diesen durch Hinzuerwerbe auf ca. 7,5 ha erweitert, kann sich regelmäßig auch dann nicht auf Liebhaberei berufen, wenn er ansonsten keine Land- und Forstwirtschaft betreibt, er in der Zeit zwischen Erwerb und Veräußerung weder Bewirtschaftungsmaßnahmen durchgeführt noch Holzeinschläge vornimmt und die auf die verbleibende Umtriebszeit verteilten jährlichen Gewinne 500 € nicht übersteigen.

SACHVERHALT:

1 I. Die Kläger und Revisionsbeklagten (Kläger) sind Eheleute, die für das Streitjahr (2008) zur Einkommensteuer zusammen veranlagt wurden. Der Kläger ist pensionierter Sparkassenleiter. Im Jahr 1994 erwarb er ein 4,92 ha großes Waldgrundstück der Gemarkung A in der Gemeinde B im Landkreis C zum Kaufpreis von 147.600 DM. Im April 1997 erwarb der Kläger ein 1,308 ha großes Waldgrundstück der Gemarkung D im Landkreis E zum Kaufpreis von 10.000 DM und mit notariell beurkundetem Vertrag vom November 2004 ein weiteres 1,2403 ha großes, nicht angrenzendes Waldgrundstück der Gemarkung D zum Kaufpreis von 6.000 €. Mit notariell beurkundetem Vertrag vom Dezember 2007 verkaufte der Kläger die drei Grundstücke an Z zu einem einheitlichen Kaufpreis von 186.380 €. Der Kaufpreis floss dem Kläger im Januar 2008 zu.

2 Eine Nutzung durch Holzverkäufe oder Holzverwertung durch den Kläger fand nicht statt. Auch von ihm vorgenommene Bewirtschaftungsmaßnahmen konnten nicht festgestellt werden.

3 Die Kläger erklärten gegenüber dem Beklagten und Revisionskläger (FA) keine Einkünfte des Klägers aus Land- und Forstwirtschaft. Die Einkommensteueranlagung für das Streitjahr führte das FA zunächst erklärungsgemäß – aber unter Vorbehalt der Nachprüfung – ohne Berücksichtigung von Einkünften aus Land- und Forstwirtschaft durch. Nach Überprüfung des Sachverhalts durch eine betriebsnahe Veranlagung gelangte das FA zu der Ansicht, bei den drei Waldgrundstücken des Klägers mit insgesamt 7,46 ha habe es sich um einen

forstwirtschaftlichen Betrieb gehandelt, der im Dezember 2007 mit einem Gewinn von 96.040 € veräußert worden sei. Dieser sei mit Zahlung des Kaufpreises im Jahr 2008 zugeflossen. Das FA erließ einen geänderten Einkommensteuerbescheid 2008, in dem es die Einkünfte des Klägers aus Land- und Forstwirtschaft unter Berücksichtigung des Freibetrags nach § 14 EStG i. V. m. § 16 Abs. 4 EStG i. H. v. 45.000 € ansetzte.

4 Auf die hiergegen nach erfolglosem Einspruch erhobene Klage setzte das FG die Einkommensteuer aus den in EFG 2015, 379 veröffentlichten Gründen herab. Es war der Ansicht, das FA sei zu Unrecht von einem Forstbetrieb ausgegangen. Denn es könne angesichts der veränderten Lebenswirklichkeit nicht mehr davon ausgegangen werden, dass eine kleinere Privatwaldung, die nicht bewirtschaftet werde, entsprechend der Rechtsprechung des BFH einen aussetzenden Forstbetrieb darstelle. Da der Kläger das letzte Grundstück jedoch innerhalb von zehn Jahren seit Anschaffung veräußert habe, sei der insoweit entstandene Gewinn nach § 22 Nr. 2 EStG i. V. m. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG zu erfassen.

5 Hiergegen wendet sich das FA mit seiner auf die Verletzung von § 13 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG gestützten Revision.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

8 II. Die Revision des FA ist unbegründet und deshalb zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Zwar hat das FG das Vorliegen eines Forstbetriebs zu Unrecht verneint. Der Kläger hat den Veräußerungsgewinn jedoch nicht im Streitjahr, sondern bereits im Jahr 2007 realisiert.

9 1. Einkünfte, die einem Steuerpflichtigen aus einer Betätigung erwachsen, sind nur dann bei der Bemessung seiner Einkommensteuer zu berücksichtigen, wenn sie sich einer der in § 2 Abs. 1 EStG genannten Einkunftsarten zurechnen lassen. Deshalb setzt die Berücksichtigung des von dem Kläger aus dem Verkauf der Waldgrundstücke erzielten Gewinns voraus, dass dieser aus der Unterhaltung eines forstwirtschaftlichen Betriebs i. S. v. § 13 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 Alt. 2 EStG entstanden ist, d. h. aus der planmäßigen Nutzung der natürlichen Kräfte des Waldbodens zur Gewinnung von Nutzhölzern und ihrer Verwertung im Wege der Holzernte (BFH, Urteil vom 13.4.1989, IV R 30/87, BFHE 157, 98 = BStBl. II 1989, S. 718).

10 a) Ein forstwirtschaftlicher Betrieb erfordert eine selbstständige nachhaltige Betätigung, die mit der Absicht, Gewinn zu erzielen, unternommen wird. Das Merkmal der Gewinnerzielungsabsicht als Voraussetzung für eine einkommensteuerrelevante betriebliche Tätigkeit ergibt sich aus § 15 Abs. 2 EStG, der auch auf die Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft i. S. d. § 13 EStG anzuwenden ist (BFH, Urteil vom 7.4.2016, IV R 38/13, BFHE 253, 390 = BStBl. II 2016, S. 765 m. w. N.).

11 b) Gewinnerzielungsabsicht erfordert eine Betätigung, die über eine größere Zahl von Jahren gesehen auf die Erzielung positiver Ergebnisse hin angelegt ist (Beschluss des Großen Senats des BFH vom 25.6.1984, GrS 4/82, BFHE 141, 405 = BStBl. II 1984, S. 751, unter C. IV. 3. c) aa) (2) der Gründe). An der Gewinnerzielungsabsicht fehlt es, wenn die Gewinnprognose negativ ist und der Steuerpflichtige die verlustbringende Tätigkeit nur aus im Bereich seiner Lebensführung liegenden persönlichen Gründen und Neigungen ausübt (st. Rspr., zum Beispiel BFH-Urteile vom 11.10.2007, IV R 15/05, BFHE 219,

508 = BStBl. II 2008, S. 465 und vom 5.5.2011, IV R 48/08, BFHE 234, 11 = BStBl. II 2011, 792).

12 c) Der für die Prüfung der Gewinnerzielungsabsicht maßgebliche Totalgewinn setzt sich aus den in der Vergangenheit erzielten und künftig zu erwartenden laufenden Gewinnen/Verlusten und dem sich bei Betriebsbeendigung voraussichtlich ergebenden Veräußerungs- bzw. Aufgabegewinn/-verlust zusammen. Die Einkünfteerzielungsabsicht bestimmt sich dabei nach den Besonderheiten der jeweiligen Einkunftsart (BFH, Urteil vom 29.3.2001, IV R 88/99, BFHE 195, 267 = BStBl. II 2002, S. 791). Für den land- und forstwirtschaftlichen Betrieb ist regelmäßig davon auszugehen, dass die Totalgewinnperiode objektbezogen ist und deshalb mehr als eine Generation umfassen muss (BFH-Urteile vom 24.8.2000, IV R 46/99, BFHE 192, 542 = BStBl. II 2000, S. 674 und in BFHE 253, 390 = BStBl. II 2016, S. 765). Davon ausgehend ist bei einem Forstbetrieb eine generationenübergreifende Totalgewinnprognose grundsätzlich über den Zeitraum der durchschnittlichen Umtriebszeit des darin vorherrschenden Baumbestands zu erstrecken (zustimmend zum Beispiel *Schindler*, StBp 1986, 224). Werden im Rahmen einer Betriebsgründung bzw. eines Betriebserwerbs bereits hergestellte Baumbestände erworben, ist der Prognosezeitraum regelmäßig nach dem Zeitpunkt des Erwerbs bis zur Hiebsreife der Baumbestände zu bemessen (BFH-Urteil in BFHE 253, 390 = BStBl. II 2016, S. 765).

13 d) Maßgebend ist allein der steuerliche Gewinn. Auf die nach betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten ermittelten Periodenergebnisse kommt es nicht an (BFH, Urteil vom 17.3.2010, IV R 60/07, BFH/NV 2010, 1446 unter II. 2. b der Gründe m. w. N.). Fehlt es an einer Gewinnermittlung und damit an dem Nachweis von Verlusten, kann nicht von einer fehlenden Gewinnerzielungsabsicht ausgegangen werden (BFH-Urteile vom 18.5.2000, IV R 27/98, BFHE 192, 287 = BStBl. II 2000, S. 524, unter 1. e der Gründe, und IV R 28/98, BFH/NV 2000, 1455 sowie BFH-Urteil in BFHE 234, 11 = BStBl. II 2011, S. 792).

14 e) Die Feststellung, ob ein Forstbetrieb mit Gewinnerzielungsabsicht geführt wird, liegt im Wesentlichen auf dem Gebiet der Tatsachenwürdigung (BFH, Urteil vom 20.1.2005, IV R 6/03, BFH/NV 2005, 1511).

15 2. Das FG ist von anderen Grundsätzen ausgegangen. Seine Entscheidung kann daher keinen Bestand haben. Der Senat kann jedoch in der Sache selbst entscheiden.

16 Der Kläger hat im Jahr 1994 zunächst ein 4,92 ha großes Waldgrundstück erworben und in den Jahren 1997 sowie 2004 zwei weitere Waldgrundstücke zu 1,308 ha sowie 1,2403 ha hinzuerworben. Bei Heranziehung der vorstehend dargestellten Grundsätze handelt es sich bei diesem Besitz mit einer Gesamtfläche von ca. 7,5 ha um einen forstwirtschaftlichen Betrieb.

17 a) Unschädlich ist zunächst, dass der Kläger selbst keine Bewirtschaftungsmaßnahmen durchgeführt hat (siehe *Blümich/Nacke*, § 13 EStG Rdnr. 68; ebenso und entgegen der Vorinstanz *Felsmann*, Einkommensbesteuerung der Land- und Forstwirte, A Rdnr. 12a und 13b; *Littmann/Bitz/Pust/Mittlerpleininger*, Das Einkommensteuerrecht, § 13 Rdnr. 9a; *Schmidt/Kulosa*, EStG, 36. Aufl., § 13 Rdnr. 13; a. A. *Leingärt-*

ner/Krumm, Besteuerung der Landwirte, Kap. 4 Rdnr. 31a; Frotscher/Schnitter, EStG, 2011, § 13 Rdnr. 50; Forchhammer, DStR 2015, 977). Denn auch derjenige, der eine größere Forstfläche mit einem mit Nutzhölzern aufgeforsteten und schon herangewachsenen, aber noch nicht schlagreifen Waldbestand erwirbt, den Baumbestand dann ohne Arbeitsaufwand sich selbst überlässt, ohne Bestandspflege zu treiben, und nach einigen Jahren das Forstgrundstück veräußert, wird allein dadurch zum Forstwirt, dass er einen Wald erworben hat, der seiner Beschaffenheit nach einen aussetzenden forstwirtschaftlichen Betrieb darstellt und dessen Wertsteigerung durch den natürlichen Aufwuchs ihm als zunächst nicht realisierter Gewinn zufällt (ausführlich BFH, Urteil vom 18.3.1976, IV R 52/72, BFHE 118, 441 = BStBl. II 1976, S. 482; ebenso BFH, Urteil vom 18.11.2009, II R 30/08, BFH/NV 2010, 466). Bei dieser Betrachtung spielt auch die Entfernung des Grundstücks vom Wohnort des Steuerpflichtigen keine entscheidende Rolle (BFH-Urteil in BFHE 118, 441 = BStBl. II 1976, S. 482).

18 b) Dabei ist entgegen den Ausführungen des FG von einem einheitlichen Forstbetrieb des Klägers auszugehen.

19 aa) Ob mehrere räumlich voneinander getrennte Wälder einen einheitlichen forstwirtschaftlichen Betrieb bilden, ist aufgrund einer Gesamtbetrachtung der betrieblichen Verhältnisse zu entscheiden. Nach der Verkehrsanschauung und auch im Hinblick auf organisatorische Erschwernisse ist insbesondere die räumliche Entfernung ein Umstand, der in die Gesamtwürdigung einzubeziehen ist. Ihm kommt umso weniger Gewicht zu, je intensiver der Leistungsaustausch zwischen den Betriebsteilen und deren organisatorische und sachliche Verzahnung sind. Umgekehrt steigen mit zunehmender Entfernung die Anforderungen an die Intensität der Verknüpfung der Betriebsteile. Deshalb ist auch die Entfernung zu und zwischen den Grundstücken zu berücksichtigen. Eine feste Grenze für die höchstzulässige Entfernung gibt es indes nicht (BFH, Urteil vom 10.4.1997, IV R 48/96, BFH/NV 1997, 749). Im Einzelfall ist es daher durchaus denkbar, dass auch größere Entfernungen das Gesamtbild eines einheitlichen Betriebs nicht hindern (BFH-Urteil in BFH/NV 1997, 749). Entsprechend hat der IV. Senat des BFH in seinem Urteil in BFH/NV 1997, 749 eine Höchstgrenze von 40 km unter Rückgriff auf die Regelung in § 51a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BewG abgelehnt. Allerdings hat der IV. Senat auch betont, dass ein landwirtschaftliches Grundstück, das mehr als 100 km von der Hofstelle des Betriebs entfernt liegt, diesem Betrieb grundsätzlich nicht als Betriebsvermögen zugeordnet werden kann (BFH, Urteil vom 19.7.2011, IV R 10/09, BFHE 234, 212 = BStBl. II 2012, S. 93). Dem schließt sich der erkennende Senat an.

20 bb) Die Entfernung zwischen den beiden Forstarealen in A und D von 55 km steht der Annahme eines einheitlichen Forstbetriebs deshalb im Streitfall nicht entgegen. Da sich beide Areale ausweislich der Ausführungen des Forstsachverständigen in ihrer Beschaffenheit zudem weitgehend entsprachen (mäßig stark bis stark geneigte Steillagen, die überwiegend mit Buchenaltholz und wechselndem Fichten- und Kiefernanteil bestockt sind und auf denen in der jüngeren Vergangenheit keine gezielten forstwirtschaftlichen Maßnahmen stattgefunden haben), war eine einheitliche Bewirtschaftung der Areale ohne Weiteres möglich.

21 c) Zu Unrecht hat das FG darüber hinaus die Gewinnerzielungsabsicht des Klägers verneint.

22 Dies folgt schon daraus, dass der Kläger aus der Veräußerung der Forstgrundstücke einen beachtlichen Gewinn erzielt hat. Über einen Zeitraum von nur 13 Jahren, gemessen vom Zeitpunkt des Erwerbs der ersten Forstfläche, hat er rund das Doppelte seiner ursprünglichen Anschaffungskosten erwirtschaftet. Anhaltspunkte dafür, dass der Verkaufserlös nicht unter marktgerechten Bedingungen festgelegt wurde, sind nicht ersichtlich. Schon aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass der forstwirtschaftliche Betrieb des Klägers objektiv geeignet war, einen Gewinn zu erzielen.

23 Bestätigt wird dies durch die vom FG eingeholte forstfachliche Stellungnahme, nach der in der verbleibenden Umtriebszeit mit positiven jährlichen Ergebnissen gerechnet werden konnte. Soweit das FG gleichwohl eine Gewinnerzielungsabsicht verneint hat, ist dem unabhängig davon nicht zu folgen, ob die nach der forstwirtschaftlichen Stellungnahme zu erwartenden jährlichen Überschüsse entsprechend den Einwendungen des FA zu erhöhen sind. Zum einen schließt entgegen der Ansicht des FG ein Unterschreiten des mutmaßlichen Jahresgewinns von früher 1.000 DM die Annahme eines Forstbetriebs nicht aus. Denn welcher Gewinn rechnerisch auf die einzelnen Jahre der gesamten Umtriebszeit entfällt, ist nicht entscheidend (BFH-Urteil in BFHE 157, 98 = BStBl. II 1989, S. 718; Kirchhof/Kube, EStG, 16. Aufl., § 13 Rdnr. 9 und 12). Maßgeblich ist vielmehr allein, ob nach Ablauf der Umtriebszeit insgesamt ein Gewinn erzielt werden kann, was hier sowohl nach der gutachterlichen Stellungnahme, erst recht aber nach den tatsächlichen Gegebenheiten der Fall ist. Zum anderen kann eine Gewinnerzielungsabsicht nicht mit dem Hinweis auf die Gewinnprognosen eines Gutachtens verneint werden, wenn der Betrieb tatsächlich (erhebliche) Gewinne abwirft. Mutmaßungen über die künftig zu erzielenden Gewinne sind zur Beurteilung der Gewinnerzielungsabsicht vielmehr nur heranzuziehen, wenn Verluste geltend gemacht werden. Denn nur dann können überhaupt Zweifel an der Gewinnerzielungsabsicht aufkommen.

24 Der Kläger kann sich auch nicht darauf berufen, er habe nur auf eine Wertsteigerung des Grund und Bodens spekuliert, ohne an den Holzerträgen interessiert gewesen zu sein. Abgesehen davon, dass der Wert land- und forstwirtschaftlicher Flächen auch durch die Ertragsersparungen bestimmt wird und daher Erträge und Bodenwerte einander bedingen, gehörte der Grund und Boden ebenfalls zum forstwirtschaftlichen Betriebsvermögen des Klägers. Ein Veräußerungsgewinn ist daher bei der Prüfung, ob eine Gewinnerzielungsabsicht vorliegt, einzubeziehen. Durch die Veräußerung des Grundbesitzes hat der Kläger den Wert seines Betriebsvermögens bewusst und gewollt durch einen Umsatzakt realisiert. Diese Betriebsvermögensmehrung ist steuerbar und mangels Steuerbefreiung auch steuerpflichtig.

25 3. Die vom FG geäußerten Einwände (hierzu auch Forchhammer, DStR 2015, 977) gegen die auf die Umtriebszeit gerichtete Totalgewinnprognose greifen nicht durch.

26 a) Der Verweis auf den sog. Plenter- oder Dauerwald, bei dem die jeweiligen Baumarten und Altersklassen dauerhaft in

einem stabilen Mischungsverhältnis gehalten werden (*von Twickel*, FR 2008, 612), trägt schon deshalb nicht, weil dieser in der Bundesrepublik Deutschland nur äußerst selten und wenn überhaupt regelmäßig nur bei Staatsforstbetrieben anzutreffen ist (*Wittwer*, FR 2008, 617, 622). Auch der Kläger war Eigentümer eines klassischen Altersklassenwaldes mit Beständen an Buchenaltholz sowie wechselndem Fichtenanteil und teilweise noch einer Kiefernbestockung mit wenigen Altersklassen.

27 b) Das FG legt zudem nicht nachvollziehbar dar, dass bei dem nach wie vor vorherrschenden Altersklassenwald eine Abkehr vom Kahlschlag durch sukzessiven Holzeinschlag (hierzu *Wittwer*, FR 2008, 617 Fn. 31; *Ortenburg/Ortenburg*, DStZ 2005, 782, 788) in Form von Schirmschlag (Auflichtung des gesamten Altbestands), Femelschlag (inselartige Ausnahme einzelner Baumgruppen aus den Beständen) oder Saumschlag (Einschlag in schmalen Streifen ausgehend vom Rand des Bestands) ein Festhalten an der auf die Umtriebszeit gerichteten Totalgewinnprognose ausschließt. Denn auch bei einer naturnahen Waldbewirtschaftung überschneiden sich die Ernte des während der Umtriebszeit angewachsenen Holzvorrats und der Aufbau des nachfolgenden jungen Bestands regelmäßig nur für eine Phase von fünf bis zehn Jahren (*von Twickel*, FR 2008, 612, 613). Die Umtriebszeit ist damit auch hier maßgebend für die Bewirtschaftung (*von Twickel*, FR 2008, 612, 614). Die Endnutzung eines Holzbestands wahlweise durch Kahlschlag oder durch Holzernte mit gleichzeitiger Bestandsverjüngung hat deshalb zwar Auswirkung auf die Beurteilung des Wirtschaftsguts „Bestand“ (hierzu *von Twickel*, FR 2008, 612, 614 f.; *Wittwer*, FR 2008, 617, 622 ff.), nicht aber auf die grundsätzliche Schätzung eines auf die Umtriebszeit erzielbaren Totalgewinns. Angesichts von Umtriebszeiten bei Fichte, Kiefer und Buche zwischen 100 und 150 Jahren (vgl. *von Twickel*, FR 2008, 612 Fn. 1; *Ortenburg/Ortenburg*, DStZ 2005, 782, 788) erscheint eine auf mehrere Jahre erstreckte Endnutzung nicht relevant. Entsprechend der langfristig bemessenen Ausnutzung der natürlichen Kräfte des Waldbodens ist das noch nicht geschlagene Holz zur Erzielung von Einkünften bestimmt, gleichgültig, wer gegenwärtiger Eigentümer ist und wer wann den sich ergebenden Totalgewinn letzten Endes tatsächlich realisieren kann (*Schindler*, StBp 1986, 224, 227).

28 c) Soweit das FG der Ansicht ist, ein „fachfremder Privatmann“, der einen Wald erwerbe, ohne diesen selbst zu bewirtschaften oder bewirtschaften zu lassen, könne allein aufgrund dieser Nichtbewirtschaftung kein Forstwirt i. S. v. § 13 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 Alt. 2 EStG sein, steht dies im Widerspruch zu der vom IV. Senat begründeten und gefestigten Rechtsprechung, der der erkennende Senat aus den dargestellten Gründen folgt.

29 4. Nach allem stellte die Veräußerung der drei Waldareale eine Betriebsveräußerung im Ganzen i. S. v. § 13 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1, § 14 EStG dar. Der dabei erzielte Gewinn ist entgegen der Ansicht des FA nicht erst im Jahr der Kaufpreiszahlung (Streitjahr), sondern bereits im Jahr der Realisation 2007 zu erfassen.

30 a) Ein Gewinn aus der Veräußerung eines land- und forstwirtschaftlichen Betriebs ist nicht wie der laufende Gewinn auf

die Kalenderjahre zu verteilen, in denen das Wirtschaftsjahr liegt, sondern einheitlich in dem Kalenderjahr zu erfassen, in dem er entstanden ist (§ 4a Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 EStG), wobei der Gewinn nach § 4 Abs. 1 EStG zu ermitteln ist (§ 16 Abs. 2 Satz 2 EStG).

31 Der Gewinn aus der Veräußerung eines zum Betriebsvermögen gehörenden Wirtschaftsguts wird durch einen Umsatz realisiert, bei dem das Entgelt an die Stelle der verkauften Sache tritt. Dies geschieht, wenn der Kaufvertrag wirtschaftlich erfüllt ist, d. h. der Verkäufer seine Leistung im Wesentlichen erbracht hat und deshalb sein Anspruch auf die Zahlung nicht mehr mit ungewöhnlichen Risiken belastet erscheint; von diesem Zeitpunkt an ist das veräußerte Wirtschaftsgut nach den steuerrechtlichen Vorschriften nicht mehr dem Veräußerer, sondern dem Erwerber zuzurechnen (st. Rspr., vgl. zum Beispiel BFH, Urteil vom 18.5.2006, III R 25/05, BFHE 213, 499 m. w. N.). Bei der Veräußerung von Grundstücken ist dies regelmäßig der Fall, wenn Besitz, Nutzungen, Lasten und Gefahr, d. h. das wirtschaftliche Eigentum (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO), auf den Erwerber übergegangen sind (BFH-Urteil in BFHE 213, 499).

32 b) Gemäß Abschnitt VI. des notariellen Kaufvertrags vom Dezember 2007 hatte der Kläger dem Käufer den Besitz sofort zu übergeben. Ausweislich der vertraglichen Vereinbarung gingen damit Nutzen und Lasten, die Gefahr der unverschuldeten Zerstörung und Verschlechterung und das Haftungsrisiko auf den Käufer über, der den Kläger ab diesem Zeitpunkt zudem von der Verkehrssicherungspflicht freizustellen hatte.

33 Damit hatte der Kläger zwar noch nicht sein zivilrechtliches, wohl aber sein wirtschaftliches Eigentum an den Grundstücken verloren, mit der Folge, dass der Veräußerungsgewinn bereits mit Vertragsabschluss am Dezember 2007 realisiert war; die Zahlung des Kaufpreises erst im Januar 2008 ist unerheblich.

34 Unschädlich ist, dass der Käufer vor Kaufpreiszahlung nicht zum Holzeinschlag – Pflegemaßnahmen ausgenommen – berechtigt war. Denn entscheidend für die Frage, ob das wirtschaftliche Eigentum auf einen anderen als den zivilrechtlichen Eigentümer übergegangen ist, ist das Gesamtbild. Wirtschaftliches Eigentum kann deshalb auch dann anzunehmen sein, wenn Besitz, Nutzungen, Lasten und Gefahr nicht in vollem Umfang gegeben sind (BFH, Urteil vom 12.9.1991, III R 233/90, BFHE 166, 49 = BStBl. II 1992, S. 182). In diesem Zusammenhang hat der IV. Senat des BFH entschieden, dass es maßgeblich darauf ankommt, wann nach dem Vertrag oder mangels vertraglicher Regelung nach den zivilrechtlichen Regelungen die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung, d. h. die Substanz des Wirtschaftsguts, auf den Erwerber übergeht. Die Nutzungen (Fruchtziehung) treten dagegen dahinter zurück (vgl. BFH, Urteil vom 22.9.2016, IV R 1/14, BFHE 255, 244 = BStBl. II 2017, S. 171 Rdnr. 20 f.).

(...)

ANMERKUNG:

Von Diplom-Finanzwirt (FH) und Steuerberater
Sebastian Gruber, München*

1. Inhalt der Entscheidung

Der Kläger (pensionierter Sparkassenleiter) hat in den Jahren 1994-1997 drei Waldgrundstücke mit einer Fläche von ca. 7,5 ha erworben. Die Flächen lagen teilweise mehr als 50 km weit auseinander. Im Dezember 2007 wurden die drei Grundstücke, somit der gesamte Waldbestand, an einen Erwerber einheitlich veräußert. Eine Bewirtschaftung des Waldes, d. h. die Pflege des Waldes durch planmäßigen und nachhaltigen Waldbau sowie die Veräußerung von Holz, fand durch den Kläger und auch von Dritten im gesamten Zeitraum nicht statt. Das FA ordnete die Forstflächen dem steuerlichen Betriebsvermögen zu und setzte durch die Veräußerung einen Gewinn für landwirtschaftliche Einkünfte fest. Im außergerichtlichen und gerichtlichen Rechtsbehelfsverfahren begehrte der Kläger jedoch die Zuordnung zum steuerlichen Privatvermögen und den Ansatz als sog. Spekulationsgewinn (§ 23 EStG), welcher nach Ablauf der 10-Jahres-Frist steuerfrei sein soll.

Die Vorinstanz, das FG München, gab der Klage statt. Erstaunlicherweise hat der BFH das Revisionsverfahren, geführt durch das FA, als unbegründet zurückgewiesen. Dies lag jedoch nicht daran, dass der Sachvortrag des Beklagten als begründet angesehen wurde, sondern dass die Rechtsbehelfsstelle und das FG München den Veräußerungsgewinn im Jahr 2008 statt im Jahr 2007 besteuert haben. Dies stellt höchstens eine kleine Stilblüte des ganzen Verfahrens dar, da der BFH ansonsten insgesamt der Rechtsauffassung des FG München vehement widersprochen hat.

Weiter führten die Richter aus, dass der Verkaufserlös der Waldflächen als landwirtschaftliche Einkünfte im Sinne von §§ 13, 14 i. V. m. § 16 EStG zu erfassen ist, da es sich um eine Betriebsveräußerung im Ganzen handelte. Das FG sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass Privatvermögen vorläge.

Nach Ansicht der BFH-Richter liegt ein forstwirtschaftlicher Betrieb stets dann vor, wenn die Waldflächen dazu geeignet sind, Gewinne zu erzielen, da es sich andernfalls um Liebhabereibetriebe handelt. Dabei ist stets auf den steuerlichen Gewinn und nicht auf den tatsächlichen betriebswirtschaftlichen Gewinn abzustellen. In der Tatsacheninstanz wurde durch einen forstwirtschaftlichen Sachverständigen festgestellt, dass ein steuerlicher Gewinn zu erwarten sei. Bei der Gewinnprognose ist dabei zu berücksichtigen, dass nicht nur der Holzverkauf selbst zu Erträgen führt, sondern auch der natürliche Wertzuwachs durch die Mehrung des Baumbestandes. Dabei ist es unerheblich, ob selbst Bewirtschaftungsmaßnahmen durchgeführt werden (st. Rspr. des BFH, vgl. BFH, Urteil vom 18.3.1976, IV R 52/72, BFHE 118, 441 = BStBl. II 1976, S. 482 und BFH, Urteil vom 18.11.2009, II R 30/08, BFH/NV 2010, 466).

* Steuerberater bei der Firma Treukontax Steuerberatungsgesellschaft mbH, Tochtergesellschaft des Bayerischen Bauernverbandes. Zuvor bei der bayerischen Finanzverwaltung als Betriebsprüfer, Steuerfahnder und Dozent an der Hochschule für den öffentlichen Dienst in Bayern – Fachbereich Finanzwesen.

Somit ist maßgeblich, ob innerhalb der Umtriebszeit des Waldbestandes (= Zeitraum von der Bestandsbegründung bis zur Endnutzung durch Holzeinschlag) ein steuerlicher Totalgewinn erzielt werden kann. Interessant dürfte die Aussage der Richter sein (Rdnr. 24 des Urteils), dass auch Bodengewinne in die Prognose einzubeziehen seien. Somit ist es bei einem aussetzenden Forstbetrieb ausreichend, dass objektiv ein Gewinn entsteht. Die Frage der Gewinnerzielungsabsicht muss daher nicht beantwortet werden.

Auch ist nach Ansicht der BFH-Richter die räumliche Entfernung der Waldgrundstücke voneinander unerheblich, sodass von einem einheitlichen Forstbetrieb auszugehen ist. Somit liegt ein einheitlicher Forstbetrieb auch dann vor, wenn die Grundstücke weniger als 100 km voneinander entfernt sind (BFH, Urteil vom 19.7.2011, IV R 10/09, BFHE 234, 212 = BStBl. II 2012, S. 93). Im vorliegenden Fall waren es „nur“ 50 km.

Insgesamt gesehen dürfte das Urteil somit nicht überraschen, da der neu zuständig gewordene 6. BFH Senat die Rechtsprechung des 4. Senats weiterführt. Auch hat der BFH mit Urteil vom 18.5.2000, IV R 27/98 = BStBl. II 2000, S. 524 bereits entschieden, dass man ohne Waldbewirtschaftung zum Forstwirt wird, da bei einer Naturverjüngung ohne weiteres Zutun durch Samenflug neue Baumbestände entstehen können.

2. Folgerungen für die Praxis

- Die Auffassung des FG München, dass ein Forstbetrieb nur dann vorliegt, wenn der Jahresgewinn mindestens 1.000 DM (512 €) beträgt, hat der BFH ausdrücklich verworfen. Es genügt, wenn insgesamt objektiv auf die Umtriebszeit bezogen ein Gesamtgewinn entsteht.
- Entfernte Grundstücke bis 100 km können noch einen einheitlichen Forstbetrieb darstellen.
- Auch nicht bewirtschaftete Waldflächen erzielen Gewinne („Wertsteigerung durch natürlichen Aufwuchs“).
- Lediglich kleine Waldflächen oder Waldflächen mit erschwerter Bewirtschaftung (zum Beispiel Hanglage) oder geringen Holzzuwachsraten können der Annahme eines objektiven Gesamtgewinns entgegenstehen und zu einem Liebhabereibetrieb führen.
- Wertsteigerungen im Grund- und Boden sind in die Betrachtung miteinzubeziehen. Unklar ist jedoch, ob alleine der Wertzuwachs im Grund- und Boden für einen objektiven Totalgewinn ausreichend ist, wenn die Waldbewirtschaftung selbst defizitär erfolgt – diese Frage wäre vor allem in „preisstarken“ Regionen wie zum Beispiel dem Großraum München interessant, da der Wertzuwachs im Grund und Boden erheblich ist.
- Die 2-ha-Grenze zur Annahme eines Forstbetriebs mit Einkunftserzielungsabsicht (Vereinfachungsregelung des Bayerischen Landesamts für Steuern vom 14.10.2014, S 2232.1.1 – 2/3 St 32) wird wohl keinen weiteren Bestand mehr haben. Somit wird auch schon bei kleineren Waldflächen von Betriebsvermögen auszugehen sein, sodass sich die Flächen im steuerlich relevanten Bereich befinden und kein Liebhabereibetrieb oder Privatvermögen vorliegen dürfte.

SONSTIGES

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

Pflichtteilsanspruch eines bedürftigen Sozialleistungsbeziehers als sozialrechtlich verwertbarer Vermögensgegenstand und diesbezügliche Gestaltungsmöglichkeiten

Zugleich Anmerkung zum Urteil des SG Mainz vom 23.8.2016, S 4 AS 921/15¹

Von Notarassessor Dipl.-Kfm. Dipl.-Volksw. **Markus Pflieger**, München

Pflichtteilsansprüche – gerade bei „Problemkindern“ – tangieren die Nachlassplanung in vielfältiger Weise. Bezieht der Pflichtteilsberechtigte Sozialleistungen oder ist künftig damit zu rechnen, hat sich der Nachlassplaner bzw. -gestalter zusätzlich zu erbrechtlichen Fragestellungen auch mit deren Schnittstellen zum Sozialrecht zu beschäftigen.

Bereits das BSG hat durch Urteil vom 6.5.2010² die Frage, inwieweit der Pflichtteilsanspruch eines Empfängers von Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II („Hartz IV“) zu dessen nach § 12 SGB II zu berücksichtigendem Vermögen zählt, entschieden; das Urteil des SG Mainz vom 23.8.2016 folgt der Rechtsprechung des BSG.

Die grundsätzlichen Aspekte gelten auch im Bereich anderer Sozialleistungen, etwa der Sozialhilfe, auf die nachfolgend in den Fußnoten immer wieder eingegangen wird.

1. Hilfsbedürftigkeit als Voraussetzung des Anspruchs auf Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts

Leistungen in Form der Grundsicherung für Arbeitssuchende nach dem SGB II („Hartz IV“) erhält nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB II – neben anderen Voraussetzungen – nur, wer hilfebedürftig ist.³

Hilfebedürftig ist nach § 9 Abs. 1 SGB II, wer seinen Lebensunterhalt nicht oder nicht ausreichend aus dem zu berücksichtigenden Einkommen oder Vermögen sichern kann und die erforderliche Hilfe nicht von anderen, insbesondere von Angehörigen oder von Trägern anderer Sozialleistungen, erhält (Nachrangigkeit der Grundsicherung für Arbeitssuchende).

Welches Vermögen zu berücksichtigen ist, richtet sich nach § 12 SGB II: Danach sind sozialrechtlich grundsätzlich alle *verwertbaren* Vermögensgegenstände zu berücksichtigen (vgl. § 12 Abs. 1 SGB II).⁴

Entscheidend ist also zunächst die Verwertbarkeit des Vermögensgegenstandes; erst in einem zweiten Schritt ist zu fragen, ob die Vermögensfreibeträge des § 12 Abs. 2 SGB II überschritten sind oder der Vermögensgegenstand aus sonstigen Gründen (§ 12 Abs. 3 SGB II) nicht zu berücksichtigen ist.

2. Verwertbarkeit des Vermögensgegenstandes

Ein Vermögensgegenstand ist nach der Rechtsprechung des BSG verwertbar, wenn er verbraucht, übertragen und/oder belastet werden kann. Plastisch spricht das BSG auch vom Erfordernis, den Vermögensgegenstand „versilbern“ zu können.⁵

Ein (ordentlicher) Pflichtteilsanspruch nach § 2303 BGB⁶ ist „verbrauchbar“ im Sinne von einziehbar, übertragbar (§ 2317 Abs. 2 BGB, §§ 398 ff. BGB)⁷ und daher auch verpfändbar (§ 1274 BGB); mit anderen Worten: Er ist ein rechtlich verwertbarer Vermögensgegenstand.⁸

5 BSG, Urteil vom 6.5.2010, B 14 AS 2/09 R, ZEV 2010, 585, 586.

6 Gleiches gilt auch für Pflichtteilsrestansprüche nach §§ 2305, 2307 Abs. 1 Satz 2 BGB und den Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 2325 Abs. 1, § 2329 Abs. 1 BGB.

7 § 400 BGB i. V. m. § 852 ZPO steht der Übertragbarkeit nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 2317 Abs. 2 BGB nicht entgegen, vgl. BeckOGK-BGB/*Reisnecker*, Stand: 1.7.2017, § 2317 Rdnr. 90; an der Verwertbarkeit kann es aber etwa bei einer unter den Voraussetzungen des § 2338 BGB (Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht) angeordneten Testamentsvollstreckung fehlen.

8 Während bisher die Einordnung des Pflichtteilsanspruchs als Einkommen oder Vermögen umstritten war (vgl. etwa Dauner-Lieb/*Grziwotz/Grziwotz*, Pflichtteilsrecht, 2. Aufl. 2016, § 2317 BGB Rdnr. 31), ist er seit dem 1.8.2016 (Einfügung von § 11 Abs. 1 Satz 2 SGB II) als nicht von § 11 Abs. 1 Satz 2 SGB II erfasste Einnahme in Geldeswert stets als Vermögen anzusehen, auch wenn der Erbfall erst während des Bewilligungsabschnitts des laufenden Leistungsbezuges bzw. der Antragstellung hierzu eintritt (und damit der Pflichtteilsanspruch entsteht, § 2317 Abs. 1 BGB), vgl. Münder/*Geiger*, SGB II, 6. Aufl. 2017, § 11 Rdnr. 34. Im Bereich der Sozialhilfe (vgl. § 82 Abs. 1 SGB XII) dürfte dagegen wie bisher zu differenzieren sein: Der während des Leistungsbezuges entstehende Pflichtteilsanspruch stellt (zu berücksichtigendes) Einkommen dar; ist die Entstehung/der Anfall vor der Antragstellung auf Leistungsbezug erfolgt, handelt es sich um (zu berücksichtigendes) Vermögen, vgl. Bieritz-Harder/*Conradis/Thie/Geiger*, Lehrhilfe- und Praxiskommentar SGB XII Sozialhilfe,

1 MittBayNot 2018, 167 (in diesem Heft).

2 BSG, Urteil vom 6.5.2010, B 14 AS 2/09 R, ZEV 2010, 585.

3 Gleiches gilt sinngemäß für die Sozialhilfe, vgl. § 19 SGB XII.

4 Und dementsprechend § 90 Abs. 1 SGB XII für die Sozialhilfe.

Neben dieser Möglichkeit des „Versilberns“ in rechtlicher Hinsicht tritt aber auch eine tatsächliche Facette: Verwertbar ist ein Vermögensgegenstand nur, wenn dessen Verwertung einen positiven Nettoertrag erwarten lässt, der zur Bestreitung des Lebensunterhalts eingesetzt werden kann und damit die Hilfebedürftigkeit (teilweise) vermeidet.⁹ Daran wird es bei der Verwertung des Pflichtteilsanspruchs (regelmäßig in der Form der schlichten Geltendmachung des Anspruchs) nur in Ausnahmefällen fehlen.¹⁰

Nach § 9 Abs. 4 SGB II gilt schließlich, dass Hilfebedürftigkeit zwar auch vorliegt, wenn der *sofortige* Verbrauch oder die *sofortige* Verwertung von zu berücksichtigendem Vermögen nicht möglich ist (oder für den dies eine besondere Härte bedeuten würde). Bei nur unter Verzögerungen möglicher Realisierung von Vermögenswerten erfolgt die Hilfestellung aber nicht als Zuschuss, sondern lediglich als Darlehen (§ 24 Abs. 5 SGB II).¹¹

3. Unzumutbarkeit der Verwertung aufgrund Unwirtschaftlichkeit oder besonderer Härte

Nach § 12 Abs. 3 Nr. 6 SGB II nicht zu berücksichtigen sind jedoch Sachen und Rechte, soweit ihre Verwertung offensichtlich unwirtschaftlich ist oder für den Betroffenen eine besondere Härte bedeuten würde.¹²

10. Aufl. 2015, § 90 Rdnr. 9 und 120. Die gleiche zeitliche Differenzierung – sowohl für das SGB II wie auch für das SGB XII – gilt bei Anfall einer Erbschaft, vgl. BSG, Urteil vom 29.4.2015, B 14 AS 10/14 R, NZS 2015, 714, 715. Relevant wird die Einordnung nur dann, wenn keine sofortige Verwertbarkeit besteht: Während bei der Einstufung als Vermögen dann lediglich eine Hilfestellung als Darlehen erfolgt (§ 24 Abs. 5 SGB II bzw. § 91 SGB XII), wird bei der Einstufung als Einkommen die Hilfe weiter als Zuschuss gewährt. Ferner findet eine Zumutbarkeitsprüfung nur bei der Einstufung als Vermögen, nicht aber bei der Einstufung als Einkommen statt.

- 9 Vgl. BSG, Urteil vom 6.5.2010, B 14 AS 2/09 R, ZEV 2010, 585, 586.
- 10 Denkbar ist etwa, dass der Erbe (durch Eigenschulden, trotz werthaltigen Nachlasses) zahlungsunfähig ist und daher eine Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs keinen Erfolg verspricht.
- 11 Vgl. BeckOK-Sozialrecht/J. Neumann, Stand: 1.6.2017, § 9 SGB II Rdnr. 27. Aus notarieller Sicht begegnet man solchen Leistungsempfängern vor allem, wenn zugunsten des Sozialleistungsträgers eine dingliche Sicherung i. d. R in Form einer Grundschuld (gebührenfrei, § 64 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB X i. V. m. Teil 2 Vorbemerkung 2 Abs. 2 Satz 1 KV-GNotKG) beurkundet werden soll. Für den Bereich der Sozialhilfe folgt die Hilfestellung als Darlehen aus § 91 SGB XII.
- 12 Dagegen verlangt das Recht der Sozialhilfe in § 90 Abs. 3 Satz 1 SGB XII lediglich das Vorliegen einer „einfachen“ Härte, sodass hier womöglich geringere Anforderungen zu stellen sind, vgl. etwa LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 31.5.2017, L 13 AS 105/16, BeckRS 2017, 113736 Rdnr. 32 („Dabei gilt im SGB II möglicherweise – aber nicht zwingend [...] – ein strengerer Maßstab als im Recht der Sozialhilfe“); Gagel/Striebinger SGB II/III, 66. EL 2017, § 12 SGB II Rdnr. 94 („Diese Deutung [zu § 90 Abs. 3 SGB XII] lässt sich mit der Maßgabe auf § 12 Abs. 3 Satz 1 Nr. 6 SGB XII übertragen, dass die Abweichung von den Leitvorstellungen des Gesetzgebers nicht nur geringfügig sein darf, sondern deutlich sein muss; dies gebietet das Erfordernis der Besonderheit der Härte“).

a) Offensichtliche Unwirtschaftlichkeit

Die Verwertung des Vermögensgegenstandes ist unwirtschaftlich, wenn der Verwertungserlös in deutlichem Missverhältnis zum wirklichen Wert des Vermögensgegenstandes steht, also ein rational-ökonomisch handelnder Marktteilnehmer angesichts des zu erwarteten Erlöses keine Veräußerung vornehmen würde.¹³

Ein solches Missverhältnis ergibt sich nicht bereits aus der Existenz einer Pflichtteilsstrafklausel in der letztwilligen Verfügung der Eltern des Leistungsempfängers. Zwar führt die Geltendmachung des Pflichtteils nach dem Erstversterbenden zur Enterbung auch nach dem Letztversterbenden. Der Umfang des künftigen Nachlasses des Letztversterbenden und damit der Wert des künftigen Erbteils, dessen der Leistungsempfänger verlustig geht, ist jedoch völlig ungewiss (man denke zum Beispiel an Pflegekosten). Das SG Mainz hat in dem in diesem Heft abgedruckten Urteil vom 23.8.2016 daher zu Recht die Annahme offensichtlicher (!) Unwirtschaftlichkeit abgelehnt.¹⁴

b) Härtefallklausel

Die Härtefallklausel des § 12 Abs. 3 Nr. 6 Alt. 2 SGB II bildet das Einfallstor für die Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, soweit diese außergewöhnlich sind, also dem Leistungsempfänger „ein deutlich größeres Opfer abverlangen als eine einfache Härte und erst recht als die mit der Vermögensverwertung stets verbundenen Einschnitte.“¹⁵

In dem der in diesem Heft abgedruckten Entscheidung des SG Mainz vom 23.8.2016 zugrunde liegenden Verfahren argumentierte der Kläger, er habe „unüberwindbare moralische Skrupel“, gegen den Willen der Mutter seinen Pflichtteilsanspruch notfalls gerichtlich durchzusetzen.

Im Hinblick auf Privatgläubiger greift das Gesetz in § 852 ZPO diesen Gedanken auf und gibt dem Schutz des Familienfriedens den Vorrang vor dem Vollstreckungsinteresse des Privatgläubigers.¹⁶

- 13 Vgl. BSG, Urteil vom 6.5.2010, B 14 AS 2/09 R, ZEV 2010, 585, 587.
- 14 Davor bereits der Sache nach ebenso BSG, Urteil vom 6.5.2010, B 14 AS 2/09 R, ZEV 2010, 585, 587. Ggf. kann auch die Auslegung der Pflichtteilsstrafklausel bereits ergeben, dass sie bei Geltendmachung des Anspruchs durch den Sozialleistungsträger nicht eingreift (jedenfalls wenn die Schlussfolgerung den Gestaltungen eines „Behindertentestaments“ entspricht), vgl. BGH, Urteil vom 8.12.2004, IV ZR 223/03, MittBayNot 2005, 314, 316.
- 15 BSG, Urteil vom 6.5.2010, B 14 AS 2/09 R, ZEV 2010, 585, 587.
- 16 Gleiches gilt für die Gesamtvollstreckung: Während des Insolvenzverfahrens kann der Anspruch nur unter den Voraussetzungen des § 852 ZPO vom Insolvenzverwalter verwertet werden, vgl. BGH, Beschluss vom 18.12.2008, IX ZB 249/07, NZI 2009, 191, 192; BeckOGK-BGB/Reisnecker, § 2317 Rdnr. 120. Während der Wohlverhaltensphase im Rahmen des Restschuldbefreiungsverfahrens besteht nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO ferner eine Obliegenheit zur Herausgabe des häftigen Erwerbs nur für Vermögen, das der Schuldner von Todes wegen *erwirbt*, d. h. tatsächlich erlangt; eine Obliegenheit zur Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs besteht nicht, vgl. BGH, Beschluss vom 10.3.2011, IX ZB 168/09, MittBayNot 2011, 421; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 16.12.2015, L 2 SO 5064/14, juris Rdnr. 47 ff.

Diese Wertung ist aber gerade nicht auf das Sozialrecht übertragbar, denn dort unterliegt auch der Pflichtteilsanspruch grundsätzlich dem Zugriff des Sozialleistungsträgers: Er kann im Rahmen des Regresses auch nicht pfändbare Ansprüche auf sich überleiten bzw. gehen diese kraft Gesetzes über, vgl. etwa § 93 Abs. 1 Satz 4 SGB XII, § 33 Abs. 1 Satz 3 SGB II.¹⁷

Für die Frage der besonderen Härte nach § 12 Abs. 3 Nr. 6 Alt. 2 SGB II kann daher im Grundsatz nichts anderes gelten: Alleine das Vorliegen einer durch die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs hervorgerufenen familiären Konfliktsituation stellt keine besondere Härte dar, zumal es – wie das Urteil zu Recht deutlich macht – auch emotional durchaus einen Unterschied machen dürfte, ob der Pflichtteilsberechtigte aus freien Stücken und gegen den Willen des überlebenden Elternteils den Anspruch geltend macht oder ob er dies bei bestehender Hilfebedürftigkeit nur unter dem Druck des Sozialleistungsträgers tut.¹⁸

Nach dem in diesem Heft abgedruckten Urteil des SG Mainz vom 23.8.2016 gilt dies jedenfalls bei Vorhandensein von ausreichend liquiden Mitteln („Barvermögen“) im Nachlass bzw. beim Erben als Anspruchsgegner zur Befriedigung des Pflichtteilsanspruchs. Die Kammer deutet allerdings an, dass sie wohl anders entscheiden würde, wenn zur Befriedigung des Pflichtteilsanspruchs oder als deren Folge unmittelbar oder in unmittelbarer zeitlicher Nähe der Verkauf oder die Beleihung von Immobilien beim Erben droht.

Meines Erachtens lässt sich aber kaum sagen, dass durch den Zwang zur Verwertung von Immobilien per se der Familienfrieden stärker gefährdet wird als etwa bei der Auflösung des Aktiendepots. Das BSG hat in seinem Grundsatzurteil aus dem Jahr 2010 das Augenmerk vielmehr darauf gelenkt, ob der Verkauf des *selbst bewohnten* Hausgrundstücks des Erben droht und dabei die an anderer Stelle gesetzlich normierten Grenzen für die Leistungsfähigkeit von Angehörigen (§ 7 Abs. 2 Alg II-V i. V. m. § 12 Abs. 3 Nr. 4 SGB II: Verschonung eines selbst genutzten Hausgrundstücks von angemessener Größe oder einer entsprechenden Eigentumswohnung) herangezogen.¹⁹

17 Der Sozialleistungsträger kann den Anspruch geltend machen, ohne dass es auf eine Entscheidung des Pflichtteilsberechtigten ankäme, vgl. BGH, Urteil vom 8.12.2004, IV ZR 223/03, MittBayNot 2005, 314; BGH, Urteil vom 19.10.2005, IV ZR 235/03, ZEV 2006, 76; *Braun*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2. Aufl. 2018, § 2 Rdnr. 109 und 180; a. A. etwa *Muscheler*, ZEV 2005, 119, 120. BSG und SG Mainz stellen gerade auf die Wertung des § 852 Abs. 1 ZPO als Ausgangspunkt ihrer weiteren Überlegungen ab, vgl. BSG, Urteil vom 6.5.2010, B 14 AS 2/09 R, ZEV 2010, 585, 587; im Ergebnis bestehen aber keine Unterschiede zur hier vertretenen Auffassung, weil auch die Rechtsprechung weitere besondere Umstände für die Annahme einer Härtefalls verlangt.

18 Ähnlich auch BSG, Urteil vom 6.5.2010, B 14 AS 2/09 R, ZEV 2010, 585, 588.

19 Vgl. BSG, Urteil vom 6.5.2010, B 14 AS 2/09 R, ZEV 2010, 585, 588: Das BSG stellt auf § 4 Abs. 2 Alg II-V ab, meint aber offensichtlich § 7 Abs. 2 Alg II-V. Die gleiche Wertung ergibt sich im Bereich der Sozialhilfe aus § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII.

4. Gestaltungsmöglichkeiten

Für den Gestalter bleibt einmal mehr die Erkenntnis, dass das klassische „Berliner Testament“ in Fällen, in denen ein (pflichtteilsberechtigter) Abkömmling staatliche Fürsorgeleistungen bezieht, regelmäßig nicht die optimale Nachlassgestaltung darstellt.

a) Trennungslösung

Litzenburger hat zu Recht dargelegt, dass mit einer erbrechtlichen Gestaltung nach der Trennungslösung (Überlebender als [befreiter] Vorerbe des Erstversterbenden, Kinder als Nacherben) die Entstehung eines Pflichtteilsanspruchs nach dem Erstversterbenden und damit eines zu berücksichtigenden Vermögensgegenstandes in der Person des Leistungsempfängers verhindert werden kann. Einen Pflichtteilsanspruch erhält das zum Nacherben berufene Kind nämlich nur, wenn es die Nacherbschaft ausschlägt (§ 2306 Abs. 2 BGB). Die Ausschlagung als höchstpersönliches Recht des Abkömmlings kann sozialrechtlich nicht erzwungen werden.²⁰

Sollte der Leistungsbezug auch nach dem Tod des Letztversterbenden fortbestehen, muss der Abkömmling allerdings in jedem Fall ausschlagen, um die sozialrechtliche Berücksichtigung der (Nach-)Erbenschaft zu vermeiden, und zwar als Nacherbe des Erstversterbenden und als Erbe des Letztversterbenden.²¹

b) Bedürftigentestament

Soll das bedürftige Kind nicht vollständig leer ausgehen, wenn der Leistungsbezug nach dem Tod des Letztversterbenden fortbesteht, bedarf es flankierender Gestaltungen in Form des „Bedürftigentestaments“ (Nacherbeinsetzung auch nach dem Letztversterbenden, Dauerverwaltungsvollstreckung nach § 2209 BGB), bei dem das bedürftige Kind lediglich so viel aus dem Ertrag und/oder der Substanz des Nachlasses erhält, dass die sozialrechtlichen Schonbeträge nicht überschritten werden.²²

Die (nicht befreite) Vorerbschaft bzw. die Testamentsvollstreckung hindert hier die (rechtliche) Verwertbarkeit i. S. v. § 12 Abs. 1 SGB II: Das den Beschränkungen der §§ 2113 ff. BGB bzw. § 2211 Abs. 1 BGB unterliegende Vermögen stellt

20 Weder kann der Sozialleistungsträger das Ausschlagungsrecht auf sich überleiten noch den Leistungsbezug gemäß § 26 Abs. 2 Nr. 1 SGB XII beschränken bzw. nach §§ 31a, 31 Abs. 2 Nr. 1 SGB II mindern, vgl. BGH, Urteil vom 19.1.2011, IV ZR 7/10, MittBayNot 2012, 138; *Braun*, Nachlassplanung bei Problemkindern, § 2 Rdnr. 94 ff.; *Litzenburger*, RNotZ 2005, 162; *ders.*, FD-ErbR 2010, 308332; *ders.*, FD-ErbR 2010, 382211.

21 Es entsteht dann aber ein (sozialrechtlich verwertbarer) Pflichtteilsanspruch nach dem erstversterbenden Elternteil (§ 2306 Abs. 2 BGB), jedoch kein Pflichtteilsanspruch nach dem Letztversterbenden.

22 Vgl. hierzu etwa *Litzenburger*, ZEV 2009, 278 mitsamt Formulierungsvorschlag. Einen umfassenden Überblick über die Gestaltungsvarianten, jeweils mit Formulierungsvorschlägen, gibt *Braun*, Nachlassplanung bei Problemkindern, § 2 Rdnr. 34 ff.

keine bereiten Mittel dar, auf die der Leistungsempfänger zur Vermeidung seiner Hilfebedürftigkeit zugreifen kann.²³

c) Lebzeitiger Pflichtteilsverzicht

Der Königsweg – an den auch in der Praxis erstaunlicherweise nicht immer gedacht wird – ist in vorliegenden Konstellationen ein lebzeitiger Pflichtteilsverzicht nach § 2346 Abs. 2 BGB.²⁴

Er ermöglicht die in der Regel von den testierenden Eltern gewünschte Einheitslösung, vermeidet aber gleichzeitig die Entstehung einer Vermögensposition in der Person des Pflichtteilsberechtigten, sodass sich Fragen der Verwertbarkeit und Zumutbarkeit gar nicht erst stellen.

Ein solcher lebzeitiger Pflichtteilsverzicht hat auch sozialrechtlich Bestand.²⁵ Gerade in der Konstellation des Berliner Testaments sollte ein Pflichtteilsverzicht zumindest des bedürftigen Kindes nach dem Erstversterbenden (ggf. bedingt auf die Erbenstellung des überlebenden Ehegatten) erwogen werden.²⁶

23 Auch der Sozialleistungsträger selbst kann nicht zugreifen, § 2214 BGB. Soweit der Anfall der (Vor-)Erbchaft im laufenden Leistungsbezug erfolgt und damit Einkommen darstellt (siehe Fn. 7), gilt für die rechtliche Verwertbarkeit nichts anderes als bei der Einstufung als Vermögensgegenstand: Berücksichtigt wird die Erbschaft auch als Einkommen erst, wenn sie dem Leistungsempfänger tatsächlich als bereites Mittel zur Deckung seines Bedarfs zur Verfügung steht, vgl. BSG, Urteil vom 29.4.2015, B 14 AS 10/14 R, NZS 2015, 714, 715.

24 Auch bei einem behinderten Sozialleistungsbezieher sollte zunächst einmal die Geschäftsfähigkeit und damit die Möglichkeit eines Pflichtteilsverzichts geklärt werden, bevor – vorschnell – Gestaltungen des „Behindertentestaments“ erwogen werden. Sofern Geschäftsunfähigkeit besteht, dürften ein Verzicht durch den (Ergänzungs-)Betreuer und die Genehmigung durch das Betreuungsgericht nur schwer erreichbar sein, vgl. etwa *Braun*, Nachlassplanung bei Problemkindern, § 2 Rdnr. 80 und 187.

25 Vgl. BGH, Urteil vom 19.1.2011, IV ZR 7/10, MittBayNot 2012, 138 zum Pflichtteilsverzicht eines behinderten, aber geschäftsfähigen Sozialleistungsbeziehers (nicht sittenwidrig); eine höchstgerichtliche Stellungnahme bzgl. anderer bedürftiger Sozialleistungsbezieher fehlt, wobei hier jedoch nichts anderes gelten kann, vgl. *Braun*, Nachlassplanung bei Problemkindern, § 2 Rdnr. 179 und 188; *Dauner-Lieb/Grziwotz/Freiherr von Proff zu Irnich*, Pflichtteilsrecht, Rdnr. 9 ff.; zweifelnd dagegen LSG Bayern, L 8 SO 146/15 B ER, ZEV 2016, 43 mit krit. Anm. *Litzenburger*. Der unentgeltliche Pflichtteilsverzicht stellt keine Schenkung des Verzichtenden dar, sodass insoweit auch kein (überleitbarer) Rückforderungsanspruch nach § 528 BGB bestehen kann, vgl. *Muscheler*, ZEV 2005, 119, 120.

26 Sozialrechtlich dürfte aber auch der Pflichtteilsverzicht nach dem Letztversterbenden Bestand haben, vgl. *Braun*, Nachlassplanung bei Problemkindern, § 2 Rdnr. 80 und 188.

Der umgekehrte Fall, nämlich der Erlass des bereits entstandenen Pflichtteilsanspruchs nach dem Tod des Erstversterbenden, funktioniert dagegen nicht: Er stellt – soweit die Inhaberschaft des Anspruchs überhaupt noch beim Leistungsempfänger liegt²⁷ – einen Verstoß gegen die Obliegenheit des Leistungsempfängers, durch Aufgabe von Vermögenswerten seine Hilfebedürftigkeit eintreten zu lassen, dar.²⁸

Nach dem Letztversterbenden hilft freilich nur das Bedürftigentestament, soll das bedürftige Kind nicht vollständig leer ausgehen. Soweit nur ein geringer Nachlasswert zu erwarten ist, mag sich aber auch hier ein lebzeitiger Pflichtteilsverzicht empfehlen; nicht für jeden Nachlasswert lohnt der Aufwand des Bedürftigentestaments.²⁹

Soweit die Eltern überhaupt eine Nachlassregelung versäumt haben, ist die Ausschlagung durch den als gesetzlichen Erben berufenen, bedürftigen Abkömmling möglich.³⁰ Ein (verwertbarer) Pflichtteilsanspruch besteht dann nicht.

27 Vgl. § 93 Abs. 1 Satz 4 SGB XII, § 33 Abs. 1 Satz 3 SGB II (Überleitung bzw. Legalzession).

28 Die wohl h. M. nimmt die Nichtigkeit des Erlassvertrages aufgrund von Sittenwidrigkeit (Vertrag zulasten des Sozialleistungsträgers) an; soweit *causa* des Erlasses eine Schenkungsabrede ist, kommt ferner ein (überleitbarer) Rückforderungsanspruch aus § 528 BGB in Betracht. Vgl. zum Ganzen (auch mit Nachweisen zur im Vordringen befindlichen Gegenansicht) BeckOGK-BGB/*Reisnecker*, § 2317 Rdnr. 57 ff.; *Braun*, Nachlassplanung bei Problemkindern, § 2 Rdnr. 190; *Dauner-Lieb/Grziwotz/Freiherr von Proff zu Irnich*, Pflichtteilsrecht, Rdnr. 8; *Muscheler*, ZEV 2005, 119, 120.

29 Gemeint ist natürlich der bei den Beteiligten, die das Bedürftigentestament dann auch so leben müssen, entstehende Aufwand (nicht der beim Notar entstehende [Beratungs-] Aufwand); so zu Recht *Braun*, Nachlassplanung bei Problemkindern, § 2 Rdnr. 110; *Litzenburger*, FD-ErbR 2016, 328811.

30 Die Ausschlagung ist insbesondere nicht sittenwidrig, vgl. bzgl. eines behinderten Leistungsempfängers BGH, Urteil vom 19.1.2011, IV ZR 7/10, MittBayNot 2012, 138 mit zust. Anm. *Spall*; vgl. ausdrücklich auch zu bedürftigem Leistungsempfänger *Braun*, Nachlassplanung bei Problemkindern, § 2 Rdnr. 193; zweifelnd dagegen LSG Bayern, Beschluss vom 30.7.2015, L 8 SO 146/15 B ER, ZEV 2016, 43 mit krit. Anm. *Litzenburger*.

TAGUNGSBERICHT

Der eingetragene Verein mit wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 8.11.2017

Von Ass. jur. **Thomas Winkelmann**, München*

Am 8.11.2017 fand die erste Tagung des Wintersemesters 2017/2018 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Das Thema der Veranstaltung lautete „Der eingetragene Verein mit wirtschaftlichem Geschäftsbetrieb“. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle, Professor Dr. *Hans Christoph Grigoleit*, begrüßte die Teilnehmerinnen und Teilnehmer und führte in das Tagungsthema ein. Anlass zu dessen Wahl habe die aus vereinsrechtlicher Sicht besonders ereignisreiche jüngere Vergangenheit gegeben. *Grigoleit* verwies auf die Kita-Rechtsprechung des KG, die Aufhebung des ersten Kita-Beschlusses des KG durch den BGH, die Umstrukturierung des ADAC („Reform für Vertrauen“) sowie die Registersache FC Bayern München. Sodann stellte *Grigoleit* die Referenten, Professor Dr. *Lars Leuschner*, Universität Osnabrück, und Professor Dr. *Mathias Habersack*, Ludwig-Maximilians-Universität München, sowie Professor Dr. *Dieter Mayer*, Notar in München und 1. Vizepräsident des FC Bayern München e. V., vor und übergab das Wort an *Leuschner*.

Zu Beginn seines Referats zum Thema „Neuordnung der Vereinsklassenabgrenzung – Die Kita-Rechtsprechung des BGH und die abgebrochene Vereinsrechtsreform“ präsentierte *Leuschner* die bislang geltenden Grundsätze der Vereinsklassenabgrenzung: Während die wirtschaftlichen Vereine ihre Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung erlangten (vgl. § 22 BGB, sog. Konzessionssystem), würden die sog. Idealvereine durch Eintragung in das Vereinsregister rechtsfähig (vgl. § 21 BGB, sog. System der Normativbestimmungen). Für die Unterscheidung zwischen ideellem oder wirtschaftlichem Verein komme es nach §§ 21 f. BGB darauf an, ob der Hauptzweck des Vereins auf einen „wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb“ gerichtet sei. Die Abgrenzung sei der herrschenden Auffassung zufolge aufgrund teleologisch-typologischer Erwägungen vorzunehmen. In Ausnahme zu diesem Grundsatz bleibe eine unternehmerische Tätigkeit des Vereins außer Betracht, wenn der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb ideellen Zwecken diene und die Aktivitäten des Vereins nicht dominiere (sog. Nebenzweckprivileg). Seine Rechtfertigung finde das auf diese Weise entwickelte Verbot der übermäßigen wirtschaftlichen Betätigung für eingetragene Vereine darin, dass die §§ 21 f. BGB der Insolvenzprophylaxe und damit dem Gläubigerschutz dienen.

* Für wertvolle Unterstützung bei der Erstellung des Berichts danke ich meinem Kollegen, Herrn Ass. jur. *Maximilian Lotz*. – Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Privatrechtstheorie (Professor Dr. *Hans Christoph Grigoleit*) und Geschäftsführer der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Sodann wies *Leuschner* darauf hin, dass die Praxis diese Grundsätze seit Jahren ignoriert habe. Vielen eingetragenen Vereinen, vor allem aus dem Sozial-, Wohlfahrts- und Bildungswesen (etwa Kita-, Schul-, Behinderten-, Jugendherbergs- und Altenpflegevereine), die zur Zweckverwirklichung auf die wirtschaftliche Betätigung angewiesen seien, habe deshalb die Löschung aus dem Vereinsregister gedroht. Zwar sei das Verbot der wirtschaftlichen Betätigung von den Registergerichten lange Zeit kaum konsequent durchgesetzt worden. Doch habe das KG (Beschluss vom 16.2.2016, 22 W 71/15, DStR 2016, 1173) in Bestätigung einer Entscheidung des AG Berlin-Charlottenburg (Beschluss vom 11.5.2015, 95 VR 15980 B) den Trägern von Kindertagesstätten die Eintragungsfähigkeit abgesprochen. Die Praxis habe diese Rechtsprechung als Eingriff in die grundrechtlich geschützte Position sozialer Dienste kritisiert. Während der Referent in der nachfolgenden rechtspolitischen Diskussion *de lege ferenda* eine Ersetzung des Verbots der wirtschaftlichen Betätigung durch ein Verbot der Gewinnausschüttung an Vereinsmitglieder vorgeschlagen habe, um das Vereinsrecht an die Praxis anzupassen, sei in einem Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Erleichterung unternehmerischer Initiativen aus bürgerschaftlichem Engagement und zum Bürokratieabbau bei Genossenschaften (BT-Drucks. 18/11506) vorgesehen worden, bestimmten Initiativen bürgerlichen Engagements auf dem Boden der bisher vorherrschenden Maßstäbe den Weg in den konzessionierten Wirtschaftsverein (§ 22 BGB) zu öffnen (vgl. § 22 BGB-E). Der BGH (Beschluss vom 16.5.2017, II ZB 7/16, NJW 2017, 1943 – Kita) hingegen habe auf die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des KG hin eine Grundsatzentscheidung getroffen, die deutlich von den in der Lehre entwickelten Grundsätzen der Vereinsklassenabgrenzung abweiche und daher eine umfassende Neujustierung erfordere. Dem BGH zufolge habe die Anerkennung eines Vereins als gemeinnützig im Sinne der §§ 51 ff. AO Indizwirkung dafür, dass er nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sei und in das Vereinsregister eingetragen werden könne, weil der erforderliche Gläubigerschutz ausreichend durch die Einhaltung der Kautelen des Gemeinnützigkeitsrechts, insbesondere des Verbots von Gewinnausschüttungen an die Vereinsmitglieder gewährleistet sei. Im Ergebnis sei damit das bisherige Verbot der übermäßigen wirtschaftlichen Betätigung durch ein Gewinnausschüttungsverbot ersetzt worden. In der Folge habe der Rechtsausschuss des Bundestages empfohlen, die im Regierungsentwurf vorgesehene Änderung des § 22 BGB zu streichen, weil auch regelmäßig nicht als gemeinnützig anerkannte Initiativen (zum Beispiel Dorfläden) als Idealverein eingetragen werden könnten (vgl. BT-Drucks. 18/12998, S. 19).

In seinem Fazit bewertete *Leuschner* die Entscheidung des BGH als grundlegende Abweichung von den bisher herrschenden Grundsätzen der Vereinsklassenabgrenzung, die eine umfassende Neuordnung erforderlich mache. Sie bedeute eine maximale Liberalisierung der Rechtsform des eingetragenen Vereins für wirtschaftliche Betätigungen. Die Ersetzung des Verbots der übermäßigen wirtschaftlichen Betätigung durch ein Gewinnausschüttungsverbot für eingetragene Vereine sei als sehr komfortable und schnelle Lösung für den „Dritten Sektor“ zu begrüßen, weil sie die Vereinsklassenabgrenzung an die Vereinspraxis anpasse und zugleich dem Normzweck der §§ 21 f. BGB, also dem Gläubigerschutz, ausreichend Rechnung trage. Durch den Verzicht auf die ursprünglich geplante Änderung des § 22 BGB sei die BGH-Rechtsprechung legislativ legitimiert worden. Die vielen zweckbetriebdominierten eingetragenen Vereine aus dem Bereich des Sozial-, Wohlfahrts- und Bildungswesens seien nicht mehr von der Löschung bedroht.

Der anschließende Vortrag von *Habersack* mit dem Titel „Der Verein als Konzernspitze“ widmete sich dem möglichen Vorwurf der Rechtsformverfehlung gegenüber eingetragenen Vereinen, die durch wirtschaftliche Tätigkeit in einer oder mehreren Tochtergesellschaften die Bestimmungen der §§ 21 f. BGB zu umgehen drohen. *Habersack* rief zunächst in Erinnerung, dass der BGH in seinem ADAC-Urteil von 1982 (Urteil vom 29.9.1982, I ZR 88/80, BGHZ 85, 84 – ADAC) die Auslagerung von Geschäftsbetrieben auf Kapitalgesellschaften für vereinsrechtlich unbedenklich erklärt und nicht einmal den Restriktionen des Nebenzweckprivilegs unterworfen habe. Insbesondere soll danach die potenzielle Haftung des Vereins aus § 317 Abs. 1 AktG keine Zurechnung rechtfertigen, weil die Gläubiger des Vereins aufgrund der persönlichen Haftung der Organwalter (§ 317 Abs. 3, § 318 AktG) besser stünden als bei einem Einzelkaufmann als herrschendem Unternehmen. Die Kita-Entscheidung enthalte keine Aussage zu Vereinstöchtern. Die großzügige Interpretation des Nebenzweckprivilegs müsse aber auch für Konzernkonstellationen gelten. Was unmittelbar wirtschaftlich tätigen Vereinen erlaubt sei, müsse auch dem Holdingverein erlaubt sein. Dem Gemeinnützigkeitsstatus müsse deshalb auch für den Verein als Holding die postulierte Indizwirkung zukommen. Dies werfe das Problem auf, wie sich das gemeinnützigkeitsrechtliche Gebot zeitnaher Mittelverwendung zur Werthaltigkeit der Beteiligungsrechte verhalte. Der BGH erachte insoweit wohl die konkrete Gefährdung von Gläubigerbelangen für maßgeblich. Es stelle sich daher die Frage, ob die „Reform für Vertrauen“ des ADAC überhaupt nötig oder „viel Lärm um nichts“ gewesen sei.

In seiner im Anschluss präsentierten Stellungnahme legte *Habersack* dar, warum für die Zurechnung von Tochteraktivitäten nicht die Gewinnstrebigkeit oder die Eigenkapitalunterlegung der Beteiligung, sondern – entsprechend dem im rechtswissenschaftlichen Diskurs überwiegend vertretenen

Ansatz – die durch § 22 BGB geschützten Normativbedingungen maßgeblich seien, also der Schutz der Gläubiger und des Verkehrs, der Vereinsmitglieder und der Arbeitnehmer. Ein Gewinnausschüttungsverbot sei als zentrale Vorkehrung zum Schutz der Vereinsgläubiger vor Gefahren aus der wirtschaftlichen Betätigung von Töchtern, die in Ermangelung von Vorschriften über Mindestkapital und dessen Aufbringung und Erhaltung, über Bilanzierung und über die Prüfung und Unbeschränktheit der Vertretungsbefugnis des Vorstands drohten, zu eng. Die behauptete Indizwirkung des Gemeinnützigkeitsstatus sei fragwürdig, weil ein Haftungsrisiko im Vertragskonzern jenseits des Nebenzweckprivilegs stets schädlich sei. Die ebenfalls dem Gläubiger- und dem Verkehrsschutz dienende Publizität sei auf Vereinsebene allenfalls nach Maßgabe der §§ 11 ff. PublG gewährleistet. Mit Blick auf die Schutzbedürftigkeit der Mitglieder müsse berücksichtigt werden, dass ein Vereinsmitglied keine Vermögensrechte, insbesondere kein Abfindungsrecht habe. Überdies sei der aus dem Aktienrecht bekannte Mediatisierungseffekt bei Holdingvereinen besonders stark ausgeprägt und das Austrittsrecht (§ 39 BGB) laufe ins Leere, wenn das Ausscheiden mit einem erheblichen Vermögensverlust verbunden ist. Schließlich drohe bei Vereinen mit (mittelbar) mehr als 2.000 Arbeitnehmern die Gefahr einer Umgehung des Mitbestimmungsgesetzes.

Im Ergebnis, so das Fazit *Habersacks*, habe sich das Problem des Vereins als Konzernspitze mit der Kita-Entscheidung des BGH deshalb nicht erledigt. Jedenfalls ein Vertragskonzern unter Leitung eines Idealvereins sei mit §§ 21 f. BGB nicht vereinbar. Gleichfalls problematisch sei es, wenn im Einzelfall die konkrete Gefahr einer Umgehung des Mitbestimmungsgesetzes und damit des Arbeitnehmerschutzes drohe.

Nach den Vorträgen gab *Mayer* in einem Statement zur Registersache Fußball-Club Bayern, München e. V. einen Überblick über die Struktur und die Beteiligungsverhältnisse des Vereins und mit einer positiven Bewertung der Kita-Entscheidung des BGH, die Rechtssicherheit schaffe und daher ein „Segen“ sei, Impulse für die nachfolgende freie Diskussion mit den Referenten. Der Austausch zwischen Podium und Auditorium wurde in außergewöhnlicher Weise dadurch bereichert, dass sich in der Person von *Heinz Wöstmann* ein Richter am BGH an der Diskussion beteiligte, der dem für den Kita-Beschluss verantwortlichen II. Senat angehört und zu den erkennenden Richtern zählte. *Wöstmann* ordnete den Beschluss in die maßgebenden Zusammenhänge ein, skizzierte die nach seiner Wahrnehmung bestehenden Grenzen von dessen Aussagegehalt und warnte vor überschießenden Ableitungen aus dem Urteil.

Bei einem anschließenden Empfang hatten die Referenten und die Teilnehmerinnen und Teilnehmer die Möglichkeit zum weiteren fachlichen und persönlichen Austausch.

VERANSTALTUNGSHINWEISE

13. Symposium des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

Die Auswirkungen des neuen Bauvertragsrechts auf die notarielle Praxis

Freitag, 20. April 2018, 9:30 Uhr

Rosensäle der Friedrich-Schiller-Universität,
Fürstengraben 27, 07743 Jena

Aus dem Programm:

Änderungen des Werkvertragsrechts
(VRiBGH a. D. Prof. Dr. *Rolf Kniffka*, Hamm)

Das Anordnungsrecht des Bestellers im Bauvertrag
(Prof. Dr. *Wolfgang Voit*, Universität Marburg)

Preis und Preisanpassung nach neuem Bauvertragsrecht
(RiBGH a. D. Prof. Dr. *Stefan Leupertz*, Essen)

Das erneut inkonsistent gestaltete Verbraucherprivileg in
§ 650f Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 BGB: Analyse und Verbesserungsvorschläge
(RA Dr. *Claus Schmitz*, München)

Auswirkungen des neuen Bauvertragsrechts auf das Bau-
trägervertragsrecht (Notar Dr. *Gregor Basty*, München)

Tagungsbeitrag: 90 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.; 150 € für Nichtmitglieder; 45 € für Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung; kostenlos für Notarassessoren, die Mitglied der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. sind, sowie für Studenten und Mitarbeiter der FSU Jena

Kontakt/Anmeldung: bis zum 5. April 2018 schriftlich an das Institut für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, Carl-Zeiß-Str. 3, 07743 Jena, per E-Mail unter notarinstitut@uni-jena.de oder per Fax unter 03641 942512

Veranstaltungen des DAI

1. **Die Gestaltung des Unternehmertestaments**
(*Spiegelberger*)
2.3.2018 in Heusenstamm
2. **36. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung**
(*Bosch/Krauß/Monreal/Schlögel/Weber/Wengenmayer*)
5.-10.3.2018 in Westerstede
3. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2017/2018**
(*Herrler/Hertel/Kesseler*)
8.3.2018 in Kiel
13.4.2018 in Stuttgart
4. **Aktuelles Steuerrecht für Notare**
(*Wälzholz*)
14.3.2018 in Bochum
5. **Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare**
(*Berkefeld*)
16.3.2018 in Oldenburg
6. **Modularer Lehrgang für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat: Modul 1 – Immobilienkauf**
(*Tondorf*)
19.-20.3.2018 in Stuttgart
7. **Unternehmer-Eheverträge und Unternehmer-Vorsorgeverträge in der notariellen Praxis**
(*Reetz*)
20.3.2018 in Bochum
8. **Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare**
(*Staake/Szala*)
11.4.2018 in Bochum
9. **Intensivkurs Kostenrecht**
(*Fackelmann*)
13.-14.4.2018 in Heusenstamm
10. **Das Bauträgerrecht in der notariellen Praxis**
(*Monreal*)
20.4.2018 in Berlin
11. **Mitarbeiterlehrgang: (Wieder-)Einstieg in die Praxis des Notariats**
(*Tondorf*)
23.-27.4.2018 in Osnabrück
12. **Unternehmer-Eheverträge und Unternehmer-Vorsorgeverträge in der notariellen Praxis**
(*Reetz*)
28.4.2018 in Kassel

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. Abele/Klinger/Maulbetsch: Pflichtteilsansprüche reduzieren und vermeiden. 2. Aufl., Beck, 2017. 265 S., 75 €
2. Alles: Der Tod des GmbH-Gesellschafters. Heymanns, 2017. 486 S., 129 €
3. Alvermann: Formularbuch Recht und Steuern. 9. Aufl., Beck, 2017. 1.807 S., 189 €
4. Andrick/Gantenbrink/Janitzki/Schewe/Muscheler (Hrsg.): Die Stiftung. Lang, 2017. 204 S., 54,95 €
5. von Bary: Gerichtsstands- und Schiedsvereinbarungen im internationalen Erbrecht. Mohr Siebeck, 2018. 386 S., 74 €
6. Boeckmann: Die Zulässigkeit von Leistungen Dritter an Mitglieder des Vorstands der unabhängigen Aktiengesellschaft. Duncker & Humblot, 2017. 504 S., 139,90 €
7. Diehn/Volpert: Praxis des Notarkostenrechts. 2. Aufl., Heymanns, 2017. 768 S., 79 €
8. Eisgruber (Hrsg.): Umwandlungssteuergesetz. 2. Aufl., NWB, 2018. 1.178 S., 139 €
9. Fischer: Die existenzvernichtende Vorstandshaftung und ihre Begrenzung durch Satzungsbestimmung (de lege lata). Duncker & Humblot, 2018. 280 S., 79,90 €
10. Götz/Pach-Hanssenheimb: Handbuch der Stiftung. 3. Aufl., NWB, 2017. 751 S., 99 €
11. Haf/Hetmeier/Lutz/Mattes/Mensch/Thouet (Hrsg.): NotarFormulare Familien-GmbH. Deutscher Notarverlag, 2017. 220 S., 89 €
12. Hebel: Das neue BGB-Bauvertragsrecht. Bundesanzeiger, 2017. 218 S., 24,80 €
13. Henssler: Partnerschaftsgesellschaftsgesetz: PartGG. 3. Aufl., Beck, 2018. 518 S., 95 €
14. Herzog/Pruns: Der digitale Nachlass. Deutscher Notarverlag, 2017. 192 S., 49 €
15. Hirte/Mülbert/Roth (Hrsg.): Aktiengesetz. Großkommentar. Band 3/2: §§ 67-75. 5. Aufl., De Gruyter, 2017. 662 S., 259 €
16. von der Höh: Die Vorrats-SE als Problem der Gesetzesumgehung und des Rechtsmissbrauchs. Nomos, 2017. 382 S., 99 €
17. Illner: Die fehlerhafte Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern in der Aktiengesellschaft. Nomos, 2017. 369 S., 99 €
18. Kappler/Kappler (Hrsg.): Handbuch Patchworkfamilie. 2. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2017. 500 S., 79 €
19. Kiem (Hrsg.): Kaufpreisregelungen beim Unternehmenskauf. 2. Aufl., Beck, 2018. 440 S., 169 €
20. Klein/Müller: Praxishandbuch der GmbH. 4. Aufl., NWB, 2017. 1.002 S., 139 €
21. Krauß: Vermögensnachfolge in der Praxis. 5. Aufl., Heymanns, 2017. 2.468 S., 149 €
22. Krauß: Immobilienkaufverträge in der Praxis. 8. Aufl., Heymanns, 2017. 2.340 S., 149 €
23. Kuckenbug/Perleberg-Kölbel: Unternehmen und Unternehmer im Familienrecht. Luchterhand, 2017. 700 S., 79 €
24. Kühn: PartGmbH und UK-LLP als hybride Gesellschaftsformen. Mohr Siebeck, 2017. 327 S., 59 €
25. Lange/Bilitewski/Götz: Personengesellschaften im Steuerrecht. 10. Aufl., NWB, 2017. 1.229 S., 149 €
26. Leinemann/Maibaum (Hrsg.): Die VOB, das BGB-Bauvertragsrecht 2018 und das neue Vergaberecht. 10. Aufl., Bundesanzeiger, 2018. 550 S., 39,80 €
27. Mayer/Süß/Tanck/Bittler (Hrsg.): Handbuch Pflichtteilsrecht. 4. Aufl., Zerb, 2017. 1.162 S., 129 €
28. Metzger: Wertermittlung von Immobilien und Grundstücken. 6. Aufl., Haufe Lexware, 2018. 438 S., 49,95 €
29. Meyer-Götz (Hrsg.): Familienrecht. 4. Aufl., Nomos, 2017. 1.176 S., 148 €
30. Nolting: Die faktisch abhängige GmbH im konzernweiten Cash Pooling. Nomos, 2017. 438 S., 114 €
31. Notarkasse A. d. ö. R./Sikora: Vollmachten, Genehmigungen, Zustimmungen, Beglaubigungen. Deutscher Notarverlag, 2017. 104 S., 19,90 €
32. Notarkasse A. d. ö. R./Tiedtke: Notarkosten. Deutscher Notarverlag, 2017. 160 S., 19,90 €
33. Notarkasse A. d. ö. R./Volmer: Vollzug und Betreuung. Deutscher Notarverlag, 2017. 160 S., 19,90 €
34. Ott-Eulberg/Schebesta/Bartsch/Eulberg (Hrsg.): Erbrecht und Banken. 3. Aufl., NWB, 2018. 756 S., 89 €
35. Pahlke: Grunderwerbsteuergesetz. 6. Aufl., Beck, 2017. 632 S., 99 €
36. Raupach/Pohl (Hrsg.): Praxis des Internationalen Steuerrechts 2016/2017. NWB, 2017. 485 S., 69 €
37. Rixner/Biedermann/Charlier (Hrsg.): Systematischer Praxiskommentar BauGB/BauNVO. 3. Aufl., Bundesanzeiger, 2017. 1.785 S., 139 €
38. Schanze: § 181 BGB und die organschaftliche Vertretung von Kapitalgesellschaften. Duncker & Humblot, 2017. 267 S., 89,90 €

39. Schön: Schuldrechtliche Gesellschaftervereinbarungen in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsnachfolge. Nomos, 2018. 314 S., 85 €
40. Scholz: GmbH-Gesetz, 3 Bände. 12. Aufl., Schmidt, 2017. 5.400 S., 570 €
41. Schulz: Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsverzicht – Die Gretchenfrage des modernen Erbrechts? Nomos, 2017. 193 S., 52 €
42. Schulz/Hauß (Hrsg.): Familienrecht. 3. Aufl., Nomos, 2017. 2.397 S., 118 €
43. Spiegelberger: Immobilien im Zivil- und Steuerrecht. 3. Aufl., Schmidt, 2017. 1.024 S., 149 €
44. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 311-311a-c, 312, 312a-k. 16. Aufl., De Gruyter, 2018. 780 S., 139,95 €
45. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 535-556g. De Gruyter, 2017. 1.227 S., 449 €
46. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 2: Schuldrecht, Wiener UN-Kaufrecht. De Gruyter, 2017. 1.184 S., 439 €
47. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 4: Familienrecht, §§ 1601-1615o. 15. Aufl., De Gruyter, 2017. 557 S., 209 €
48. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 5: Erbrecht, §§ 2229-2264. 17. Aufl., De Gruyter, 2017. 345 S., 119,95 €
49. Stein/Jonas: Kommentar zur Zivilprozessordnung. 23. Aufl., Mohr Siebeck, 2018. 1.100 S., 325 €
50. Stumpf/Suerbaum/Schulte/Pauli: Stiftungsrecht. 3. Aufl., Beck, 2018. 850 S., 129 €
51. Walz (Hrsg.): Beck'sches Formularbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht: Deutsch-Englisch. 4. Aufl., Beck, 2017. 1.835 S., 169 €
52. Wietersheim (Hrsg.): Bauvertragsrecht nach BGB und VOB/B. 4. Aufl., Bundesanzeiger, 2018. 658 S., 74 €
53. Wimmer (Hrsg.): Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung. 9. Aufl., Luchterhand, 2017. 4.224 S., 289 €

STANDESNACHRICHTEN

PERSONALÄNDERUNGEN

1. Verstorben:

- Notar a. D. Dr. Dietrich Jung, Kandel/Pfalz,
verstorben am 28.12.2017
- Notar a. D. Dr. Karl Wübben, Wolfratshausen,
verstorben am 24.1.2018
- Notar a. D. Dr. Heinz Fischer, Miesbach,
verstorben am 4.2.2018
- Notar a. D. Dr. Ernst Sammeth, Berg,
verstorben am 11.2.2018
- Notar a. D. Heinz Hübner, Nürnberg,
verstorben am 22.2.2018
- Notar a. D. Dr. Karl Ludwig Wimmer, Wasserburg,
verstorben am 24.2.2018

2. Versetzung in den Ruhestand:

- Mit Wirkung zum 1.1.2018:
- Notar Dr. Thomas Schönberger, Freinsheim
- Notar Gregor Stein, Werneck
- Mit Wirkung zum 1.3.2018:
- Notar Bruno Mayer, Roding
- Notar Dr. Johannes Weber, Roding
(Geschäftsführer des DNotI)
- Mit Wirkung zum 1.4.2018:
- Notar Wolfgang Sties, Landau i. d. Pfalz

3. Es wurde verliehen:

- Mit Wirkung zum 1.2.2018:
- Gerolzhofen dem Notarassessor
Dr. Georg von Zimmermann
(bisher in München,
Notarstelle
Prof. Dr. Mayer)
- Zweibrücken dem Notarassessor
(in Sozietät mit Jan Mohr
Notar Dr. Schmitz) (bisher in Haßloch,
Notarstelle JR Dr. Sefrin)
- Mit Wirkung zum 1.3.2018:
- Günzburg dem Notarassessor
(in Sozietät mit Benedikt Goslich
Notar Wachter) (bisher in München,
Notarstellen
Dr. Götte/Lautner)

- Roding dem Notarassessor
Dr. Johannes Weber
(Geschäftsführer des DNotI)
- Roding dem Notarassessor
Richard Rachlitz
(bisher in Berlin,
Bundesnotarkammer)
- Schwabach der Notarin a. D.
(in Sozietät mit Sandra Reuter
Notar Liebing)
- Mit Wirkung zum 1.4.2018:
- Landau i. d. Pfalz dem Notar
(in Sozietät mit Lorenz Spall
Notar Flörsch) (bisher in Annweiler a. Tr.)

4. Versetzung und sonstige Veränderungen:

- Notarassessor Dr. Sebastian Sammet, Bamberg
(Notarstellen Dr. Eue/Dr. Dietz), ab 1.2.2018 in München
(Notarstellen Ruhland/Ruhwinkel)
- Notarassessor Benedikt Grimm, Bad Griesbach
(Notarstelle Dr. Forthausen), ab 1.3.2018 in
Nürnberg (Notarstellen Thoma/Weinmann)
- Notarassessor Sebastian Schmitt, München
(Notarstellen Dr. Kössinger/Dr. Bräu), ab 1.3.2018 in
Nürnberg (Notarstelle Lommer)
- Inspektorin i. N. Susanne Reischl, Augsburg
(derzeit in Elternzeit), ab 1.3.2018 in Dachau
(Notarstellen Bock/Dr. Triller)
- Amtmann i. N. Andreas Lingg, Wolfratshausen
(Notarstelle Baumeister), ab 1.4.2018 in München
(Notarstellen Dr. Steiner/Dr. Fronhöfer)

5. Ausgeschiedene Angestellte:

- Amtfrau i. N. Brigitte Greiner-Zägelein, München
(Notarstellen Dr. Schwab/Dr. Weiler), zum 31.3.2018
ausgeschieden
- Inspektorin i. N. Miriam Raab, Immenstadt i. Allgäu
(Notarstellen Dr. Nagel/Dr. Pfundstein), zum 31.3.2018
ausgeschieden
- Inspektor i. N. Mario Suchomel, Regensburg
(Notarstellen Dr. Thalhammer/Schünemann), zum 31.3.2018
ausgeschieden
- Amtsrat i. N. Franz Tafelmaier, Moosburg a. d. Isar
(Notarstelle Dr. Baltzer), zum 31.3.2018 ausgeschieden
- Oberamtsrat i. N. Richard Pfaffelhuber, Regensburg
(Notarstellen Dr. Albrecht/Franzmann), ab 1.4.2018
im Ruhestand

6. Höhergruppierungen (Nachtrag):

Mit Wirkung zum 1.7.2017:

Zur Amtfrau i. N. (Entgeltgruppe 10):

Barbara Brantl, Oettingen i. Bay.
(Notarstelle Trutschel)

Mit Wirkung zum 1.1.2018:

Zur Amtfrau i. N. (Entgeltgruppe 10):

Ilona Förster, Bayreuth
(Notarstellen Zuber/Dr. Simon)

Doris Funke, Fürth
(Notarstellen Dr. Fleischer/Walter)

Manuela Meyer, Feuchtwangen
(Notarstelle Dr. Bruch)

ANSCHRIFTEN- UND RUFNUMMERN-ÄNDERUNGEN:

Kandel, Notarstellen JR Dr. Kiefer/Dr. Pohl
Marktstraße 25 b, 76870 Kandel

Simone Lang, Geschäftsstelle in Bad Wörishofen
Bahnhofstraße 7 a, 86825 Bad Wörishofen

Abonnement

MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon: (089) 551660, Telefax: (089) 55166234, E-Mail: info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (inkl. Versandkosten, zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Universal Medien GmbH, Geretsrieder Straße 10, 81379 München,
Telefon: (089) 5482170, Telefax: (089) 555551, Internet: www.universalmedien.de/notarkammer.



Notare Bayern

www.notare.bayern.de